

PROCESO CONSTITUYENTE

LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Ximena Fuentes Torrijo¹

Resumen

Este artículo examina el artículo 135 de la Constitución Política (CP), que establece ciertos límites para el texto de la nueva constitución que será redactada por la Convención Constitucional, entre los cuales se incluye que éste debe respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Palabras clave

Tratados internacionales, Convención Constitucional, Nueva Constitución

1. Introducción

Se ha interpretado por *Salgado et al* que este límite es de carácter competencial.² Esto quiere decir que, de la misma forma que la Convención Constitucional no podría revisar sentencias firmes, no podría arrogarse tampoco la facultad de denunciar o renegociar tratados. Esta interpretación otorga al artículo 135 un campo de acción restringido y coherente con el carácter de las otras limitaciones que protegen principios esenciales de la forma democrática de gobierno y la distribución democrática del poder. Me parece que la lectura que proponen *Salgado et al* es correcta.

Sin embargo, en el debate público en torno al artículo 135 hay quienes sostienen que los tratados constituyen un límite sustantivo al texto de la nueva

¹ Prof. Asociada del Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. D. Phil (Oxon). Correo electrónico: ximena.fuentes@gmail.com

² Salgado, Constanza; Lovera, Domingo y Contreras, Pablo, “¿Límites de tratados internacionales al poder constituyente? Análisis del caso chileno (artículo en poder de la autora y en evaluación a agosto de 2021).”

constitución y mencionan tanto los tratados de derechos humanos como otros tipos de tratados, entre ellos, los tratados comerciales y los de protección de inversiones, como fuente de estos límites sustantivos. Es esta lectura la que genera preocupación en cuanto a la posibilidad de que la nueva constitución permita una nueva regulación de ciertas áreas críticas de nuestro orden económico y social, tales como el área de la educación, la salud, las pensiones y el agua, entre otras.

Esa lectura según la cual todos los tratados internacionales pueden establecer límites sustantivos al poder de un pueblo de darse una nueva constitución, en principio, aparece como incompatible con los principios de la democracia. Un gobierno podría ratificar tratados internacionales que establecieran que ese Estado no podrá modificar ni su Constitución ni las leyes existentes y, además, podría incluir una cláusula final que señalara que, en caso de denuncia por parte de un nuevo gobierno, el tratado seguirá rigiendo por 20 años más, o simplemente se podría establecer que el tratado no es denunciabile. Me imagino que un tratado de estas características sería criticado, con toda razón, porque sería una forma de limitar el derecho de autodeterminación y los principios de la democracia. No sería aceptable que un gobierno pretendiera el “congelamiento” de las normas existentes para evitar los cambios normativos en su país, haciendo inmune ese ordenamiento a los cambios políticos internos. Muy probablemente la comunidad internacional deploraría la existencia de este tipo de tratados y, sin embargo, esa es la lectura que algunos quieren hacer del artículo 135 de la Constitución Política, poniendo a los tratados ratificados por Chile como un límite sustantivo al poder constituyente.

Se podría refutar que los tratados de derechos humanos ya se han constituido en un límite al poder soberano del pueblo y que así lo reconoce el actual modelo de democracia deliberativa imperante en el mundo occidental. Este límite, de hecho, ya ha sido aceptado en el artículo 5° de la Constitución vigente que dispone que:

Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados

por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Lo que ocurre con los derechos humanos no es extensible a todo tipo de tratados. El paradigma político actual pone efectivamente a los derechos constitucionales como un límite al proceso de toma de decisiones de los gobiernos. Este rol de los derechos constitucionales (o, si se quiere, de los derechos humanos) se justifica porque éstos permiten el desarrollo mismo de la democracia y sirven para evitar el abuso del poder poniendo en el centro al individuo. El debate actual sobre el rol de los derechos constitucionales en el funcionamiento de la democracia parte de la base que estos derechos existen, pero se examinan los problemas que genera la juridificación de los mismos. En este contexto, la discusión actual gira en torno a si la juridificación de los derechos corre el riesgo de limitar indebidamente la deliberación de los ciudadanos³ y al rol de los jueces que adquieren el poder de la última palabra reemplazando la decisión política de los ciudadanos. En este contexto, el debate que se puede dar en relación con los tratados de derechos humanos y su incorporación dentro de la constitución política de un Estado, no es el mismo debate que se ha generado en torno al artículo 135 de la CP. El debate sobre el artículo 135 se refiere a la idea que han adelantado algunos de que hay formas de regulación de las relaciones sociales y económicas que estarían vedadas a la nueva constitución por, supuestamente, contradecir las obligaciones que ha adquirido el Estado con otros países. Este artículo sostiene que esa idea no está contenida en el artículo 135 y, si lo estuviera sería una idea inaceptable, por las razones que se desarrollan más adelante.

Antes de entrar en el análisis sustantivo, se debe subrayar que no hay ningún órgano que podría resolver la supuesta incompatibilidad entre la nueva constitución y los tratados. El inciso 1° del artículo 136 de la CP dispone que:

Se podrá reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de *carácter general de la propia Convención*. En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración.

3 Bellamy, Richard, "Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights: Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act", en Campbell, Tom; Ewing, Keith y Tomkins, Adam (eds.), *Skeptical Essays on Human Rights* (Oxford University Press), 2001, p. 18.

Sin perjuicio del hecho de que la Corte Suprema no puede pronunciarse y, teniendo presente que la posible controversia sobre el respeto a los tratados internacionales podrá tener lugar igualmente en la arena política, en este artículo se desarrollarán argumentos adicionales que llevan necesariamente a concluir que la discusión sobre supuestas contradicciones entre el contenido de la nueva constitución y los tratados internacionales, dadas las características de la interacción entre el derecho internacional con el derecho interno, no puede operar como un límite sustantivo al texto de la constitución. Para estos efectos se deben analizar los siguientes aspectos fundamentales de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno:

(2) El derecho internacional no obliga a los Estados a incorporar sus normas en el derecho interno ni a darles efectos normativos internos ni a asignarles una jerarquía normativa superior en los sistemas jurídicos nacionales; (3) La dictación de legislación interna no constituye necesariamente una violación de las obligaciones internacionales del Estado; (4) La determinación de una violación de una obligación internacional por las autoridades nacionales tiene impacto en la conducción de la política internacional del país, lo que exige cierta “deferencia interpretativa” al analizar la compatibilidad entre normas internas con las normas del derecho internacional.

A continuación, se revisará cada uno de estos aspectos de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, para identificar las objeciones que merece el intento de transformar la referencia a los tratados internacionales en el artículo 135 en un límite sustantivo al poder constituyente.

2. El derecho internacional no regula cómo los Estados deben diseñar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en sus ordenamientos jurídicos nacionales

La incorporación del derecho internacional en los sistemas jurídicos nacionales es una cuestión que debe decidir cada Estado. A su vez, cada Estado determinará si el derecho internacional puede ser invocado ante los tribunales nacionales para la solución de disputas jurídicas y cómo se solucionan las eventuales antinomias entre las normas del sistema jurídico nacional y las normas del derecho internacional. El derecho internacional no obliga a la incorporación ni al otorgamiento de jerarquía superior en el derecho doméstico.

Muchas veces se ha invocado en nuestra jurisprudencia el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV) como si estableciera una obligación de incorporación de los tratados al derecho interno y

como si obligara a establecer una jerarquía superior dentro del sistema jurídico nacional. Como he señalado en anteriores artículos, esa interpretación no es correcta.⁴ El artículo 27 de la CV, al igual que el artículo 4 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA), es una regla de responsabilidad internacional que excluye al derecho interno como justificación de un incumplimiento, pero no establece obligación alguna sobre cómo cada Estado diseña la relación de su derecho interno con el derecho internacional en su propio ordenamiento jurídico..

Excepcionalmente, hay ocasiones en que los Estados se obligan, por medio de tratados internacionales, a incorporar normas de derecho internacional a su derecho interno y con efecto directo. Tal es el caso del derecho europeo. En esos casos, se habla de un derecho supranacional, en que una organización internacional obtiene un poder comparable con el poder de legislar para los Estados Partes y sus ciudadanos.

En el ámbito latinoamericano, en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los Estados Partes no otorgaron originalmente este poder a los órganos del sistema ni en la Carta de la Organización de Estados Americanos ni en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana, hasta la década de los noventa, sostenía que la relación entre la Convención Interamericana y el derecho interno la debía determinar cada Estado. Por ese motivo, en la Opinión Consultiva OC-7/86 la Corte se abstiene de emitir su opinión sobre la incorporación de la Convención Interamericana al derecho interno de Costa Rica, limitándose a decir que, en todo caso, desde que Costa Rica ha ratificado, ella se encuentra obligada por la Convención, lo cual es obvio y no se requería una opinión consultiva para aclararlo.⁵ Más tarde, en la Opinión Consultiva sobre Los Efectos de las Leyes Contrarias a la Convención (OC-14/94) la Corte Interamericana resuelve que no le corresponde a ella pronunciarse sobre los efectos internos de una determinada ley, subrayando que los efectos internos de una ley contraria a la Convención deben ser determinados en forma exclusiva por los jueces nacionales de acuerdo a las reglas establecidas en su propio derecho interno:

4 Fuentes, Ximena, "International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple", en Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico, N° 77, 2008, pp. 484 y ss; Fuentes, Ximena y Pérez, Diego, "El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno", en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Vol. 25, N° 2, 2018, pp. 123-31.

5 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, 29 de agosto de 1986, párrafo 14. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf.

34. La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho.⁶

Sin embargo, posteriormente en el Sistema Interamericano se ha generado una jurisprudencia conforme a la cual los Estados estarían obligados a incorporar la Convención Americana de Derechos Humanos en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales y a darle efecto directo.⁷ Asimismo, en el contexto Interamericano se ha elaborado, también jurisprudencialmente, la teoría del control de convencionalidad según la cual los jueces nacionales deberían aplicar directamente la Convención Americana y las interpretaciones de la Corte, incluso derogando tácitamente la ley nacional. Como se ha dicho anteriormente, ni la obligación de otorgar efecto directo a la Convención se encuentra estatuida en el texto del Pacto de San José ni menos la obligación de los jueces nacionales de realizar un “control de convencionalidad”. Esta evolución que ha experimentado la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido descrita como un intento de establecer un derecho interamericano supranacional.⁸

Sin perjuicio de que en algunos casos los Estados se obliguen a incorporar determinados tratados a su derecho interno, el punto es que no existe una obligación general de derecho internacional que los obligue a hacerlo. El derecho internacional general considera que la regulación de la incorporación, la jerarquía y el efecto del derecho internacional en los sistemas jurídicos nacionales es una cuestión que debe ser respondida por cada sistema jurídico nacional. La interpretación de las normas que cada Estado determine para regular estas materias será competencia de sus propios órganos y la decisión podría ser que, sin perjuicio de las obligaciones internacionales adquiridas

6 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, párrafo 34. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf

7 En el Compendio sobre Obligación de los Estados de Adecuar su Normativa Interna a los Estándares internacionales de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de enero de 2021, se señala que: “44. El ejercicio de la obligación de adecuar la normativa interna a los estándares de derechos humanos se extiende a todas las autoridades estatales de los diferentes órganos y jerarquías, quienes en el ámbito de sus respectivas competencias y responsabilidades deberán comprometerse con el efecto directo de los instrumentos interamericanos ratificados por cada uno de los Estados.”

8 Dulitzky, Ariel, “An Inter-American Constitutional Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, en *Texas International Law Journal*, Vol. 50, N° 1, 2015, p. 93.

por el Estado, la ley interna debe prevalecer. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), al revisar la constitucionalidad de una ley que contradecía tratados internacionales, decidió que la ley posterior prevalece. El caso se refiere a unas cláusulas de la ley de la renta que establecían condiciones adicionales a las establecidas en ciertos tratados de doble tributación. En su sentencia del 15 de diciembre de 2015 el Tribunal decidió que: 9 (1) en Alemania los tratados tienen jerarquía de ley; (2) por lo tanto, en el ordenamiento jurídico alemán, una ley posterior puede derogar tácitamente a un tratado; (3) este efecto, no sólo se refiere a ciertas leyes, sino que todas las leyes pueden derogar tácitamente a los tratados; (4) el principio *pacta sunt servanda*, si bien es un principio general del derecho internacional, no sirve para justificar una decisión distinta; (5) el derecho internacional no prohíbe que actos jurídicos domésticos que se contraponen a los tratados surtan igualmente sus efectos; y, (6) no es correcto decir que el poder legislativo sólo puede modificar o dejar sin efecto un tratado si lo hace en conformidad con el derecho internacional.

Es interesante detenerse por un momento en este último punto, que se refiere a la relación entre el principio democrático y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. En este punto el BVerfG pone al principio democrático en el centro, enfatizando que la democracia exige que la voluntad popular pueda modificar las normas aprobadas anteriormente por el parlamento, entre las que están los tratados. Vale la pena transcribir la parte relevante de la sentencia (traducido al inglés por el propio BVerfG:

bb) Art. 59(2) first sentence GG does not limit the applicability of the principle of *lex posterior* in relation to international treaties. Since the legislature may generally only approve an international treaty in its entirety or not approve it at all (cf. BVerfGE 90, 286 <358>), it is asserted by some that the act of approval and the international treaty are inseparably linked. According to this view, the act of approval is protected by Art. 59(2) first sentence GG against substantive modifications, unless repealed in full [...], and the legislature may repudiate an international treaty only in conformity with international law [...].

This view, however, must be rejected.

9 BVerfG, Order of the Second Senate de 15 de diciembre de 2015 - 2 BvL 1/12 -, párrafos 1-26. Disponible en: http://www.bverfg.de/e/ls20151215_2bv1000112en.html

In particular, it conflicts with the principle of democracy (Art. 20(1) and (2) GG) and the principle of parliamentary discontinuity (*Grundsatz der parlamentarischen Diskontinuität* [translator's note: under the principle of parliamentary discontinuity, draft legislation and all other matters still pending in the Bundestag automatically lapse with the end of the parliamentary term, guaranteeing a "clean slate" to the new Parliament post-election]). Power in democracy is always temporary in nature (cf. Dreier, in: Dreier, GG, vol. 2, 2nd ed. 2006, Art. 20 <Demokratie> para. 79). This implies that, in accordance with the will of the people as expressed through elections, subsequent legislatures must be able to revise, within the limits set by the Basic Law, legislative acts undertaken by earlier legislatures [...]. It would be incompatible with this concept if a parliament could bind subsequent legislatures during later parliamentary terms and limit their ability to rescind or correct past legislative decisions. Otherwise, political views would be set in stone [...]. Moreover, the act of approval required pursuant to Art. 59(2) first sentence GG is intended to give an international treaty that is applicable at the domestic law a sufficient level of democratic legitimation [...], not lower such level. It is designed to protect the legislature's discretion [...]. It would run counter to that freedom if Art. 59(2) first sentence GG were to be interpreted as "blocking any change" (*Änderungssperre*) for the future [...].

In addition, in contrast to the executive and judicial branches, the legislature is bound only by the constitutional order, not by ordinary law, pursuant to Art. 20(3) GG. The legislature should certainly be able to amend or revise the law, subject to the limits set by the Constitution. It is thus specifically the legislature which ought to be free of constraints imposed by ordinary statutory law [...]. If the legislature were to forfeit its power to make law to the extent that it approved international treaties by way of a federal statute, this would bind it in a manner that runs contrary to Art. 20(3) GG [...].

Furthermore, the legislature does not have the competence to denounce international treaties. If ratifying an international treaty indeed meant that the legislature had thereby bound itself, it

would permanently forfeit its power to enact legislation (cf. BVerfGE 68, 1 <83, 85 and 86>). However, since the principle of democracy forbids the legislature from being permanently bound by legislative acts of its predecessors, and since the legislature simultaneously lacks the power to terminate international treaties containing provisions that it no longer approves of, it must at least, within its area of competence, be able to enact legislation that diverges from what was agreed under international law.

Finally, just like any other domestic law, the act of approval to an international treaty does not – from the perspective of those participating in legal relationships and transactions – constitute a guarantee that no diverging statute will be enacted. [...].¹⁰

A partir de lo anterior, se puede construir un argumento según el cual el Artículo 135 de la CP no puede ser leído como una negación del principio democrático, menos cuando se trata del poder constituyente que por primera vez redactará una Constitución a través de una Convención Constitucional.

3. La dictación de legislación interna que, en principio puede contradecir un tratado, no necesariamente constituye una violación de las obligaciones internacionales de los Estados

Se suele dar por hecho que el examen de compatibilidad entre una norma de derecho interno y las obligaciones del Estado bajo el derecho internacional se puede hacer en forma casi automática. A continuación, veremos por qué eso no es así. Al examinar esta cuestión se deben hacer algunas distinciones conceptuales importantes. En primer lugar, puede existir una norma interna que aparentemente esté en contradicción con lo dispuesto en un tratado internacional. Sin embargo, de eso no se sigue necesariamente que ese Estado incurra en responsabilidad internacional. Como bien lo señala la propia Comisión de Derecho Internacional al comentar el Artículo 2 de los ARSIWA, no basta con la violación de una norma de derecho internacional sino que lo que importa para los efectos del establecimiento de responsabilidad internacional es que se viole una obligación internacional.¹¹ Por lo tanto, no todas las conductas que podrían ser calificadas como ilícitas

¹⁰ BVerfG, Order of the Second Senate de 15 de diciembre de 2015 - 2 BvL 1/12 -, párrafos 1-26. Disponible en: http://www.bverfg.de/e/ls20151215_2bvl000112en.html

¹¹ Párrafo 13 de los Comentarios de la CDI a los ARSIWA.

por contradecir un tratado o el derecho internacional general dan lugar a responsabilidad internacional y esto debe ser tomado en cuenta cuando se diseña la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

Ian Brownlie da varios ejemplos de situaciones que podrían ser calificadas como ilícitas pero que no envuelven responsabilidad internacional. Así, un Estado A podría promulgar un decreto por el cual reclama o asume un título de soberanía sobre un determinado territorio. El Estado B podría considerar que este reclamo se superpone a su propio reclamo de soberanía sobre ese territorio. El Estado B protestará, alegará que el reclamo del Estado A es ilegal y se reservará sus derechos, pero el hecho de la simple afirmación de soberanía no generará responsabilidad internacional para el Estado A.¹² Por lo tanto, cuando el Artículo 1° de los ARSIWA dispone que: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”, se debe leer esta disposición conjuntamente con el Artículo 2°, que exige la violación de una obligación internacional. Al respecto Brownlie agrega que debe ser una obligación de aquellas cuya violación es capaz de generar responsabilidad.¹³ Un Estado podría reclamar un mar territorial de 200 millas marinas, lo que no es compatible con las reglas del derecho internacional del mar, pero en la medida que no interfiera con los derechos de terceros Estados, no se generará responsabilidad internacional. Esta es la forma en que el derecho internacional regula, en general, las consecuencias de la ilicitud, requiriendo algo más que la ilicitud en abstracto.

Adicionalmente, la sola dictación de una norma interna que, en principio, contradice una obligación internacional del Estado de aquellas que pueden dar lugar a responsabilidad internacional, tampoco implica *ipso facto* la existencia de responsabilidad internacional. El artículo 12 de los ARSIWA dispone que:

Artículo 12. Existencia de violación de una obligación internacional
Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

¹² Brownlie, Ian, *System of the Law of Nations. State Responsibility Part I*, (Oxford University Press), 1983, p. 26.

¹³ Id., p. 30.

El comentario de la CDI deja claro que para determinar la existencia de responsabilidad no bastará con constatar que existe una contradicción entre la conducta del Estado y una obligación internacional ya que será necesario examinar varias condiciones adicionales relativas a la existencia de la obligación, la interpretación y aplicación de la obligación en el contexto de su objeto y fin, y la existencia de circunstancias que excluyen la ilicitud.¹⁴ Y, algo que el comentario de la CDI no señala pero que es obvio: la necesidad de que exista un reclamo sobre la existencia de una violación del derecho internacional. Si se trata de obligaciones que otorgan un derecho a personas privadas, el reclamo de la existencia de una violación tendría que proceder de alguna de las personas afectadas.

Y en el comentario final a este Artículo 12 la CDI señala que, si bien la sola dictación de una ley que no está en conformidad con la obligación puede implicar responsabilidad estatal, existen casos en que habrá que esperar a ver cómo esa ley se implementa para poder determinar la responsabilidad internacional del Estado.¹⁵ En materia de derechos humanos, en particular, se puede decir que, en general, la sola dictación de una ley que contradice la obligación internacional hace incurrir al Estado en responsabilidad, ya que en el ámbito de los derechos humanos los Estados deben no sólo abstenerse de violar los derechos humanos sino que también prevenir tales violaciones. Por lo tanto, si un Estado dicta una ley de censura, no importa que no haya censurado todavía ningún libro, la existencia de tal ley en sí misma será constitutiva de una violación de la obligación de prevención. Pero hay muchos otros casos en que la dictación de la ley no bastará para concluir que el Estado ha incurrido en responsabilidad, sino que habrá que ver cómo esa ley se implementa.

En el caso de las normas constitucionales, muchas de las cuales no contienen una regulación detallada de las materias de que tratan, sino que los principios a los que debe ceñirse la legislación que posteriormente se dictará, es muy probable que no se pueda determinar una violación del derecho internacional con anticipación a la dictación de la legislación más específica.

¹⁴ ARSIWA, Comentario (1) al Artículo 12.

¹⁵ ARSIWA, Comentario (12) al Artículo 12.

4. La determinación de una violación de una obligación internacional por las autoridades nacionales tiene impacto en la conducción de la política internacional, lo que exige cierta “deferencia interpretativa” respecto de la compatibilidad entre normas internas con las normas del derecho internacional

La determinación que puede realizar un órgano estatal sobre una violación de las obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado tiene implicaciones internacionales. Desde luego, esa determinación puede significar un reconocimiento de responsabilidad internacional. Por otra parte, se puede generar un conflicto de competencias, toda vez que, conforme a la actual constitución, las relaciones internacionales las conduce el Presidente de la República.

En los Estados Unidos el tema de la regulación constitucional de la política internacional del país ha atraído el interés tanto de los constitucionalistas como de los internacionalistas. Uno de los primeros en escribir sobre este tema fue Louis Henkin en su libro *Foreign Affairs and the US Constitution*, en el que se refiere principalmente a la distribución de los poderes estatales en la conducción de las relaciones internacionales de los Estados Unidos.¹⁶ El tema ha ganado creciente interés en la literatura y actualmente se puede comparar cómo distintos sistemas jurídicos nacionales abordan la relación del derecho internacional y el derecho doméstico en su legislación nacional.¹⁷ En el contexto del rol que cumplen los diversos órganos nacionales en áreas que se relacionan con la política internacional de un país, el tema de la interpretación de los tratados internacionales involucra muy especialmente a los tribunales domésticos y al poder ejecutivo, poniendo de relieve que a ambos poderes les puede corresponder, en el ejercicio de sus funciones, interpretar tratados internacionales. El poder ejecutivo, como conductor de las relaciones internacionales del Estado es quien interpreta los tratados frente a los otros Estados contratantes. Y el poder judicial podría tener que interpretar esos mismos tratados para resolver las disputas que lleguen a su conocimiento. Probablemente la necesidad de coherencia en la posición de los diversos órganos del Estado frente a la interpretación de sus obligaciones internacionales ha llevado a que en muchos países existan algunos principios que contribuyen a conseguir esa coherencia.

Entre esos principios, los siguientes son importantes para los efectos del análisis del art. 135: (1) El principio de deferencia en la interpretación del

¹⁶ Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the United States Constitution*, (Oxford University Press) 1996).

¹⁷ Bradley, Curtis, *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, (Oxford University Press), 2019.

ejecutivo respecto de los tratados y (2) El principio de que las leyes deben ser interpretadas de manera de no comprometer la responsabilidad del Estado. Respecto del primero de los principios enunciados, en Estados Unidos la Corte Suprema ha indicado que los tribunales deben otorgar un peso significativo a la interpretación del ejecutivo respecto de los tratados internacionales.¹⁸ En cuanto al segundo principio, en el *Restatement (Third) of the Foreign Relations of the United States Law* se señala que: “Where fairly possible, a United States statute is to be construed so as not to conflict with international law or with an international agreement of the United States”. En el caso de Alemania, el Tribunal Constitucional Federal también ha aceptado este principio.¹⁹

El principio de “deferencia interpretativa” se aplica a los tribunales nacionales que tienen el poder de solucionar las controversias que se suscitan dentro de sus respectivas jurisdicciones. Ciertamente en el debate entre las diversas fuerzas políticas presentes en la Convención sobre eventuales contradicciones de las normas de la nueva constitución con los tratados internacionales no sería realista pensar que esas fuerzas se sujetarán, como lo haría un tribunal, al principio de la “deferencia interpretativa”. Esto demuestra que la Convención probablemente no es el lugar más adecuado para una discusión jurídica sobre la compatibilidad entre el texto de la nueva constitución y las obligaciones internacionales del Estado.

Habiendo identificado estos tres aspectos fundamentales de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, podemos analizar si es correcto o no dar al Artículo 135 de la CP una lectura que llama a realizar un examen de compatibilidad sustantiva entre el texto de la nueva constitución y los tratados internacionales. Todo indica que la respuesta es negativa. El funcionamiento de la democracia no permite que se empleen los tratados internacionales para congelar la voluntad popular. Adicionalmente, la existencia de una violación de las obligaciones internacionales de los Estados no es una cuestión que puede resolverse *ipso facto*. Y por último, la arena que es donde

18 Bradley, Curtis, *International Law in the U.S. Legal System*, (Oxford University Press), 2021 (3rd ed.), p. 70.

19 En su sentencia del 15 de diciembre de 2015 el Tribunal Constitucional Federal de Alemania señala lo siguiente: “In the case-law of the Chambers of the Federal Constitutional Court, this has been specified to require that if the relevant methodological principles of interpretation allow for a statute to be interpreted in several possible ways, then the interpretation that is open to international law is generally to be preferred (cf. BVerfGK 10, 116 <123>; BVerfG, Order of the Second Chamber of the Second Senate of 8 December 2014 – 2 BvR 450/11 –, NVwZ 2015, p. 361 <364>; similarly Proelß, in: *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, vol. 1, 2009, p. 553 <556 et seq.>.”

se desplegará el debate sobre el respeto a los tratados internacionales no es el lugar adecuado para discutir sobre la eventual responsabilidad internacional del Estado, que es una pregunta jurídica que requeriría necesariamente la intervención de un tribunal, que en este caso no existe y que si existiera debería aplicar la deferencia interpretativa, asumiendo que las decisiones del poder constituyente, en principio, no contradicen las obligaciones internacionales del Estado.

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO CHILENO. ANÁLISIS Y PROPUESTAS

*Sebastián López Escarcena*¹

Resumen

Este artículo tiene por objeto contribuir al proceso constituyente chileno en una de las muchas materias que este tendrá que abordar: el de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. A tal efecto, analiza los principales problemas que se presentan en este ámbito. Concretamente, los de la incorporación del derecho internacional en el derecho interno, y de la jerarquía normativa del primero respecto del segundo. Después de ponderar brevemente la real importancia que tiene la Ley N° 21.200 para nuestro proceso constituyente, el artículo examina la actual regulación constitucional relativa a la incorporación y jerarquía de la costumbre internacional y de los tratados en Chile, y se plantea cuáles de las normas vigentes debieran pasar a una nueva Constitución, cuáles no, y que otras sería conveniente agregar a esta, a fin de facilitar y fortalecer la inserción internacional de nuestro país en un mundo irreversiblemente globalizado.

Palabras clave

Tratados internacionales, derechos humanos, nueva Constitución

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y director de su Departamento de Derecho Internacional. Miembro asociado del Centro para el Estudio de la Gobernanza Global de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, y del Instituto de Investigación en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad de París 1 “Panteón-Sorbona”, Francia. PhD (Edimburgo), LLM (Leiden), Abogado y Licenciado en Derecho (Católica de Chile). Correo electrónico: rlopeze@uc.cl. Algunas de las ideas expuestas en este trabajo se pueden encontrar en los artículos titulados “A modo de presentación: el derecho internacional en la Constitución política” y “La jerarquía normativa en Chile frente al control de convencionalidad”, a publicarse en Sebastián López Escarcena (ed.), *Temas de derecho internacional para el diálogo constitucional chileno* (Ediciones UC), 2021.

1. Introducción

En el derecho comparado, las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno comprenden dos problemas estrechamente vinculados entre sí: la incorporación del derecho internacional en el derecho nacional, por un lado, y la jerarquía del derecho internacional en el derecho interno, por otro.² Si bien las soluciones que se ofrecen a este respecto son variadas, no siempre las Constituciones se refieren al derecho internacional. Cuando así ocurre, usualmente le asignan un rol protagónico al poder ejecutivo en las negociaciones internacionales y en la celebración de tratados, el cual a su vez limitan por medio de la aprobación parlamentaria y de la revisión judicial de los acuerdos internacionales.³ De acuerdo a un estudio publicado por el *Comparative Constitutions Project*, de un total de 365 Constituciones dictadas a partir de 1789, unas pocas cartas fundamentales mencionan a la costumbre internacional, menos son las que la declaran directamente aplicable en el ámbito interno, y un número más bien reducido de Constituciones hace referencia a instrumentos jurídicos específicos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Carta de la ONU de 1945, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, los Pactos de Derechos Humanos de la ONU de 1966, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.⁴ No son muchas tampoco las Constituciones que incorporan instrumentos jurídicos específicos en el derecho interno respectivo, o le reconocen a los tratados un rango supra-legal en la jerarquía normativa

2 Sobre las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional ver e.g. Nijman, Janne, y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide between National & International Law* (Oxford University Press), 2007; Shelton, Dinah (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Oxford University Press), 2011; y Björgvinsson, David Thór, *The Intersection of International Law and Domestic Law: A Theoretical and Practical Analysis* (Edward Elgar Publishing), 2015.

3 Ver Verdier, Pierre-Hugues, y Versteeg, Mila, “Modes of Domestic Incorporation of International Law”, en Sandholtz, Wayne, y Whytock, Christopher (eds.), *Research Handbook on the Politics of International Law* (Edward Elgar Publishing), 2017, pp. 150 & 152-158. Ver también Peters, Anne, “The Globalization of State Constitutions”, en Nijman, Janne, y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (Oxford University Press), 2007, p. 294.

4 Ver Ginsburg, Tom, Chernykh, Svitlana, y Elkins, Zachary, “Commitments and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law”, en *University of Illinois Law Review*, 1, (Universidad de Illinois), 2008, pp. 207-210.
El *Comparative Constitutions Project* está dirigido por Zachary Elkins (Universidad de Texas en Austin), Tom Ginsburg (Universidad de Chicago) y James Melton (*University College* de Londres). El proyecto comenzó en la Universidad de Illinois, donde estos académicos trabajaban entonces, y su objetivo es proporcionar una base de datos comprensiva de las Constituciones del mundo. El proyecto está disponible en <http://comparativeconstitutionsproject.org/>

nacional correspondiente.⁵ Desde este punto de vista, la situación del derecho internacional en Chile no es tan anómala. No obstante, la tendencia comparada actual es asignarle un lugar cada vez más destacado a las fuentes del derecho internacional en las Constituciones políticas, al menos en las dictadas con posterioridad a 1990.⁶

Tal como las que la antecedieron, nuestra actual Constitución Política de la República (CPR) no cuenta con una regulación orgánica de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, sino que con un conjunto de disposiciones dispersas que se refieren a diversos aspectos del derecho internacional de manera más bien accesoria, a propósito del ejercicio de la soberanía (artículo 5, inciso segundo), de las atribuciones especiales del Presidente de la República (artículo 32 N° 15), de las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional (artículo 54 N° 1), y de las atribuciones que son propias del Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1, 3 y 6). A falta de una regulación orgánica, han sido la jurisprudencia y la doctrina nacionales las que se han encargado de precisar y sistematizar las soluciones a este problema. Una nueva Constitución para Chile nos ofrece la inmejorable oportunidad de volver sobre este importante asunto, y preguntarnos cómo reglar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, de la manera más adecuada posible. Esto es lo que busca responder el artículo que sigue a continuación. Con este objetivo, comienza por revisar ciertas particularidades que la Ley N° 21.200 le imprime al proceso constituyente chileno, para después ver cómo se incorpora el derecho internacional en Chile y de qué manera se relacionan los tratados con el derecho chileno, no solo desde la perspectiva de su regulación actual en la CPR, sino pensando en cuáles de estas normas debieran pasar a una nueva Constitución, y qué otras convendría añadir a esta.

5 Ver Ginsburg, Chernykh y Elkins, ob. cit., pp. 207-210. Respecto a la jerarquía del derecho internacional en el derecho interno comparado ver Peters, ob. cit., pp. 260-270, 294 & 295; y Bartolini, Giulio, “A Universal Approach to International Law in Contemporary Constitutions: Does It Exist?”, en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 3/4, (Edward Elgar Publishing), 2014, pp. 1296-1314.

6 Ver Bartolini, ob. cit., p. 1295. Ver también Peters, ob. cit., pp. 254, 260, 262-263, 272 & 294-296; Bartolini, ob. cit., pp. 1296-1314; y Verdier y Versteeg (2017), ob. cit., pp. 514-515. En cuanto a las promulgadas con anterioridad a 1990, ver Bartolini, ob. cit., pp. 1292-1293, 1296, 1301 & 1310. Sobre al derecho internacional en las constituciones latinoamericanas dictadas después de 1945 ver Franck, Thomas, y Thiruvengadam, Arun, “International Law and Constitution-Making”, en *Chinese Journal of International Law*, 2/2, (Oxford University Press), 2003, pp. 510-514.

2. Particularidades del proceso constituyente

El 24 de diciembre de 2019, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.200 que modificó el Capítulo XV de la CPR, que trata sobre la reforma de esta y el procedimiento para elaborar una nueva carta fundamental. Esta ley introdujo una disposición novedosa, que establece algunos límites para el poder constituyente. Se trata del artículo 135, cuyo inciso final señala: “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”. Esta disposición es la expresión jurídica del acuerdo político alcanzado en el seno de la Comisión Técnica que redactó el proyecto de Ley N° 21.200. Cabe destacar que, pese a las diferencias políticas e ideológicas existentes entre los integrantes de dicha comisión, el inciso final del artículo 135 no fue particularmente discutido en este cuerpo colegiado ad hoc, conformado por especialistas propuestos por los distintos partidos políticos que llegaron al Acuerdo por la Paz Social y Nueva Constitución del 15 de noviembre de 2019. Esto es, la coalición de partidos Frente Amplio, y los partidos Socialista de Chile (PS), Democracia Cristiana (DC), Evolución Política (Evópoli), Renovación Nacional (RN) y Unión Demócrata Independiente (UDI).⁷

Sin embargo, a pesar de la novedad que pudiera representar una cláusula como el inciso final del artículo 135 para un proceso constituyente, su importancia es más aparente que real, tanto por su contenido como por su aplicación, que no solo es eventual, sino que depende de la realidad política subyacente al trabajo de la Convención Constitucional, y se agota en este. ¿Cuál es el contexto normativo de dicha disposición? Como indica el inciso primero del artículo 135, “[l]a Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes”. Agrega su inciso segundo que “[m]ientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla”. Su inciso tercero, en tanto, declara que:

En conformidad al artículo 5°, 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

⁷ Las sesiones de esta Comisión Técnica están disponibles en <https://tv.senado.cl/>

de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución 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.

El inciso final del artículo 135 viene a complementar estas disposiciones. La expresión “deberá respetar”, que ahí se utiliza, nos indica que estamos ante un mandato jurídico, similar al que podemos encontrar en el inciso segundo del artículo 5 de la CPR, a cuyo inciso primero hace un reenvío el inciso tercero del artículo 135. Desde esta perspectiva, el inciso final de esta disposición no hace más que mencionar algunas de las características que son propias de la preeminencia del derecho, mejor conocida como estado de derecho.⁸ De esta manera, un estado donde prevalece el derecho debe respetar las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas. Dado que el artículo 135 de la CPR no distingue entre decisiones judiciales nacionales e internacionales, no correspondería al intérprete restringir su ámbito de aplicación a unas u otras. Esto, además, se conforma con lo dispuesto por el derecho internacional al respecto, ya que el incumplimiento por el estado de Chile de una resolución dictada en su contra por un tribunal internacional ocasionaría su responsabilidad internacional. ¿Cómo podría la Convención Constitucional no respetar una sentencia firme y ejecutoriada? La verdad es que cuesta encontrar ejemplos. Uno factible, pero muy poco probable, sería que dicha convención establezca el empleo del paralelo para determinar el límite marítimo con Perú, en vez de la delimitación que fijó la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia del 27 de enero del 2014.⁹ Aquí, la Convención Constitucional no solo estaría yendo en contra del mandato jurídico del inciso final del artículo 135 de la CPR, sino que incumpliría una sentencia de un tribunal internacional, generando la responsabilidad del Estado de Chile.

Igual de improbable sería una contravención del límite impuesto a la Convención Constitucional en dicho artículo, respecto del “carácter de República

8 Respecto a la preeminencia del derecho ver e.g. L. Heuschling, Luc, *Etat de droit - Rechtsstaat - Rule of Law* (Éditions Dalloz), 2002; y Bingham, Tom, *The Rule of Law* (Penguin Books), 2011.

9 Consistente en el paralelo geográfico hasta las 80 millas marinas desde la costa, y una línea trazada por este tribunal en base al principio de equidistancia a partir de esta distancia. En cuanto al caso de Perú contra Chile ver en general López Escarcena, Sebastián, “La disputa marítima entre Perú y Chile. Comentario de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 27 de enero de 2014”, en *Revista Chilena de Derecho*, 41/3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014.

del Estado de Chile” y de “su régimen democrático”. Un ejemplo hipotético, pero más que incierto, sería que la convención constituyente establezca un sistema donde el soberano detente un poder absoluto, acompañado de una asamblea u otro ente colegiado consultivo. Si ya nuestro perenne hiperpresidencialismo no ha ido en contra del régimen republicano y democrático chileno, es difícil pensar en ejemplos que violen lo dispuesto sobre este punto en el inciso final del artículo 135.¹⁰ Algo parecido puede decirse en relación a los tratados internacionales. Definidos por el artículo 2.1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT) como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, estos establecen obligaciones internacionales que el estado parte debe necesariamente cumplir.¹¹ De no hacerlo, Chile cometería un hecho internacionalmente ilícito, definido en el artículo 2 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (ARE) como “un comportamiento consistente en una acción u omisión [...] atribuible al Estado según el derecho internacional; y [que] [c]onstituye una violación de una obligación internacional del Estado”.¹²

Al regular la observancia de los tratados, la CVDT prescribe que son los principios de *pacta sunt servanda* y de buena fe los que deben guiar a los estados parte. Es así como el artículo 26 declara que “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Esta disposición debe ser complementada con el artículo 27, que señala: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.¹³ Al ser una norma de responsabilidad inter-

10 Últimamente, esta característica del régimen de gobierno presidencialista chileno ha sido puesta en duda.

Ver e.g. Fontaine, Arturo, *La pregunta por el régimen político. Conversaciones chilenas. Ensayo* (Fondo de Cultura Económica), 2021, pp. 21-22.

11 La CVDT está vigente en Chile desde 1981.

Aun cuando a la fecha Chile no ha firmado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, debiera entenderse que los acuerdos internacionales ahí definidos también están incluidos en el artículo 135 de la CPR. El contenido de este tratado es muy similar al de la CVDT de 1969, por lo que muchas de sus normas podrían utilizarse como prueba de costumbre internacional.

12 Los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional el 2001, están disponibles en <https://legal.un.org/ilc/reports/2001/spanish/chp4.pdf>

13 La Convención de Viena de 1986 contiene disposiciones equivalentes en sus arts. 26 y 27.

nacional, los ARE la repiten en su artículo 32, pero para todas las obligaciones internacionales, no solo las de naturaleza convencional.¹⁴ De este modo, el inciso final del artículo 135 de la CPR se adecua al sistema de responsabilidad internacional. Vale decir, independiente de lo que disponga la nueva carta fundamental, el estado de Chile seguirá estando obligado por los tratados que están en vigor y deberá cumplirlos de buena fe, no pudiendo excusarse en su derecho interno para dejar de hacerlo. Al respecto, es extenso el alcance de la cláusula de limitación del poder constituyente que establece el artículo 135 de la CPR, pues no se restringe a cierto tipo de acuerdos internacionales, sino que incluye a todos los que están vigentes en Chile, que son cientos y en las más diversas áreas. Este deber de respeto se vincula adecuadamente con las otras limitaciones que le impone al poder constituyente el inciso final de dicha disposición. Siendo Chile una república democrática, no solo sus autoridades políticas deben elegirse periódicamente, sujetarse a derecho y ser responsables por su comportamiento contrario a este, sino que además debe existir una separación de poderes institucionalizada que vele por lo anterior, permitiendo que la prevalencia del derecho sea efectiva. El cumplimiento de las obligaciones internacionales es uno de los aspectos fundamentales de esta. En un estado de derecho, todas las personas, tanto públicas como privadas, deben estar reguladas por normas jurídicas creadas de manera pública, que rijan generalmente para el futuro y que sean interpretadas y aplicadas por tribunales de justicia.¹⁵

Los tratados que incluye el artículo 135 de la CPR son todos los que Chile haya celebrado con otros estados que se encuentren actualmente en vigor, cualquiera sea la materia que estos regulen.¹⁶ Así como los acuerdos internacionales que establecen las fronteras de Chile con sus vecinos no se verán afectados por lo que disponga una nueva carta magna, todos los otros tratados que estén vigentes también seguirán obligando internacionalmente a nuestro

14 Sobre el artículo 27 de la CVDT como norma de responsabilidad ver Villiger, Mark, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers), 2009, pp. 370-371; y Schmalenbach, Kirsten, "Article 27: Internal Law and Observance of Treaties", en Dörr, Oliver, y Schmalenbach, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer-Verlag), 2012, pp. 453-455, 457, 460-461 & 462.

15 Ver Bingham, ob. cit. p. 8. Ver también *ibid.*, pp. 37-109. Cf. Peters, ob. cit., pp. 271-272.

16 Además de estos, debieran considerarse incorporados al artículo 135 de la CPR los tratados celebrados con organizaciones internacionales que estén vigentes. No siendo tratados, queda excluido de esta norma todo otro instrumento que no sea internacionalmente obligatorio: por ejemplo, la mayoría de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU.

estado, que deberá cumplirlos de buena fe.¹⁷ Corresponde subrayar que el inciso final del artículo 135 de la CPR encuentra su legitimidad en la misma soberanía que le permite al Estado de Chile darse una nueva carta fundamental. En efecto, el poder político no solo se limita a través de normas constitucionales, sino que también por medio de obligaciones internacionales libremente contraídas, como las que pueden encontrarse en los tratados vigentes en Chile. Es esto lo que permite que en nuestro país haya un estado de derecho. Al ser soberano, Chile puede poner término a estos acuerdos internacionales. Para esto, sin embargo, deberá cumplir las normas correspondientes que establezcan estos tratados, junto con las aplicables de la sección tercera de la CVDT.¹⁸ Esto ya lo reconoce la carta fundamental en el inciso quinto del artículo 54 N° 1, que declara: “[l]as disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Es de esperar que una disposición como esta, similar a la que contiene el artículo 96.1 de la Constitución Española de 1978, se mantenga en una nueva carta magna chilena. El inciso final del artículo 135 de la CPR no afecta, por tanto, la facultad soberana de poner término a los tratados. De este modo, dicho inciso no hace más que reconocer la limitación al poder constituyente que el Estado de Chile ha acordado soberanamente a lo largo de los años, en casi el millar de tratados que tiene hoy en vigor.

Siendo cientos, ¿hasta qué punto limitan los tratados internacionales el trabajo de la Convención Constitucional? Lo cierto es que poco. Los acuerdos internacionales tienden a incluir regulaciones generales, en las más distintas materias. Y cuando son específicas, usualmente poco tienen que ver con la labor a la que está llamada a desempeñar una convención constituyente. Puestos a encontrar un ejemplo de incumplimiento, podríamos pensar en alguna disposición constitucional que contemple la nacionalización de los recursos naturales, mediante el pago de una indemnización justa. Vale decir, en la medida de las posibilidades del estado chileno. Como ya vimos, al ser un órgano estatal, la convención constituyente podría hacer que Chile incurra

¹⁷ Tal como Bolivia no pudo llegar al Océano Pacífico con soberanía, en virtud del derecho establecido en ese sentido en su Constitución, Chile no podría recuperar la Patagonia argentina, por el solo hecho de declarar que esta le pertenece o que tiene un derecho irrenunciable a ella. El voluntarismo jurídico en materia de fronteras encuentra su límite en los tratados que las establecen. En otras materias, la relación entre derecho constitucional y derecho internacional no es diferente.

¹⁸ Respecto a la terminación de tratados en la CVDT ver e.g. Villiger, ob. cit. pp. 681-689, 695-706 & 720-81.

en responsabilidad internacional. Sin embargo, en este caso no sería la mera declaración de dicha convención la que haga responsable internacionalmente al estado chileno, pues esta surgiría con las medidas legislativas y administrativas que otros órganos adopten posteriormente y que resulten expropiatorias, sea de manera directa o indirecta.¹⁹

3. Cómo incorporar el derecho internacional

En Chile, hay una larga tradición de reconocer a la costumbre internacional como parte integral del sistema jurídico doméstico.²⁰ La Corte Suprema, por ejemplo, se ha inclinado con cierta constancia por la aplicación inmediata de la costumbre internacional en Chile: esto es, sin necesidad de acto interno de incorporación alguno.²¹ Si bien parte de la jurisprudencia y la doctrina nacionales considera que la costumbre internacional se incorpora en forma automática al ámbito interno, lo cierto es que por lo general se requiere de un acto declarativo doméstico de carácter judicial o administrativo, como una resolución de un tribunal de justicia, que haga a la correspondiente norma internacional consuetudinaria aplicable en el derecho chileno.²² Así, esta es adoptada por el derecho interno, y la norma consuetudinaria respectiva no pierde su carácter de internacional.²³ Por esta razón, al aplicar la costumbre

19 En cuanto a la expropiación en el derecho internacional ver en general López Escarcena, Sebastián, *Indirect Expropriation in International Law* (Edward Elgar Publishing), 2014.

20 Ver e.g. Corte Suprema, J. Lauritzen y otros con Fisco, sentencia de fecha 19 de diciembre de 1955, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 52/2, (Imprenta Cervantes), 1955. Este caso también es conocido como el de los barcos daneses.

Corresponde señalar que, hasta la modificación constitucional del 2005, la CPR no hacía referencia alguna al derecho internacional general. Ese año se agregaron al artículo 54 N° 1 un par de menciones a las “normas generales de derecho internacional”, en relación con la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a tratados, y con la terminación, modificación o suspensión de éstos.

Ver Ribera, Teodoro, y Gornig, Gilbert, *Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica* (Editorial Aranzadi), 2016, pp. 114-115.

21 Ver *ibid.*, pp. 115-116.

22 En la práctica, sólo de manera excepcional se aplicará automáticamente la costumbre internacional en Chile. Por ejemplo, podría ocurrir que las partes de un contrato acuerden hacer un reenvío a esta, para efectos de regular determinados aspectos del acuerdo en cuestión. De no haber conflicto entre ellas respecto a la implementación de dicho contrato, la costumbre internacional no requerirá de un acto declarativo doméstico para ser aplicada en el derecho interno. En caso de conflicto, no obstante, se requerirá que un tribunal doméstico la identifique y determine su contenido, adoptándola en el derecho nacional y haciéndola aplicable en el ámbito interno.

23 En otras palabras, en Chile el derecho internacional general no se transforma en derecho nacional, sino que sólo se le declara aplicable internamente.

Ver Dupuy, Pierre Marie, “International Law and Domestic (Municipal) Law”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press), 2011, párrafos 47-49.

Sobre las consecuencias de adoptar el derecho internacional en el ámbito interno, ver *ibid.*, párrafos 57-59. Ver también Ribera y Gornig, *ob. cit.*, pp. 32-34.

internacional en el derecho interno se debe tener en cuenta su contenido a la fecha en que es invocada, lo que incluye desarrollos recientes que hayan tenido lugar con posterioridad al acto judicial o administrativo que la adoptó en el ámbito interno.²⁴

En cuanto a los tratados, la CPR habla de ellos, pero no los define.²⁵ Puesto que los acuerdos internacionales son expresiones de la voluntad política de los estados, su celebración queda en manos del más dinámico de sus poderes: el ejecutivo, quien lleva a cabo las negociaciones correspondientes y manifiesta el consentimiento estatal en obligarse internacionalmente. A fin de conferirle mayor legitimidad a los compromisos así asumidos, las constituciones políticas de numerosos estados le dan a sus poderes legislativos la oportunidad de pronunciarse a este respecto, que es justamente lo que ocurre en Chile.²⁶ De acuerdo al artículo 32 N° 15 de CPR, es una atribución exclusiva del Presidente de la República “[c]onducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1”.²⁷ La regla general es, por tanto, que los tratados requieren de aprobación parlamentaria, previa a su ratificación. Como

24 Ver Dupuy, ob. cit., párrafo 100. Ver también *ibid.*, párrafo 101. Respecto a la interpretación del derecho internacional consuetudinario en el ámbito doméstico ver *ibid.*, párrafos 112-115.

25 Salvo la CPR de 1925, que hacía referencia a “tratados” y “otras convenciones”, los otros textos constitucionales chilenos previos a 1980 también utilizaron la expresión “tratados internacionales”. Ver Orrego Vicuña, Francisco, y Orrego Bauzá, Francisco, “Chile”, en Hollis, Duncan, Blakeslee, Merritt, y Ederington, L. Benjamin (eds.), *National Treaty Law and Practice: Dedicated to the Memory of Monroe Leigh* (Martinus Nijhoff Publishers), 2005, pp. 123-124.

26 Ver *ibid.*, pp. 125-126. Ver también Peters, ob. cit., pp. 282-283; y Verdier, Pierre-Hughes, y Versteeg, Mila, “International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation Exploring Comparative International Law”, en *American Journal of International Law*, 109/3, (Sociedad Americana de Derecho Internacional), 2015, pp. 518-522.

27 La misma disposición agrega que: “Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere”.

El artículo 32 N° 8, por su parte, señala que el Presidente puede:

[d]esignar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales. Tanto estos funcionarios como los señalados en el N° 7° precedente [i.e., los ministros de estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores], serán de la confianza exclusiva del Presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella.

Ambos numerales de esta disposición formaban parte, en lo esencial, del artículo 72 N° 5 y 16 de la CPR de 1925. La única diferencia con la regulación actual, de alguna relevancia, es que el artículo 72 N° 5 requería la aprobación del Congreso para la designación de embajadores y agentes diplomáticos. Se pueden encontrar antecedentes de estas disposiciones en el artículo 82 N°s 6 y 19 de la CPR de 1833, que regulaba las atribuciones especiales del Presidente de la República.

El artículo 31 N°s 8 y 15 del proyecto de CPR, enviado por el gobierno de Michelle Bachelet al Congreso a principios del 2018, replica lo dispuesto por el actual artículo 32 N°s 8 y 15 de la CPR.

indica el artículo 54 N° 1 de la CPR, es una de las atribuciones del Congreso Nacional “[a]probar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación”. La doctrina ha calificado a esta atribución exclusiva del Congreso como una formalidad habilitante, sin la cual el Presidente no puede proceder a dictar el acto administrativo posterior de ratificación del tratado.²⁸ Esta no se encuentra regulada en la CPR, sino que en la CVDT, como una de las formas de manifestar el consentimiento para obligarse por un tratado.²⁹ En la práctica chilena, la ratificación es un acto solemne mediante el cual el Estado expresa justamente esa voluntad. Siendo de carácter discrecional, no hay un plazo establecido para ratificar, ni existe una obligación de hacerlo, por lo que el estado no contrae responsabilidad internacional alguna si no ratifica un tratado, incluso si se trata de uno que ya fue aprobado por el Congreso Nacional.³⁰

A partir de la reforma constitucional del 2005, el inciso primero del artículo 54 N° 1 agrega que la aprobación parlamentaria requerirá del quorum correspondiente, de acuerdo al artículo 66. Esto quiere decir que el quorum respectivo va a depender de las normas que contenga el tratado en cuestión. Podrá ser, por consiguiente, de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, si estas corresponden a una ley interpretativa de la CPR; de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, si son propias de ley orgánica constitucional; de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, si estas corresponden a una ley de quorum calificado; o de la mayoría de los miembros presentes de cada cámara del Congreso, si son propias de ley simple.³¹ Someter un tratado a aprobación parlamentaria es una atribución exclusiva del Presidente de la República. Podrá hacerlo tanto a la Cámara de Diputados como al Senado, donde el comité de relaciones exteriores respectivo emite un informe, el cual

28 Ver e.g. Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 116-117 & 118.

El artículo 54 N° 1, inciso décimo, de la CPR agrega que:

[e]n el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64.

Esta última disposición limita esta facultad del Presidente respecto de la nacionalidad y de las facultades del Poder Judicial, del Congreso, del Tribunal Constitucional o de la Contraloría General de la República.

29 En cuanto a la capacidad para concluir tratados, los procedimientos de celebración, y su entrada en vigor en el derecho internacional ver e.g. Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press), 2007, pp. 58-177 & 324-351.

30 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 126-127 & 128-129.

31 Artículo 66 de la CPR.

se discute en sala.³² En este proceso, ambas cámaras del Congreso deberán pronunciarse sobre el tratado en votación única, conforme al quorum más elevado de las normas que regula.³³ Puesto que un tratado no es propiamente una ley, por más que su tramitación se someta a la de ésta, el TC ha señalado que un tratado debe aprobarse o desecharse como un todo, sin que se le pueda introducir modificaciones.³⁴ Excepcionalmente, los acuerdos de ejecución y los acuerdos en forma simplificada no precisan de aprobación parlamentaria.³⁵ Como indica el artículo 54 N° 1, inciso cuarto, “[l]as medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley”.³⁶ El mismo inciso señala, tras su reforma del 2005, que “[n]o requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria”.³⁷

Los tratados se incorporan al derecho interno chileno de la misma manera que entran en vigencia las leyes nacionales. De acuerdo al inciso primero del artículo 54 N° 1 de la CPR, se someten “en lo pertinente, a los trámites de ley”.³⁸ O sea, requieren que se promulgue el decreto respectivo, y se publique en el Diario Oficial, conforme a los artículos 6 y 7 del Código Civil. Solo a contar de entonces, un tratado producirá efectos jurídicos en Chile.³⁹ En principio, estos actos internos de promulgación y publicación incorporan los tratados al sistema jurídico nacional como normas domésticas: es decir, transformándolos en derecho interno. Sin embargo, la mención “en lo pertinente”, agregada el

32 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 128-129.

33 Ver Arévalo, Alvaro, y Troncoco, Claudio, “El régimen de aprobación de los tratados internacionales luego de la reforma constitucional de 2005”, en *Estudios 2010*, (Sociedad Chilena de Derecho Internacional), 2010, pp. 16-17.

34 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 309, *Requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989*, sentencia, 4 de agosto de 2000, considerando 11. Esta sentencia fue dictada en virtud del control de constitucionalidad preventivo que consagra el artículo 93 N° 3 de la CPR.

35 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 124, 127, 128 & 129-30.

36 La inclusión de esta frase en el articulado que regula las atribuciones del Congreso fue una innovación que introdujo la CPR de 1980 respecto de la norma correspondiente de la CPR de 1925.

37 Ver Arévalo y Troncoco, ob. cit., pp. 18-19.

38 Originalmente, y siguiendo al artículo 43 N° 5 de la CPR de 1925, el artículo 50 N° 1 de la CPR de 1980 decía: “La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

39 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 136-138.

2005 al artículo 54 N° 1, permite concluir que los tratados y las leyes tienen en Chile una naturaleza jurídica distinta, lo cual es relevante para determinar la fecha de entrada en vigencia del tratado, las normas de interpretación que le son aplicables, y su jerarquía en el ámbito interno, entre otros asuntos.⁴⁰ Esto significa que en Chile los tratados se adoptan, sin transformarse en derecho interno.⁴¹ Así, por ejemplo, lo estimó el TC cuando declaró el 2009, a partir del texto modificado de esta disposición, que los tratados “no son propiamente una ley”.⁴² En la misma sentencia, el TC añadió que confirma lo anterior el actual inciso quinto, que se incluyera el 2005 al artículo 54 N° 1, cuando señala que los acuerdos internacionales sólo podrán ser terminados, modificados o suspendidos según lo previsto en los propios tratados o conforme a las normas generales de derecho internacional.⁴³

Estas son las normas de incorporación del derecho internacional consuetudinario y convencional actualmente vigentes en Chile. ¿Sería conveniente reemplazarlas o modificarlas, en una nueva Constitución? Dado que estas normas han sido suficientemente desarrolladas a lo largo del tiempo, no se justificaría un reemplazo, ni su modificación en esencia. Vale decir, debiera mantenerse la incorporación de los tratados, previa aprobación parlamentaria para la mayoría de estos, así como su adopción por medio de la forma en que entra en vigor la ley en Chile. En este contexto, lo señalado por el artículo 32

40 Ver Henríquez, Miriam, “Tratados internacionales: reflexiones en torno a una nueva Constitución”, en Chía, Eduardo, y Quezada, Flavio (eds.), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, (Instituto Igualdad; Facultad de Derecho, Universidad de Chile; y Friedrich Ebert-Stiftung), 2015, pp. 198 & 200. Ver también Nash, Claudio, *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2012, pp. 16-18.

41 Sobre la diferencia entre la transformación y la adopción del derecho internacional en el ámbito interno ver e.g. Dupuy, ob. cit., párrafos 46-64. Ver también Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 32-34 & 34-40.

42 Tribunal Constitucional, Rol N° 1288, *Proyecto que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, sentencia, 25 de agosto de 2009, considerando 43. Esta sentencia fue emitida de conformidad a lo establecido en el artículo 96 N° 1 de la CPR.

43 Ver *ibid.*, considerando 52. Ver también *ibid.*, considerandos 53 & 55. En la reforma constitucional del 2005 se incluyó, asimismo, en la CPR: la obligación del Presidente de la República de informar al Congreso Nacional las reservas que pretenda formular; la facultad del Congreso de sugerir reservas y declaraciones interpretativas a un tratado, durante la tramitación de su aprobación parlamentaria; la facultad exclusiva del Presidente de denunciar o retirarse de un tratado, previa consulta al Congreso, si dicho tratado fue aprobado en su momento por este; y la facultad del Presidente de retirar una reserva, previo acuerdo del Congreso, si dicha reserva fue aprobada en su momento por este, en cuyo caso, el Congreso tendrá un plazo de 30 días para pronunciarse, y si no lo hiciera, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva; y la obligación estatal de dar debida publicidad a los hechos que digan relación con un tratado, como su entrada en vigor, formulación y retiro de reservas, objeciones a reservas y declaraciones interpretativas, su nulidad, suspensión o terminación. Ver artículo 54 N° 1, incisos segundo, tercero, sexto, séptimo, octavo y noveno. Ver también Henríquez (2015), ob. cit., pp. 200-201.

N° 15 de la CPR podría mantenerse tal como está.⁴⁴ El artículo 54 N° 1, en cambio, ameritaría varios cambios. Por ejemplo, los detalles relativos a la formulación de reservas y declaraciones interpretativas debieran regularse por ley, no en la Constitución. Los actuales incisos primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 54 N° 1, bien podrían ser reiterados en una nueva carta fundamental, tal como pueden leerse hoy en la CPR, y han sido interpretados por el TC. Sin embargo, respecto de la terminación de tratados, convendría agregar que esta debe ser previamente aprobada por el Congreso Nacional, al menos para los acuerdos internacionales que tuvieron que cumplir con esta formalidad habilitante antes de su ratificación.⁴⁵ De esta manera, se fortalecería aún más la legitimidad interna de los tratados, esta vez respecto de las denuncias o retiros que decida adoptar el poder ejecutivo chileno.

4. La jerarquía del derecho internacional en Chile

En caso de conflicto entre la costumbre internacional y el derecho chileno, no hay una jurisprudencia clara: algunas decisiones judiciales han dicho que prima el derecho chileno, y otras han señalado que prima la costumbre internacional.⁴⁶ Distinta es la situación de los tratados, cuya jerarquía normativa en Chile es relativamente clara, al menos respecto de la ley. Aquí, la postura mayoritaria es que los tratados prevalecen sobre esta, tanto sobre la dictada con anterioridad a su promulgación y publicación, como sobre la dictada con posterioridad. Cualquier duda que quedaba al respecto, fue aclarada por la reforma constitucional del 2005, que añadió el hoy inciso quinto del artículo 54 N° 1 de la CPR, que no solo confirma que los tratados retienen su naturaleza internacional en Chile, sino que consagra implícitamente el principio de *lex superior* en lo relativo a la terminación, suspensión o modificación de estos.⁴⁷

44 Junto a lo dispuesto en el artículo 32 N° 8 de la CPR. En relación a esta norma, se ha propuesto una regulación constitucional mínima del servicio exterior, que establezca la necesidad de contar con una diplomacia plenamente profesional y debidamente financiada, a fin de asegurar el cumplimiento adecuado de sus funciones.

Ver eliberoc.cl, Rodríguez Elizondo, José, “Constitución, ¿con o sin diplomacia?”, 9 de abril de 2021.

45 El derecho comparado ofrece algunos ejemplos de disposiciones en este sentido. Quizás la más conocida, es el artículo 91 N° 1 de la Constitución del Reino de los Países Bajos. En América Latina, las Constituciones de Argentina, Bolivia y Perú establecen este requisito.

46 Ver Benadava, Santiago, “Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en Benadava, Santiago, et al, *Nuevos enfoques del derecho internacional* (Editorial Jurídica de Chile), 1992, pp. 28-33; y Aguilar, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, 7/1, (Universidad de Talca), 2009, pp. 110-132. Ver también Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 114-116.

47 Ver e.g. Nash (2012), ob. cit., pp. 16-18 & 20.

En lo que dice relación con la CPR, esta prevalece sobre los tratados, al menos a contar de la reforma del 2005 que estableció el control de constitucionalidad *ex ante* o preventivo de carácter obligatorio, para ciertos acuerdos internacionales. En efecto, como indica actualmente el artículo 93 N° 1 de la CPR, es una atribución del TC ejercer el control de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional, antes de su promulgación.⁴⁸ Este control de constitucionalidad de los tratados se vino a sumar al ya existente para el resto de los tratados, consagrado en el N° 3 del mismo artículo. Como señala este numeral, es una atribución del TC resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.⁴⁹ De acuerdo al inciso tercero de esta disposición, podrán requerir este control preventivo los Presidentes de la República, de la Cámara de Diputados o del Senado, o 1/4 de sus miembros en ejercicio, dentro de los cinco días siguientes a la aprobación parlamentaria del tratado respectivo. A diferencia del control obligatorio del N° 1, este control de constitucionalidad *ex ante* del N° 3 es facultativo y, por ende, eventual, pues procede en la medida que se presente una cuestión de esta naturaleza.⁵⁰ Cabe señalar que, en no pocos casos, el TC ha utilizado derechos contenidos en tratados como parámetro de control preventivo de constitucionalidad.⁵¹

A propósito del control de constitucionalidad preventivo facultativo, el TC pareciera haber excepcionalmente optado por la tesis de la transformación de los tratados en derecho interno, alejándose así de su contraparte, la adopción de estos, que se puede encontrar en otras de sus decisiones judiciales que aceptan la incorporación de los tratados en Chile, en su calidad de tales. Vale decir, sin que pierdan la naturaleza jurídica internacional que les es propia. Un ejemplo de esto ocurrió en el 2000, cuando el TC señaló que para efectos

48 Ver e.g. Vargas Carreño, Edmundo, *Derecho internacional público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI* (Editorial Jurídica de Chile), 2007, Tomo I, pp. 216-219.

El proyecto de nueva CPR del 2018 recogió este control preventivo obligatorio de los tratados en su artículo 94 N° 1, pero exigiendo un quorum de 4/5 de los miembros del TC para que uno de estos acuerdos internacionales sea declarado inconstitucional.

49 Esta misma disposición puede encontrarse en el artículo 78.b letra a de la CPR de 1925. La reforma de 1970 introdujo este control de constitucionalidad preventivo en Chile.

50 El proyecto de nueva CPR del 2018 no incluyó el control preventivo facultativo de los tratados entre las atribuciones del TC que establece su artículo 94.

51 Ver e.g. Pica, Rodrigo, "Control de constitucionalidad y tratados internacionales: ¿objeto o parámetro? Una síntesis jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Chile", en Nogueira, Humberto (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Editorial Librotecnia), 2012, pp. 272-277.

de la aplicación de los tratados en el ámbito interno debe distinguirse entre sus cláusulas autoejecutables o *self-executing*, y no autoejecutables o *non-self-executing*.⁵² En esta sentencia, el TC declaró que son cláusulas *self-executing* “las que tienen el contenido y la precisión necesarias [...] para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno”, y son cláusulas *non-self-executing* las “que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que [...] las haga aplicables como fuente del derecho interno”.⁵³ Como agregó entonces el TC, mientras las cláusulas autoejecutables pueden ser objeto de control de constitucionalidad, las no autoejecutables no pueden serlo, puesto que únicamente entran en vigor en Chile las cláusulas *self-executing*, por un lado, y las normas internas que se dicten para implementar las cláusulas *non-self-executing*, por otro. Según esta sentencia, corresponde al TC determinar si una o más cláusulas son autoejecutables o no autoejecutables.⁵⁴ Esta distinción entre cláusulas *self-executing* y *non-self-executing* proviene del derecho constitucional de EE.UU., donde tampoco es fácil distinguir entre unos y otros en la práctica.⁵⁵ Se la utiliza en el ámbito interno, pero no es de gran utilidad desde el punto de vista del derecho internacional, debido a que de conformidad al artículo 27 de la CVDT un estado no puede invocar disposiciones de su derecho nacional como justificación del incumplimiento de un tratado. Como cualquier estado, Chile debe siempre actuar como un todo indivisible, sin desdoblarse artificialmente en un ámbito interno y otro externo, a fin de evitar que se esgrima en su contra esta regla esencial del derecho internacional. En un par de sentencias posteriores, el TC agregó que las cláusulas *non-self-executing* pueden ser objeto de control de constitucionalidad preventivo si éstas puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo, y que no sea razonable postergar una resolución sobre ella.⁵⁶

52 Ver Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 120-121.

53 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, *Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT*, considerando 48.

54 Ver *ibid.*

55 Ver Aust, ob. cit., pp. 196-199. Ver también Verdier y Versteeg (2015), ob. cit., pp. 522-525; y Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 36-40. Cf. Bartolini, ob. cit., p. 1309.

Corresponde destacar que esta categorización podría traer importantes consecuencias, a nivel nacional. Como señala Anne Peters, la práctica judicial interna sobre aplicabilidad directa de los tratados puede ser tanto o más relevante que cualquier jerarquía abstracta que le otorgue al derecho internacional la Constitución respectiva.

Ver Peters, ob. cit., p. 270.

56 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 383, *Requerimiento de inconstitucionalidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994*, sentencia, 5 de septiembre de 2003, considerando 4; y Tribunal Constitucional, Rol N° 1988, *Requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio*

Como sea, la decisión que tome el TC en ejercicio del control de constitucionalidad preventivo tiene un efecto amplio. Si decide que una disposición de un tratado es contraria a la CPR, este acuerdo internacional no podrá ser aprobado por el Congreso Nacional, lo que a su vez va a impedir que sea ratificado, promulgado y publicado.⁵⁷ Aun cuando el control *ex ante* le permite al estado cumplir con el deber de adecuación del derecho interno con sus obligaciones internacionales antes de que el tratado entre en vigencia, no es fácil concordar el artículo 54 N° 1, inciso quinto, de la CPR con el control de constitucionalidad *ex post* o represivo de los tratados en vigor, que consagra el artículo 93 N° 6 de la CPR.⁵⁸ Como señala esta disposición, por mayoría de sus miembros en ejercicio, el TC puede resolver “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Como respecto del control *ex ante*, el TC también ha utilizado derechos contenidos en tratados como parámetro de control represivo de constitucionalidad.⁵⁹ Se ha discutido ampliamente en doctrina la procedencia del control *ex post* de los tratados.⁶⁰ El TC se ha pronunciado sobre este asunto en un par de oportunidades, pero en sentidos opuestos. Así, este tribunal declaró inconstitucional el 2009 una disposición de la ley orgánica destinada a regularlo, que establecía la improcedencia del recurso de inaplicabilidad respecto de los tratados, a los cuales el

Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91), sentencia, 24 de julio de 2011, considerandos 13-7.

Estas dos sentencias se dictaron en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 93 N° 3 de la CPR.

57 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., p. 132.

58 Hasta la reforma constitucional del 2005, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucional correspondía a la Corte Suprema.

Ver el artículo 76 de la CPR de 1980, en su redacción original. Ver también Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., p. 135.

59 Ver e.g. Nash, Claudio, “Control de convencionalidad en Chile: bases normativas, jurisprudencia y críticas”, en Henríquez, Miriam, y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (DER Ediciones), 2017, pp. 429-441.

60 En contra ver e.g. Nogueira, Humberto, “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional: del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional”, en *Ius et Praxis*, 8/1, (Universidad de Talca), 2002; Peña, Marisol, “Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, 1/1, (Universidad de Talca), 2003; y Henríquez, Miriam, “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, 5/1, (Universidad de Talca), 2007.

A favor ver e.g. Ribera, Teodoro (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, 5/1, (Universidad de Talca), 2007; y Núñez Poblete, Manuel (2010): “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, en *Estudios Constitucionales*, 8/2, (Universidad de Talca), 2010.

TC consideró dentro del término “preceptos legales”.⁶¹ El 2015, en cambio, el mismo tribunal señaló que “una norma de un tratado internacional ratificado por Chile no constituye un ‘precepto que tenga rango legal’, en términos tales que pueda promoverse a su respecto una acción de inaplicabilidad”.⁶²

Desde un punto de vista interno, ambas soluciones del TC son plausibles, y cuentan en doctrina con buenos argumentos jurídicos que les sirvan de sustento. Sin embargo, desde una perspectiva externa, la alternativa seguida por este tribunal el 2009 es claramente inconveniente para los intereses de Chile. Esto, por cuanto la declaración de inaplicabilidad de un tratado podría eventualmente constituir un incumplimiento convencional o consuetudinario del derecho internacional, exponiendo a nuestro estado a un reclamo de responsabilidad internacional, en el que el mencionado artículo 27 de la CVDT solo sirva para recordarnos que el derecho interno no es una justificación para el incumplimiento de nuestras obligaciones internacionales. Desde esta perspectiva, pasa a ser ociosa la distinción hecha por el TC el 2009 entre la procedencia de la declaración de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 respecto de los tratados, y la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 93 N° 7 para estos.⁶³ Con una redacción muy parecida al número anterior, esta última disposición señala que es una atribución del TC “[r]esolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”. Como explicó ese año el tribunal, los efectos de una resolución que declare la inaplicabilidad de un tratado tiene un carácter particular: esto es, solo para el caso concreto. Por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad produce un efecto *erga omnes*, al expulsar del ordenamiento jurídico al precepto legal, sin alcance retroactivo, que antes fuera declarado inaplicable por el mismo tribunal. Conforme al TC, esto implicaría una vulneración de los artículos 32 N° 15 y 54 N° 1 de la CPR, y de las normas internacionales sobre celebración y nulidad, terminación o suspensión de los

61 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009, Ley N° 17.997, *Orgánica Constitucional del TC*, considerando 41-72.

62 Tribunal Constitucional, Rol N° 2789, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N° 17.301, que crea la Junta Nacional de Jardines Infantiles, y del artículo 14, párrafo 3, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, en la causa Rol N° 708-2015*, sentencia, 25 de marzo de 2015, considerando 7.

63 Ver en general Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009, Ley N° 17.997, *Orgánica Constitucional del TC*.

tratados.⁶⁴ No obstante, más que infringir dichas normas de derecho constitucional e internacional, la declaración de inconstitucionalidad constituye una conducta a la cual le resulta aplicable el artículo 27 de la CVDT.

En lo que dice relación con los tratados sobre derechos humanos, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo, de la CPR:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Desde que este inciso se incorporara al texto constitucional en 1989, se han planteado las siguientes posibilidades interpretativas: que la CPR prime sobre los tratados de derechos humanos; que estos tratados tengan una jerarquía equivalente a la CPR; que las disposiciones de derechos humanos, que contenga cualquier tratado, tengan rango constitucional; o que los tratados de derechos humanos prevalezcan sobre la CPR.⁶⁵ Si bien no hay unanimidad en Chile sobre el alcance de esta disposición, parte importante de la jurisprudencia de tribunales ordinarios y de la doctrina nacional se inclina por considerar que el artículo 5, inciso segundo, le confiere a los tratados sobre derechos humanos,

64 Ver *ibid.*, considerandos 57-58 & 65.

65 Sirve para ilustrar cada una de estas posturas, respectivamente, los siguientes trabajos publicados en el período inmediatamente posterior a la reforma constitucional de 1989: Saenger, Fernando, “Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, 20/ 2-3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1993; Medina, Cecilia, *Constitución, tratados y derechos esenciales* (Editorial Corporación de Reparación y Reconciliación), 1994; Troncoso, Claudio, y Vial, Tomás (1993): “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, 20/2-3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1993; y Nogueira, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, 20/2-3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1993.

La lista de publicaciones en la materia es larga. Entre los más recientes ver e.g. Henríquez, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Estudios Constitucionales*, 6/2, (Universidad de Talca), 2008; Núñez Poblete, Manuel, “La función del derecho internacional de los derechos humanos en la argumentación de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho*, 32, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2009; Aldunate, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en *Ius et Praxis*, 16/2, (Universidad de Talca), 2010; y Nogueira, Humberto, “El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el período 2006-2013”, en *Revista Chilena de Derecho*, 41/2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014. Ver también Vargas Carreño, *ob. cit.*, pp. 216-223; Galdámez, Liliana, *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos* (Editorial Librotecnia), 2011, pp. 79-114; Nash (2012), *ob. cit.*, pp. 19-23; y Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno* (Ediciones UC), 2015, Tomo I, pp. 263-289.

que cumplan con los requisitos allí mencionados, un valor equivalente al de la CPR.⁶⁶ Esto significa, que en caso de conflicto entre ambos instrumentos jurídicos se deberían aplicar los principios de *lex posterior* y de *lex specialis*. Haciendo propia la tesis de Alejandro Silva Bascuñán, el TC ha seguido un criterio distinto: considera que todos los tratados internacionales, incluso los de derechos humanos, tienen rango supra-legal, pero infra-constitucional.⁶⁷ El problema con esta solución es que expone al estado a incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de una obligación internacional contenida en un tratado. En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, esto se ve agravado por el control de convencionalidad que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, establece el Pacto de San José de Costa Rica para dicho tribunal internacional y para todos los órganos de los estados parte de este tratado.

¿Qué hacer con la jerarquía de los tratados en la nueva Constitución? En términos generales, convendría mantener la solución actual. Esto es, que el rango supra-legal e infra constitucional de los tratados se infiera de ciertas disposiciones, como de los actuales artículos 54 N° 1, inciso quinto, y 93 N°s 1 y 3 de la CPR. En la implementación de esta solución, debiera siempre tenerse presente lo señalado en los artículos 26 y 27 de la CVDT, que establecen los principios de *pacta sunt servanda*, del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales y de la imposibilidad de justificar mediante el derecho interno la violación de estas. En el derecho comparado, son varias las Constituciones políticas dictadas con posterioridad a 1990, en las que tal jerarquía se deduce de algunas de las normas que definen el rol de tribunales constitucionales o superiores de justicia.⁶⁸ No pocas de estas Constituciones incluso le confieren explícitamente a los tratados un rango supra legal; una alternativa que bien valdría considerar

66 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 138-139; y Núñez Poblete (2009), ob. cit., pp. 491-496. Cf. Henríquez (2008), ob. cit., pp. 100-113.

Corresponde señalar que carecen de rango constitucional, por tanto, las disposiciones de instrumentos que no son tratados: por ejemplo, una resolución de la Asamblea General de la ONU, como la que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

67 Ver e.g. Tribunal Constitucional, Rol N° 346, *Requerimiento de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998*, sentencia, 8 de abril de 2002, considerandos 59-75; y Tribunal Constitucional, Rol N° 2387, *Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 1°, numerales 20, 3, letra c) y 48 del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura*, sentencia, 23 de enero de 2012, considerandos 11-12, que confirma dicha postura. Ver también Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional* (Editorial Jurídica de Chile), 1997, Tomo IV, pp. 124-125. Cf. Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009, *Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del TC*, considerandos 43-58. En esta última sentencia el TC declaró expresamente que los tratados tienen rango legal en el derecho chileno. Sin embargo, al insistir que los tratados solo pueden ser terminados o suspendidos de acuerdo a las normas generales del derecho internacional, según lo dispone el artículo 54 N° 1, inciso quinto, de la CPR, en la práctica el TC les confirió un carácter supra-legal, pero infra-constitucional.

68 Ver Bartolini, ob. cit., pp. 1296-1300.

para una nueva Constitución chilena.⁶⁹ Una cláusula que reitere en la carta fundamental el deber de los órganos estatales de cumplir las obligaciones internacionales, sin duda iría en el sentido correcto, pues permitiría evitar que Chile incurra en responsabilidad internacional. Un precepto así constituiría una importante innovación para nuestra tradición constitucional.⁷⁰

5. Qué hacer con los derechos humanos

Nos queda una pregunta por responder: ¿qué jerarquía debieran tener los tratados de derechos humanos en Chile? Siendo parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), nos es aplicable el control de convencionalidad, el cual puede darse en dos ámbitos: internacional y nacional. Mientras el primero es concentrado, el segundo es difuso. El control de convencionalidad internacional lo lleva a cabo la propia Corte IDH en cada caso que conoce, a través de la comparación entre el ordenamiento jurídico interno de los estados partes, por una parte, y la CADH y los otros tratados del sistema interamericano que le confieren jurisdicción, tal como han sido interpretados por este tribunal internacional, por otra. El control de convencionalidad interno, en cambio, lo realizan los agentes del estado al crear, modificar, interpretar y aplicar las normas internas, a fin de asegurar su conformidad o compatibilidad con la interpretación que la Corte IDH ha hecho del Pacto de San José de Costa Rica y de los otros tratados mencionados, de tal manera que estos acuerdos internacionales tengan un efecto útil. Como tal, el control de convencionalidad fue mencionado por primera vez en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, del caso *Mack c. Guatemala* de 2003.⁷¹ Más tarde, la propia Corte IDH utilizó esta denominación en *Almonacid c. Chile* de 2006.⁷²

Desde sus inicios, el control de convencionalidad ha entusiasmado a la

69 Ver *ibid.*, pp. 1300-3. Ver también Peters, *ob. cit.*, pp. 262-263; y Verdier y Versteeg (2017), *ob. cit.*, pp. 160-161.

70 Unas cuantas Constituciones de otros países contemplan normas orientadas al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Esto ocurre principalmente en cartas fundamentales que son recientes, como las de Eslovaquia, Georgia y Hungría.

71 Ver Corte IDH, Serie C N° 101, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

72 Ver Corte IDH, Serie C N° 154, *Luis Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia, 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

En este caso, la Corte IDH habló de una “especie de” control de convencionalidad. Este solo pasó a ser simplemente “control de convencionalidad” tres años más tarde en *Radilla c. México*.

Ver Corte IDH, Serie C N° 209, *Rosendo Radilla Pacheco c. México*, sentencia, 23 de noviembre de 2009, párrafo 339.

doctrina latinoamericana. Y no solo a esta, pues uno de los más dedicados impulsores del control de convencionalidad es el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, su principal teórico en la Corte IDH.⁷³ A tal punto llegó este entusiasmo, que en la inauguración del 48° Periodo Extraordinario de Sesiones de la Corte IDH, que tuvo lugar el 2013 en la Ciudad de México, el entonces presidente de este tribunal, Diego García Sayán, hizo “un llamado público a la cautela porque este es un tema de enorme complejidad a través de cual la propia jurisprudencia de la Corte ha sido tremendamente cuidadosa en su fraseo y en su redacción”.⁷⁴ En dicha oportunidad, el juez García Sayán destacó que el control de convencionalidad no permite a cualquier autoridad estatal decidir dejar de aplicar una determinada norma “porque así le parece”.⁷⁵ Esto, en razón de que la Corte IDH ha señalado en repetidas ocasiones que este control está “esencialmente dirigido a la función judicial” y que debe hacerse “dentro del marco de las respectivas competencias de cada cual”.⁷⁶ El juez Sergio García Ramírez, en tanto, ha insistido en que el control de convencionalidad se refiere a las normas domésticas y a los jueces nacionales, y no a “cualquier acto violatorio” de “cualquier autoridad interna”, pues ahí el control adquiriría una extensión ilimitada.⁷⁷ Además de estas prevenciones de jueces de la Corte IDH, con el tiempo han ido apareciendo cada vez más voces disonantes a este otrora coro doctrinal favorable al control de convencionalidad, que critican esta creación jurisprudencial o pretoriana.

Laurence Burgogue-Larsen ha agrupado competentemente a los autores que están a favor y en contra del control de convencionalidad. Ella ha distinguido entre los entusiastas y los circunspectos, en el primer grupo, y entre las aproximaciones sociológicas, propiamente jurídicas y liberal-positivistas al tema, en el segundo.⁷⁸ De las críticas que se le han hecho al control de

73 El juez Ferrer Mac-Gregor ha escrito mucho sobre el tema. Una inmejorable introducción a su visión al respecto puede encontrarse en su voto razonado en *Cabrera y Montiel c. México*.

Ver en general Corte IDH, Serie C N° 220, *Teodoro Cabrera García y Rodrigo Montiel Flores c. México*, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 26 de noviembre de 2010.

74 García Ramírez, Sergio, “Sobre el control de convencionalidad”, en *Pensamiento Constitucional*, 21/21, (Pontificia Universidad Católica del Perú), 2016, nota 24 en p. 179.

75 *Ibid.*

76 *Ibid.*

77 *Ibid.*, pp. 179-180. Ver García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, 29, (Universidad Nacional Autónoma de México), 2013, pp. 209-211.

78 Ver Burgogue-Larsen, Laurence, “Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press), 2018, párrafos 43-65.

convencionalidad, las más incisivas son las que provienen de la falta de un claro apoyo en el texto de la CADH, o en sus trabajos preparatorios, y del hecho que este transforma a los tribunales nacionales en subordinados de la Corte IDH.⁷⁹ La recepción del control de convencionalidad en los estados que son parte del Pacto de San José de Costa Rica también oscila entre aquellas jurisdicciones que lo han aceptado y las que lo han rechazado.⁸⁰ En el caso de Chile, mientras la Corte Suprema ha sido generalmente más favorable a este control, el Tribunal Constitucional lo sigue mirando con distancia. En ambos casos, los fallos que hacen referencia a este son recientes. Los de la Corte Suprema han señalado en que consiste el control de convencionalidad, incluso con cierto detalle al respecto, pero no lo han aplicado en la práctica. Los del TC, en cambio, básicamente han dicho que el parámetro de constitucionalidad es la propia CPR, que prevalece sobre los tratados de derechos humanos, y de que no hay certeza sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sistema jurídico nacional.⁸¹

No habiendo diferenciación posible entre lo internacional y lo nacional para efectos de la responsabilidad estatal, una nueva Constitución nos ofrece una inmejorable oportunidad para responder al desafío que el control de convencionalidad significa para la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos en Chile. ¿Qué hacer con estos en una nueva carta fundamental? Establecer expresamente su rango constitucional, es algo que definitivamente debiera ser considerado. Así lo hacen algunas de las cartas fundamentales promulgadas después de 1990, que constitucionalizan dichos tratados o les confieren esta jerarquía.⁸² Este rango también se le podría otorgar a aquellos

79 Ver *ibid.*, párrafo 60.

Entre los autores que plantean esto se destacan Ariel Dulitzky y Jorge Contesse. Ver en general Dulitzky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", en *Texas International Law Journal*, 50/1, (Universidad de Texas) 2015; y Contesse, Jorge, "The international Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine", en *International Journal of Human Rights*, 22/9, (Taylor & Francis), 2018.

80 Ver Burgogue-Larsen, *ob. cit.*, párrafos 30-42.

81 Ver Henríquez, Miriam, y Núñez Leiva, José Ignacio, "Control de convencionalidad en Chile", en Henríquez, Miriam, y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, (DER Ediciones), 2017, pp. 388-401. Ver también Zúñiga, Francisco, "Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Dilemas y perspectivas", en Henríquez, Miriam, y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, (DER Ediciones), 2017, pp. 549-553. Cf. Nash (2017), *ob. cit.*, pp. 412-442.

82 Ver Bartolini, *ob. cit.*, pp. 1303-1305. Ver también *ibid.*, pp. 1305-1307.

Para una evolución del estatus de los tratados en el derecho comparado ver Verdier y Versteeg (2015), *ob. cit.*, pp. 525-527.

tratados que le confieren jurisdicción a un tribunal internacional. Corresponde destacar la importancia que han adquirido este último tipo de tratados, los cuales no solo le dan competencia a tribunales permanentes como la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Corte IDH, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y la Corte Penal Internacional, sino también a tribunales arbitrales, como da cuenta una multiplicidad de tratados bilaterales de inversión (TBI) y acuerdos de integración económica con un capítulo de promoción y protección de esta (AIE).⁸³ Los mecanismos de solución pacífica de controversias contenidos en algunos de estos tratados han permitido que Chile sea demandado ante distintos tribunales internacionales.⁸⁴ Esto plantea el problema del adecuado cumplimiento de una decisión judicial adversa en esta clase de procesos, que evite al estado incurrir nuevamente en responsabilidad internacional. No obstante, esto último ya es algo que debiera regularse por ley, no necesariamente en la Constitución.

Asimismo, sería recomendable mantener el control de constitucionalidad preventivo para todos los tratados y establecer el deber del TC de pronunciarse sobre la necesidad de dictar legislación complementaria para la implementación de los tratados que controle *ex ante*, en cuyo caso estos deberían volver a pasar por la aprobación parlamentaria y dicho control ante el TC, como ocurrió en su momento con el Estatuto de Roma que le otorgó competencia a la Corte

83 Ver e.g. el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948, o Pacto de Bogotá; la CADH; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982; y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.
Chile tiene aproximadamente 40 TBIs vigentes, así como alrededor de 25 AIEs en vigor con disposiciones referentes a la inversión extranjera.

84 Los casos en que Chile ha sido demandado ante la CIJ, la Corte IDH y los tribunales arbitrales establecidos en virtud del mecanismo de solución de controversias internacionales de los TBIs, y que han sido fallados en contra de nuestro estado, son varios. En un mundo globalizado, como el actual, esto no tiene nada de extraño; menos en América Latina.
Ver Corte IDH, Serie C N° 73, *La Última Tentación de Cristo (Juan Pablo Olmedo Bustos y otros) c. Chile*, 5 de febrero de 2001; Caso CIADI N° ARB/01/7, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile*, Laudo, 25 de mayo de 2004; Corte IDH, Serie C N° 135, *Humberto Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia, 22 de noviembre de 2005; Corte IDH, Serie C N° 151, *Marcel Claude Reyes y otros c. Chile*, sentencia, 19 de septiembre de 2006; Corte IDH, Serie C N° 154, *Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia, 26 de septiembre de 2006; Corte IDH, Serie C N° 239, *Karen Atala Riffo y niñas c. Chile*, sentencia, 24 de febrero de 2012; Corte IDH, Serie C N° 267, *Leopoldo García Lucero y otros c. Chile*, sentencia, 28 de agosto de 2013; Corte Internacional de Justicia, *Disputa marítima (Perú c. Chile)*, sentencia de fondo, 27 de enero de 2014; Corte IDH, Serie C N° 279, *Segundo Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile*, sentencia, 29 de mayo de 2014; Corte IDH, Serie C N° 300, *Omar Maldonado Vargas y otros c. Chile*, sentencia, 2 de septiembre de 2015; Caso CIADI N° ARB/08/2, *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile*, Laudo, 13 de septiembre de 2016; Corte IDH, Serie C N° 349, *Vinicio Poblete Vilches y otros c. Chile*, sentencia, 8 de marzo de 2018; Corte IDH, Serie C N° 372, *María Laura Órdenes Guerra y otros c. Chile*, sentencia, 29 de noviembre de 2018; y Corte IDH, Serie C N° 409, *Daniel Urrutia Laubreaux c. Chile*, sentencia, 27 de agosto de 2020.

Penal Internacional, más por razones políticas que propiamente jurídicas.⁸⁵ En este mismo orden de cosas, sería un acierto eliminar explícitamente la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad represivo de los tratados, para evitar que la declaración de inaplicabilidad respectiva constituya un incumplimiento del derecho internacional, que eventualmente exponga al estado a un reclamo de responsabilidad internacional. Finalmente, en lo que dice relación con la integración de nuestro sistema jurídico nacional con el sistema interamericano de derechos humanos, sería oportuno incluir una cláusula de interpretación conforme, como las que pueden encontrarse en el artículo 16 N° 2 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y en el artículo 10 N° 2 de la Constitución Española de 1978, y que encuentran su contraparte en América Latina en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y en la disposición final cuarta de la Constitución Política del Perú de 1993, entre otras Constituciones.⁸⁶ En su esencia, estas cláusulas disponen que las normas constitucionales deben ser interpretadas de manera armónica con los tratados de derechos humanos de que es parte el estado en cuestión.⁸⁷ Esta apertura interpretativa puede estar restringida a un instrumento en particular, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el caso de la Constitución de Portugal, o a todos los tratados de derechos humanos ratificados por el estado, como en el caso de la Constitución de España, cuyo artículo 10 N° 2

85 Ver López Escarcena, Sebastián, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional según el Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de Derecho*, 19/1, (Universidad Católica del Norte), 2012.

86 Ver Santolaya, Pablo, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Herrera, Alfonso (eds.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpio, generador incansable de diálogos* (Editorial Tirant Lo Blanch), 2013, pp. 448-452 & 453. Ver también Carpio, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en *Derecho PUCP*, 56, (Pontificia Universidad Católica del Perú), 2003, pp. 520-524 & 526-528; Peters, ob. cit. 300-303; Bartolini, ob. cit., p. 1305; Acosta, Paola, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano* (Universidad Externado de Colombia), 2015, pp. 67-99 & 81-85; y Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 72, 79, 126, 130 & 148.

87 Corresponde señalar que el artículo 4, inciso segundo, del proyecto de nueva CPR del 2018 incluía una cláusula de interpretación conforme en su última frase, del siguiente tenor:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos humanos. Es deber de los órganos del Estado y de todas las personas respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como aquellos establecidos en los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Los órganos del Estado deberán conciliar estos derechos con los establecidos en esta Constitución.

También conocida como interpretación consistente, esta solución se puede encontrar en otros países, pero referida a todo el derecho interno y al derecho internacional en general. Así ocurre, por ejemplo, en la Constitución de Sudáfrica de 1996.

Ver Bartolini, ob. cit., p. 1303; Verdier y Versteeg (2015), ob. cit., pp. 527-528; Sloss, David, y Van Alstine, Michael, ‘International Law in Domestic Courts’, en Sandholtz, Wayne, y Whytock, Christopher (eds.), *Research Handbook on the Politics of International Law* (Edward Elgar Publishing), 2017, pp. 105-110; y Verdier y Versteeg (2017), ob. cit., pp. 161-162.

ha evidentemente inspirado las disposiciones correspondientes de Colombia y Perú, y que señala: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Con una cláusula de interpretación conforme no se haría otra cosa que reafirmar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile, otorgándole al TC la posibilidad de integrar el control de convencionalidad a su labor judicial y al estado chileno en general un instrumento útil para el cumplimiento de las obligaciones internacionales que se establecen en dichos tratados. De esta manera, aun cuando se mantenga un control de constitucionalidad concentrado en el TC, los tribunales inferiores igual tendrían que velar por el cumplimiento de los tratados de acuerdo a los artículos 26 y 27 de la CVDT. Una cláusula de interpretación conforme les ofrecería también a estos jueces una herramienta hermenéutica que les permita cumplir con la disposición constitucional que les confiera a los tratados de derechos humanos un rango equivalente al de la CPR, pudiendo asimismo tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH al aplicar el Pacto de San José de Costa Rica. Todo esto, a fin de evitar que el estado de Chile incurra en responsabilidad internacional por obligaciones que contrajo soberanamente. Desde un punto de vista práctico, esta es la solución más adecuada. Particularmente, si se tiene en consideración que la única alternativa efectiva de oposición actual al control de convencionalidad consiste en denunciar la CADH y los tratados que le otorgan jurisdicción a la Corte IDH, cuyo costo político es un precio que difícilmente estaría dispuesto a pagar un gobierno democrático chileno.⁸⁸

6. Conclusión

La regulación del derecho internacional en la actual CPR es insuficiente para los desafíos que ofrece el mundo globalizado de hoy. Chile está obligado internacionalmente por un sinnúmero de normas consuetudinarias y convencionales, y su incumplimiento no puede justificarse en el derecho interno. Esto exige que el estado actúe siempre como un todo, sin hacer distinciones artificiales entre lo internacional y lo nacional. Es el momento, por tanto, de

88 Respecto a la denuncia del Pacto de San José de Costa Rica ver Corte IDH, Serie C N° 54, *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú*, Decisión sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párrafo 40. Ver también Corte IDH, Serie C N° 55, *Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano (“Tribunal Constitucional”) c. Perú*, Decisión sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párrafo 39.

incluir y, en la medida de lo posible, sistematizar el desarrollo jurisprudencial y doctrinal relativo a la incorporación y jerarquía, tanto de la costumbre internacional como de los tratados. En este sentido, una norma que exija una aprobación parlamentaria previa a la terminación de los tratados, para aquellos que tuvieron que cumplir con esta formalidad habilitante antes de su ratificación, fortificaría la legitimidad interna de los acuerdos internacionales. En cuanto a la jerarquía de estos en el derecho chileno, sería conveniente mantener el rango supra-legal e infra-constitucional de los tratados, de manera que se apliquen los principios de *lex posterior* y de *lex specialis* en caso de conflicto normativo, así como el de *lex superior* cuando este se relacione con la CPR. Para los tratados de derechos humanos, y los tratados que le otorgan jurisdicción a un tribunal internacional, aunque no sean de derechos humanos, el derecho chileno debiera reconocerles un rango equivalente al de la CPR, de manera que se apliquen los principios de *lex posterior* y de *lex specialis*, pero no el de *lex superior*. En este esquema, el control de constitucionalidad preventivo seguiría jugando un papel central, pues le permitiría al estado chileno cumplir con el deber de adecuación del derecho interno con sus obligaciones internacionales, antes de que el acuerdo internacional respectivo entre en vigencia. Desde esta perspectiva, pareciera razonable extender el carácter obligatorio del control preventivo a todo tratado que celebre Chile, cualquiera sea la materia sobre la que verse este. El control represivo, en cambio, es claramente inconveniente para los intereses nacionales, por cuanto la declaración de inaplicabilidad de un tratado podría eventualmente constituir un incumplimiento del derecho internacional, que expone al estado a un reclamo de responsabilidad internacional.

En lo que dice relación a la integración de nuestro sistema jurídico nacional con el sistema interamericano de derechos humanos, sería oportuno incluir una cláusula de interpretación conforme, como la que contemplan las Constituciones de otros países. En su esencia, esta dispone que las normas constitucionales deben ser interpretadas de manera armónica con los tratados de derechos humanos de que es parte el estado en cuestión. Con una cláusula de interpretación conforme no se haría otra cosa que reafirmar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile. Finalmente, una disposición que establezca el deber de los órganos estatales de comportarse de acuerdo a las obligaciones internacionales que Chile ha contraído reforzaría nuestro estado de derecho, incentivando la capacitación regular de los funcionarios estatales, disminuyendo así las posibilidades de que dichos órganos incurran en responsabilidad internacional.

LA PARIDAD CONSTITUCIONAL: RAÍCES Y PROYECCIONES

Yanira Zúñiga Añazco¹

Resumen

En el contexto de la histórica incapacidad que han demostrado las democracias constitucionales para asegurar una ciudadanía femenina equivalente a la masculina, este artículo constituye un esfuerzo por avanzar en un análisis feminista del derecho constitucional, en particular de la interpretación constitucional de la paridad. Se destaca la importancia que tiene para una adecuada comprensión de sus implicancias, problemas y desafíos, su conexión con los movimientos de mujeres y las teorías feministas.

Introducción

El abordaje de las relaciones entre ciudadanía y mujeres ha evolucionado rápidamente en las últimas tres décadas, desencadenando numerosas discusiones constitucionales. Algunas de ellas se refieren a la forma en que la situación política de las mujeres se inserta o, en cambio, disloca y tensiona las interpretaciones tradicionales sobre igualdad, representación, democracia y ciudadanía, mientras que otras se enfocan concretamente en la determinación del mejor elenco y diseño de las herramientas destinadas a fomentar la participación de mujeres en espacios representativos. Todas estas discusiones han tenido abundantes componentes idiosincráticos que muestran la relevancia de las especificidades culturales, institucionales y políticas de cada sistema constitucional en el abordaje de estas temáticas. Sin embargo, tras las respuestas que cada sistema jurídico ha elaborado para reducir la brecha de género en las esferas de toma de decisiones, subyace un problema universal

¹ Profesora Titular del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile.

y estructural: las democracias constitucionales han sido incapaces de asegurar una ciudadanía femenina equivalente a la masculina. No sorprende, entonces, que el déficit de representación femenina en las esferas del poder se haya transformado en un terreno clave de la acción política feminista en las últimas décadas.

Desde la década del 90, un renovado activismo feminista de carácter transnacional, con un acervo teórico, un vocabulario y un repertorio de estrategias común, ha logrado instalar en la discusión constitucional que la escasa presencia de mujeres en la toma de decisiones es, en realidad, una grave anomalía democrática y una cuestión de relevancia constitucional. A lo largo de estas décadas, las interacciones cruzadas entre los desarrollos locales y globales han permitido a los movimientos de mujeres documentar y recoger experiencias, tomar nota de los obstáculos y resistencias e idear acciones destinadas a establecer arreglos institucionales más justos y estables para las mujeres. El tránsito desde los discursos enfocados en las cuotas hacia los que reclaman la paridad es un ejemplo concreto de esta búsqueda. A diferencia de las cuotas, la paridad es presentada por el feminismo contemporáneo como un horizonte más ambicioso que aspira a redefinir el corazón de la representación democrática mediante la redistribución del poder sociopolítico entre hombres y mujeres.

Es cierto que la empresa feminista de localizar la discusión sobre la ciudadanía femenina en el centro de las preocupaciones democráticas se ha visto favorecida por la presencia de estructuras de oportunidad. Así, por ejemplo, el descrédito general del modelo representativo convencional ha actuado como un poderoso caldo de cultivo para abrir un amplio debate sobre la representación de grupos marginados. Pero los nuevos enfoques feministas sobre la representación han superado con creces el mero aprovechamiento oportunista de estas crisis. Han sido capaces de ir más allá, combinando la larga tradición feminista sobre la igualdad con enfoques novedosos que orbitan alrededor de la representación, configurando una ecuación original cuyos rendimientos políticos y jurídicos son inéditos, si bien no están libres de problemas y resistencias. El camino hacia la consolidación de la paridad como una de las categorías más exitosas del repertorio feminista, ha estado lleno de obstáculos, algunos de los cuales han sido visibles una vez que la paridad ha logrado popularizarse como una lógica político-normativa.

Este artículo quiere ser una contribución al esfuerzo de construir un análisis feminista del derecho constitucional, es decir, un tipo de enfoque en el

que el género opere como un punto focal en lugar de un dato anecdótico y/o de contexto. Desafortunadamente, el análisis feminista es considerado todavía un punto de vista sesgado, vivencial e ideológico en lugar de un tipo de hermenéutica jurídica que sirve para colmar puntos ciegos y enriquecer la interpretación de los fenómenos normativos. A contrapelo de este enfoque dominante, este trabajo postula que la redefinición contemporánea de los enmarques de la discusión e interpretación constitucional en torno a la paridad, sus implicancias, problemas y desafíos, no puede comprenderse adecuadamente sin explorar sus conexiones con las estrategias de acción de los movimientos de mujeres y con las teorías feministas. Sin importar las distintas parcelas o espacios normativos a los que se aplique la paridad, o las formas particulares que esta idea adopte, ella está enraizada fuertemente en esta tradición de pensamiento y acción política.

Sobre esta base metodológica quiero reconstruir la reciente discusión sobre la paridad en Chile y vincularla con la experiencia comparada, a fin de identificar sus continuidades y quiebres con los desarrollos previos.

1. Las críticas feministas a la democracia

Desde diferentes posiciones, epistemológicas y políticas, desde hace varias décadas se viene resaltando las flaquezas de la democracia para responder a su propio ideario. Más que un autogobierno o una deliberación colectiva, la democracia representativa tradicional ha producido la atrofia de la participación ciudadana y la rendición de cuentas. Los ciudadanos se han limitado históricamente a elegir unos pocos representantes, sin participar en la gestión de los asuntos públicos ni acceder a información relevante sobre las razones que determinan las decisiones públicas. La participación individual en la deliberación colectiva ha sido sustituida por la negociación entre grupos de interés, que actúan estratégicamente para alcanzar y mantener el poder. La democracia ha tenido problemas entonces para asegurar legitimidad, gobernabilidad y justicia.

Las críticas feministas han explorado parte de este crisol de objeciones, pero se han enfocado particularmente en subrayar el desfase entre democracia e igualdad. Así han acusado la abierta connivencia entre democracia y desigualdades de género, sugiriendo que este vínculo es tan funcional que, de no corregirse, solo asegura la reproducción de privilegios. Según este pensamiento, la democracia, en lugar de transformar el egoísmo en solidaridad y la particularidad en universalidad, ha sido un caldo de cultivo del

sexismo (un sistema de valores basados en el predominio de lo masculino sobre lo femenino) y del androcentrismo (la suplantación de lo universal por la experiencia de los varones).

El panorama de barreras que desnudó la expansión de los derechos de las mujeres en la segunda mitad del siglo XX ayudó a hacer palpable este vínculo. La dificultad sistemática de ellas para acceder, en igualdad de condiciones con los hombres, al poder político, el prestigio social o a la retribución económica, se volvieron innegables tras la irrupción femenina en las escuelas, las universidades y las diversas actividades profesionales, mostrando el rol central del género en la ordenación de la vida social. Las populares metáforas arquitectónicas surgidas en la década del 80 para referirse a estas barreras (“glass ceiling” y “sticky floors”) terminarían por darle un nombre a una realidad cotidiana de las mujeres en todo el orbe. Así, la democracia será mostrada bajo una luz distinta: un disfraz de los privilegios del poder masculino.

Al subrayar los vínculos entre las desigualdades económicas, de estatus y las barreras de acceso a la representación política, las feministas pusieron en cuestión que la igualdad entre hombres y mujeres pudiera alcanzarse en el marco de la democracia tal cual esta venía siendo pensada y ejecutada. De hecho, la propuesta feminista no solo critica la estrechez de la democracia representativa tradicional, sino también de las propuestas socialdemócratas, concentradas únicamente en la satisfacción de necesidades económicas. La propuesta feminista de la democracia se erige como una alternativa; consiste en hacer emerger la voz y el punto de vista de las mujeres y promueve una interpretación, material y simbólica, de sus necesidades. Mirada bien, dicha propuesta no busca eliminar ni superar a la democracia sino radicalizar sus presupuestos históricos. En otras palabras, aspira a democratizarla.

Si la democracia consiste en el compromiso colectivo y en la participación de los ciudadanos en la resolución de los asuntos de su comunidad, entonces, la política democrática feminista impulsa, por un lado, una apertura hacia una variada gama de asuntos que abarcan múltiples espacios sociales. Lo político no se agota, entonces, en lo público-estatal ni concierne solo a las relaciones entre el Estado y los individuos. Tampoco abarca un listado predeterminado y rígido de temas. Comprende el barrio, la ciudad y el hogar; el cuidado, el sexo y la violencia, tanto como la política formal, la función jurisdiccional o la propiedad. Así, la propuesta feminista subvierte la clásica distinción entre lo público y lo privado, la cual ya no es presentada como una frontera espacial sin vasos comunicantes, sino como un conjunto dinámico

de interfaces. Por otro lado, democracia en clave feminista promueve una diversificación de los actores y una revitalización de los movimientos sociales y las organizaciones de base, en desmedro del protagonismo de los partidos políticos y los grupos de presión.

De hecho, es a propósito de la dimensión participativa de propuesta feminista de la democracia— seguida por otros tantos movimientos sociales, en especial en América Latina— que se va a moldear el camino hacia la paridad. Esta última emerge como una suerte de tercera vía, que no se inscribe de lleno ni el modelo clásico de la representación ni tampoco en la *praxis* participativa en su versión convencional. Es del caso recordar que antes de la paridad las prácticas participativas de los movimientos de mujeres, aun cuando incidieron con diversas intensidades y éxitos en bullados procesos políticos, operaban como acciones no institucionalizadas, desvinculadas de las lógicas de negociación electoral propias de la democracia tradicional, al margen, por tanto, de las formas y canales institucionales, de las que habitualmente renegaban.

Sin embargo, como destaca Ruth Rubio el despertar participativo de las mujeres en las últimas décadas terminó por converger, temporal y sinérgicamente, con la eclosión de un constitucionalismo participativo². Lo anterior hizo que se asentara un tipo de práctica democrática—la paridad—cuya vocación no es solo traducirse en arreglos institucionales marginales, sino cambiar diametralmente las reglas del juego político, entretejiéndose con la norma fundamental. En efecto, el desarrollo de un elenco variado de mecanismos de participación popular en los procesos de reforma u otorgamiento de constituciones—entre otras, la elección de integrantes de asambleas constituyentes, los mecanismos de participación en la redacción del texto constitucional o los referéndums constituyentes de apertura o ratificación—han servido para canalizar la movilización política de las mujeres en las últimas décadas, tanto bajo la forma de representación femenina formal en las asambleas constituyentes como por la vía de estrategias informales, pero institucionalizadas, de incidencia en el debate constitucional. Así, a lo largo de estas tres últimas décadas el porcentaje promedio de participación femenina en las asambleas constituyentes logró empinarse a la cifra inédita del 20%, mientras que las organizaciones feministas levantaron estrategias de incidencia ahí donde visualizaron posibilidades de reforma, incluso si ellas no aparecían siempre

2 Rubio, Ruth, “Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación” en *Revista de Estudios Políticos*, 187, 2020, pp. 43-69

confiables, no gozaban de una completa legitimidad social o eran apuestas arriesgadas³, ampliando con ello su repertorio de acción estratégica. De más en más, las demandas feministas apuntaron al establecimiento de normas electorales que garantizaran umbrales adecuados de presencia femenina en los órganos constituyentes y/o procedimientos de deliberación constitucional y que fueran aptos para capturar los intereses y visiones de las mujeres en su diversidad, trasladando la discusión de integración y funcionamiento de los parlamentos a la composición y funcionamiento de las asambleas constituyentes. En el terreno latinoamericano, los casos de Ecuador y Bolivia son un ejemplo de lo anterior.

Los resultados de esta diversificación de estrategias están a la vista. Todas las constituciones adoptadas desde el año 2000 incluyen disposiciones sobre igualdad y no discriminación de género; cada vez más textos constitucionales protegen los derechos sociales, económicos y culturales, los cuales son vitales para las mujeres y las niñas, reconocen el derecho a vivir una vida libre de violencia y contienen obligaciones específicas para su desarrollo normativo y salvaguardia. En muchos países se han ido aprobado leyes de paridad que han complementado y reemplazado a las leyes de cuotas, aun cuando su implementación sigue siendo todavía dispar. Pese a ello o quizás precisamente debido a esto, la lucha por la paridad se transformó en una agenda prioritaria. Esta no se ha contentado con el establecimiento de reglas—legales o constitucionales— que declaren que la presencia equilibrada de mujeres y hombres es requisito *sino qua non* del poder democrático legítimo, sino que viene apuntando, sobre todo en los últimos años, a la transmutación de la paridad desde un modelo electoral cuyo objetivo final era garantizar la presencia femenina en listas de candidaturas, a un modelo más ambicioso que aspira a asegurar y estabilizar la presencia femenina en el ejercicio del poder democrático en todas sus manifestaciones como mecanismo para redistribuir poder social entre hombres y mujeres. Dicho en términos más simples, la paridad ha tendido a evolucionar desde un modelo de entrada o en listas, a un modelo de salida o en los resultados.

3 Goyes Quelal, Solanda “De las cuotas a la paridad: el caso de Ecuador”, en Llanos, Beatriz (ed.), *La apuesta por la paridad: democratizando el sistema político en América Latina. Los casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica* IDEA Internacional – Comisión Interamericana de Mujeres, Lima, 2013, pp. 47-120.

2. La contribución chilena a la paridad o hacia la paridad en los resultados

Como es bien sabido, la idea de democracia paritaria irrumpió en el escenario jurídico-político en la década del 90, recogiendo buena parte de las críticas feministas a la democracia. Si bien la preocupación por la discriminación femenina había estado presente en el panorama normativo nacional e internacional desde la década del 70, el renovado interés feminista por la democracia va a permitir que la paridad, sin dejar de asentarse en la tradición previa de la igualdad, logre trascenderla.

Así, la paridad vino a la vez, a empalmarse con las estrategias típicamente antidiscriminatorias, como las cuotas, sustituyéndolas progresivamente sin solución de continuidad. Por mucho tiempo, las cuotas y la paridad aparecieron confundidas en el panorama de las preocupaciones y de las acciones para impulsar la participación política femenina, al punto que no es posible hacer un corte nítido, entre unas y otra, especialmente en América Latina. A diferencia del caso francés, en el que la “parité” se presentó, desde sus orígenes, como una alternativa a las cuotas, en el tránsito al primer decenio del siglo XXI, las cuotas empezaron a ser caracterizadas como un camino, un medio o una antesala para llegar a la democracia paritaria; y, a partir de ahí, empezaron a diferenciarse. Esto explica que en los últimos años hayan proliferado los trabajos y discursos que ponen de relieve las diferencias conceptuales entre cuotas y paridad, en relación con sus discursos de justificación, su vigencia en el plano temporal, y sus objetivos u horizonte transformador⁴. Mientras las cuotas pertenecen al espectro de las medidas de antidiscriminación, son herramientas temporales y correctivas, cuyo objeto es contrarrestar barreras de entrada, la paridad es especular, arquitectónica y permanente, pues refleja la composición sexuada de la humanidad, aspira a distribuir equilibradamente el poder entre hombres y mujeres como un horizonte democrático estable.

Un aspecto especialmente interesante de los debates legales y constitucionales sobre la paridad es que marcan un antes y un después en la tensa relación entre el orden jurídico y los movimientos de mujeres. El derecho ha deja de ser visto por las feministas (al menos, en parte) como un instrumento que sirve siempre a un Estado patriarcal para empezar a ser concebido como una herramienta que puede desafiar y transformar el orden tradicional de género, reconociendo el valor simbólico y estructurante del sistema jurídico. De

4 Por todos, Mestre i Mestre, Ruth. y Zúñiga, Yanira (Coords.) *Democracia y participación política de las mujeres: Visiones desde Europa y América Latina* (Valencia, Tirant lo Blanch), 2012.

hecho, en los debates sobre paridad el valor performativo del derecho constituye una piedra angular de la justificación de estas medidas.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el cambio de acercamiento de los tribunales constitucionales respecto de la constitucionalidad de las leyes de incentivo de la participación femenina, desde el rechazo a la convalidación, ha marcado también un giro notable. Desde las primeras sentencias que, en los años 80 y hasta la primera mitad de los 90, rechazaban de tajantemente la constitucionalidad de reglas de aseguramiento de presencia femenina por considerarlas incompatibles con la concepción clásica de la representación (un pueblo abstracto, uniforme y susceptible de ser representado por cualquiera, hombre o mujer) hasta a que la paridad se abre camino a partir de los años 2000, ha corrido mucha agua bajo el puente.

Los cambios jurisprudenciales han sido, desde luego, coetáneos con los cambios legales. Antes de 1995 solo Argentina y Nepal aplicaban leyes de cuota. Hoy las leyes que fomentan o exigen imperativamente la presencia femenina en parlamentos son la regla general. En 81 países existe alguna modalidad de medidas que fomentan la presencia femenina en la toma de decisiones. Numerosos países han migrado explícitamente desde legislaciones de cuotas a dispositivos de paridad y/o regulado esta última en sede constitucional. Así, por ejemplo, Francia —cuna del movimiento *paritariste*— ha expandido progresivamente su dispositivo de paridad, con sede constitucional, a diversos tipos de elecciones (municipales, nacionales, europeas y regionales) y espacios regulativos. En América Latina, un número significativo de países latinoamericanos han sustituido diversas modalidades de cuotas legales por mecanismos asociados a la paridad. Por ejemplo, Bolivia (2008), Ecuador y Costa Rica (2009) y México (2014) han realizado modificaciones en sus normas legislativas o constitucionales, en este sentido. En el continente africano, Senegal (2010) y Túnez (2012), adscriben también a la paridad normativa. En Chile, como sabemos, se acaba de aprobar una modificación que introduce la paridad en la agenda constituyente y que coexiste con la cuota de carácter electoral prevista en la ley 18.700 *de votaciones populares y escrutinios*, introducida por la ley N° 20840, de 2015.

Con todo, la proliferación de los dispositivos paritarios o su regulación en sede constitucional no conlleva necesariamente su eficacia. Esta última depende de una interacción virtuosa entre diseño normativo y contextos culturales e institucionales. Por eso, los países nórdicos, cuyo sistema de cuotas voluntarias prácticamente no ha variado en décadas, ocupan habitualmente

los primeros diez puestos en el mundo, bordeando el 40% de representación femenina. Y, en contraste, Francia, que cuenta con una norma constitucional y leyes paritarias desde la década del 2000, sin obligatoriedad en el caso de las elecciones parlamentarias, alcanzó recién en la elección de junio de 2017 un récord histórico de 38,8% de mujeres en la Asamblea Nacional.

En contextos especialmente resistentes a las transformaciones sociales de género, como ocurre en Latinoamérica, las medidas que han logrado la mayor efectividad consisten en leyes electorales, cuyos umbrales de presencia femenina son altos (superiores al 30 %), incorporan, además, reglas de mandato de posición (sistema de alternancia o de distribución por tramos) y prevén sanciones importantes en caso de incumplimiento (como la pérdida de la posibilidad de presentar la lista electoral en lugar de multas o pérdidas de financiamiento electoral estatal). Así, América Latina ha podido alcanzar el umbral de 30% en todas las cámaras legislativas combinadas, habiéndose registrado en la región el mayor aumento global de presencia femenina, entre 1995 y 2019 (18,6 puntos)⁵.

Sin embargo, la expansión de estos dispositivos en América Latina es engañosa. Antes que reflejar un cambio cultural da cuenta de las múltiples resistencias masculinas y de la gran capacidad de los movimientos feministas para innovar y ser resilientes. En efecto, la experiencia latinoamericana es fértil en hipótesis de incumplimiento de esta clase de normas; la mayor parte de ellas consistentes en prácticas de elusión, es decir, casos de apego formal a la norma e incumplimiento en su espíritu. Entre otros ejemplos, puede mencionarse la práctica de los partidos políticos de encabezar las listas electorales con varones, como ocurrió en los procesos de elección de las asambleas constituyentes en Bolivia y en Ecuador, lo que propició que las reglas de paridad electoral, previstas para la elección asambleístas, no arrojaran más que el 35% de mujeres electas. También destaca el fenómeno conocido en México como “Las Juanitas”. Este consiste en una práctica de los partidos políticos en orden a conformar las listas electorales con mujeres propietarias y hombres suplentes, para acomodarse así a las exigencias de paridad en las candidaturas. Una vez electas es frecuente que las mujeres renuncien debido a presiones, ocupando los varones suplentes sus puestos, alterándose con esto la composición definitiva de los órganos de elección popular los que, de esta manera, permanecen masculinizados. Hay también evidencia de que las resistencias

5 Fuente: Unión Interparlamentaria Internacional.

masculinas se han desplazado en la región americana desde la disputa del acceso al poder a la disputa por el ejercicio de este, adquiriendo en muchos casos un carácter abiertamente violento. A resultados de lo anterior, en Bolivia y en México, han debido aprobarse recientemente estatutos contra la violencia política de género, impulsados por la acción de los colectivos feministas locales.

En suma, puede decirse que el tránsito de las cuotas a la paridad en América Latina ha sido especialmente accidentado y está todavía lejos de reestructurar las asimetrías de género ínsitas en el poder político. A este respecto, es importante tomar nota de la pervivencia de estos obstáculos y resistencias; y observar al mismo tiempo que, aunque el acceso de las mujeres a la esfera de toma de decisiones es una condición necesaria para mejorar la democracia no produce ni asegura por sí solo una redistribución justa del poder social entre hombres y mujeres. Lo anterior ha puesto de relieve la necesidad de combinar la estrategia de presencia femenina en los espacios representativos con otras estrategias de carácter participativo, para así estabilizar la presencia femenina, amplificar las voces de las mujeres electas y corregir el déficit de capital o trayectoria política que, a menudo, las afecta, precisamente, debido a la marginación de la que han sido objeto. La experiencia comparada acumulada ha demostrado que los modelos de órganos constituyentes y de dinámicas de trabajo político que, en general, han ofrecido las mejores perspectivas para retroalimentar las lógicas de la política de la presencia son aquellos que han considerado formas de interacción ciudadana y facilitado la fluidez en articulación entre mujeres electas y organizaciones feministas.

Como hemos visto, las dificultades para traducir las exigencias normativas de la paridad en obligaciones concretas de resultado, aptas para producir la transformación social de género es parte de la evolución de los dispositivos de paridad. Estas resistencias no solo pueden observarse una vez que estas cláusulas están instaladas sino, como es obvio, aparecen también en los debates previos. Estos debates revelan que para una clase política masculinizada siempre es más fácil adherir al discurso de la representación equilibrada que comprometerse con sus implicancias prácticas; reconocer la injusticia de la subrepresentación femenina que impulsar reformas estructurales que permitan superarla de manera estable. De hecho, la mayoría de los intervinientes en estas discusiones, incluidos los expertos jurídicos, tienden a disminuir su respaldo a la paridad a medida que las exigencias de garantía de sus resultados aumentan. Por consiguiente, es común que dichos políticos o expertos defiendan interpretaciones que enfatizan la dimensión simbólica de

la paridad—como si esta fuera una especie de cláusula de buenas intenciones— o que, en el mejor de los casos, reconocen su dimensión material, pero limitándola al mejoramiento de las oportunidades femeninas para acceder al poder. Es decir, como una obligación de medios y no de resultado.

Hasta ahora, las resistencias a concebir la paridad como una obligación jurídica de resultado habían dominado el panorama constitucional mundial, prácticamente sin excepción. Por eso, las normas de paridad recientemente aprobadas en Chile han concitado la atención a nivel mundial. El caso chileno cambió de manera abrupta las coordenadas de la discusión sobre los presupuestos e implicancias de la paridad, abriendo la puerta a una comprensión más radical de sus efectos y afianzando una interpretación político-jurídica que postula que dicho principio envuelve una garantía de resultados y no solo consiste en el aseguramiento de posiciones en listas electorales.

Hasta marzo de 2020, el sistema jurídico chileno solo consideraba un dispositivo de cuotas electorales de género (de un 40% para sexo infrarrepresentado), aplicable únicamente a las elecciones parlamentarias. Este, como es sabido, se aprobó en el año 2015, mediante la ley N° 20840, que sustituyó el sistema electoral binominal por un sistema de carácter proporcional. Sin embargo, dicha ley estableció, entre sus disposiciones transitorias, una limitación temporal que afecta al referido mecanismo y a sus incentivos económicos los cuales solo tendrán vigencia durante cuatro elecciones (2017, 2021, 2025 y 2029). Cabe considerar que, desde el punto de vista de la experiencia comparada latinoamericana, la transitoriedad de la cuota chilena (convertida en un plazo de caducidad en lugar de una regla provisional sujeta a la evaluación del impacto de dicho dispositivo) constituye una verdadera anomalía. Previsiblemente, la citada limitación temporal fue producto de una negociación que debió aceptar el costo de desnaturalizar la cuota de género para lograr su aprobación legislativa.

Así las cosas ¿qué puede explicar la aprobación de un robusto modelo de paridad, inédito a nivel comparado, en un país que apenas había logrado surbirse, a regañadientes, al carro de las cuotas? No cabe duda de que la revuelta social de octubre de 2019 ha tenido mucho que ver en esta paradoja. El llamado “estallido social” es el desenlace de un encadenamiento de movilizaciones sociales, con destellos progresivamente violentos, que vienen sucediéndose en Chile durante las dos últimas décadas con cierta regularidad. Desde 2006, diversas oleadas de manifestaciones callejeras dieron rostro a una disconformidad social que escaló en intensidad y se expandió abarcando diversos

aspectos del modelo sociopolítico chileno de la postdictadura (la educación, la salud, las pensiones, la violencia de género). Progresivamente la protesta social fue apuntando a la constitución como uno de sus símbolos, lo que catalizó el acuerdo político de noviembre de 2019, que da origen a un itinerario de cambio constitucional no previsto en el texto de la Constitución del 80.

Dicho itinerario ha debido construirse a través de sucesivas reformas. Esta ventana de oportunidad fue aprovechada por el activismo feminista chileno que logró impulsar y dar forma a una movilización por la paridad constituyente. Desde el retorno a la democracia, el movimiento feminista chileno había tenido una presencia intermitente en el debate sociopolítico, en torno a demandas específicas (como el divorcio, la violencia o los derechos reproductivos), con mayor o menor grado de movilización y visibilidad mediática. Antes y durante la revuelta social de octubre de 2019 se produjo una intensificación del activismo feminista, encarnada en episodios más concentrados en el tiempo, desplegados a través de un diversificado repertorio político, que incluye el lobby, la marcha y la performance de protesta. Este activismo generó las condiciones para que la demanda por la paridad de género en el proceso constituyente se plasmara en una reforma constitucional (ley N° 21.216, D.O. 24.03.2020), transformando a Chile en el primer país en el mundo que ha garantizado un diseño de asamblea constituyente (la convención constitucional) que resguarda un estricto equilibrio entre hombres y mujeres. Uno de los rasgos sobresalientes de esta reforma político-jurídica fue la alianza entre parlamentarias de diferentes sectores políticos, algunas de las cuales fueron electas gracias a la primera aplicación de la ley de cuotas, con un grupo de expertas politólogas para diseñar el mecanismo electoral de paridad. A esto se sumaron acciones coordinadas de organizaciones feministas, amplificadas por medios de comunicación y redes sociales. Es decir, se materializó un conjunto de estrategias, que van desde lo político a lo social, las cuales se retroalimentaron entre sí.

El resultado de estas acciones conjuntas fue la introducción en la reforma constitucional establecida por ley N° 21.216 (de 24 de marzo de 2020), de una fórmula electoral consistente en un grupo de reglas destinadas a asegurar la presencia paritaria de mujeres y hombres, tanto en la presentación de las candidaturas a la Convención Constitucional como en la asignación de escaños para las y los convencionales electos. En concreto, las reglas de presentación de candidatura contempladas en la reforma constitucional antes referida requirieron que las listas para convencionales constituyentes fueran

encabezadas por mujeres y conformadas bajo la modalidad “cebra”⁶. Y, en el evento de que la aplicación de estas reglas no produjera, en la práctica, un resultado paritario en la asignación de escaños, previeron que debían aplicarse otro grupo de reglas complementarias, cuyo objetivo era garantizar el resultado paritario, mediante el descarte de candidaturas, en principio electas, del sexo sobrerrepresentado.⁷

Este mecanismo ha sido bautizado por sus promotoras— un grupo de politólogas feministas⁸,—como asignación paritaria de escaños. Fórmulas parecidas se habían implementado ya en el derecho mexicano para la integración de otra clase de órganos representativos. De manera que la originalidad de esta modalidad radica, en rigor, en su uso para la elección de un órgano constituyente. Además de las implicancias prácticas de su incorporación al escenario electoral chileno, el uso de un modelo de paridad que garantiza una representación equilibrada de mujeres y hombres en el órgano constituyente tiene también importantes componentes simbólicos: traslada esta exigencia al arreglo social de la mayor relevancia en una comunidad política y refrenda, además, la conexión estructural entre resultados paritarios y legitimidad del órgano constituyente. En su versión chilena, la paridad no es, entonces, solo un discurso normativo que testimonia la importancia de la presencia de mujeres como condición *sine qua non* de la legitimación del poder representativo, sino un mandato que solo puede entenderse cumplido al elegir medios idóneos para garantizar materialmente una distribución equilibrada de las distintas dimensiones de ese poder, y, extensivamente, del poder social.

La inclusión de reglas de corrección electoral fundadas en el principio de paridad, como las reseñadas, tiene variadas y prometedoras implicancias para el derecho constitucional. Permite avanzar en una comprensión de la paridad que trasciende la lógica de la composición equilibrada de género en listas electorales (o paridad de entrada) hacia un modelo de paridad de salida. De esta manera, la paridad aparece ahora como un principio de redistribución del poder más comprometido con la garantía de resultados. Cabe mencionar

6 Esta consiste en que la nómina debe ser alternada por sexo: una mujer, un hombre, una mujer, un hombre, y así sucesivamente. En todo caso, siempre el primer nombre debía ser el de una mujer.

7 En términos resumidos, el sistema opera de la siguiente manera: Determinado el sexo cuyos candidatos resultaron preliminarmente más elegidos (sobrerrepresentado) y, por tanto, correlativamente el sexo cuyos candidatos resultaron menos elegidos (subrepresentado) deben ordenarse las candidaturas asignadas preliminarmente del sexo sobrerrepresentado, según su votación individual de menor a mayor, y proceder a su descarte hasta que se produzca el equilibrio.

8 Un grupo de politóloga, diputadas y senadoras de distintas orientaciones políticas.

que este modelo, así delineado, es más robusto, incluso, que el mecanismo de reserva de escaños, el que habitualmente tiene un carácter acotado en términos de las exigencias de umbrales de presencia femenina. Previsiblemente, la incorporación de las correcciones fundadas en la paridad, como parte de la estructura de los mecanismos paritarios electorales servirá, de aquí en adelante, para evitar la pérdida de efectividad del mandato de presencia equilibrada en el proceso de conversión de votos, desde las listas a los escaños. En este sentido, será útil para impedir que aquel sea despojado de su contenido crítico y transformado en una norma exclusivamente testimonial.

Uno de los avances más tangibles que derivan de la reforma constitucional chilena sobre la paridad se refiere a las correcciones electorales. Estas usualmente buscan distribuir los escaños en función del apoyo que la votación popular exprese respecto de los diversos proyectos o fuerzas políticas rivales, posibilitando particularmente la representación de las fuerzas minoritarias. Estas modulaciones han sido universalmente aceptadas y materializadas a través de los sistemas electorales proporcionales, los cuales han sido considerados, en general, compatibles con la política democrática. Como ya adelantamos, no ha sido el caso de las correcciones electorales para garantizar la presencia de ciertos grupos en el resultado final, las cuales han sido, en general, controvertidas. En la experiencia comparada, cuando se ha querido representar diferencias étnicas o lingüísticas, se ha optado regularmente por el mecanismo de los escaños reservados, usado en unos pocos países. En consecuencia, una de las dificultades que debió sortear la reforma chilena por la paridad fue, precisamente, la aceptación de las controvertidas correcciones electorales por razones de género. Varios políticos de la coalición de gobierno discutieron la constitucionalidad de esta propuesta argumentando que su uso equivalía a “meter la mano en la urna” confirmando (más allá de las probables resistencias machistas) el distinto tratamiento que, en la práctica electoral mundial, se les da a unas en relación con las otras. Sin embargo, la articulación y amplitud de la demanda feminista por la paridad de resultados en el órgano constituyente terminó finalmente por imponerse, logrando instalar una fórmula de compromiso: las correcciones de género debían respetar los apoyos expresados por los votantes respecto de cada una de las distintas listas electorales. Así, se sorteó una segunda dificultad derivada de la tradición electoral chilena. Esta última operaría mediante listas cerradas, las que, a diferencia de las listas abiertas, se prestan menos para incorporar lógicas paritarias.

En síntesis, las reglas chilenas de paridad son altamente innovadoras; agregan a la ecuación de garantías de los modelos paritarios (reserva de puestos y mandato de posición) correcciones en el proceso de conversión de los votos a escaños. Puede sostenerse, entonces, que la experiencia chilena ha adicionado un nuevo e importante eslabón a la discusión sobre los contornos e implicancias del principio de paridad, afianzando la idea de que los propósitos normativos de la paridad están claramente al servicio de objetivos concretos, que tienen implicancias simbólicas y materiales, y que no pueden comprenderse ni ejecutarse como fórmulas meramente testimoniales.

Esta deriva reafirma la idea de que la dimensión antidiscriminatoria no es ajena a la paridad; antes bien es uno de sus pilares, pero reinventado. Por consiguiente, la paridad no es simplemente una variante nominativa de la igualdad (al menos, no en los términos en los que, habitualmente, el principio de igualdad ha sido concebido en los sistemas jurídicos) en la medida de que problematiza derechamente el déficit de representación femenina y su vínculo con las injusticias de género. Tampoco consiste en una mera política cuantitativa, una cuestión de números. El objetivo de la paridad no es la presencia femenina *per se* sino la redistribución de poder social. Su *locus* estratégico es el espacio político porque este repercute directamente, como si se tratara de un efecto dominó, en el resto de las esferas de la vida social. Dada su vocación transversal y transformadora, la paridad no se agota, entonces, en lo constitucional, en lo político ni mucho menos en lo electoral. Como observa Nancy Fraser, la paridad es “una condición cualitativa, la condición de ser un *par*, de estar *a la par* con otros, de interactuar con ellos en condiciones de igualdad”⁹.

En conclusión, puede sostenerse que la consigna “no sin nosotras”, que hemos visto desplegarse en las calles chilenas y en múltiples espacios virtuales, en especial durante la discusión de la reforma constitucional sobre paridad, es el reflejo de un giro conceptual y político que viene fraguándose, en el escenario transnacional de las teorías y prácticas feministas desde unas cuatro décadas. Aunque demográficamente nada ha cambiado— antes como ahora las mujeres son la mitad de la humanidad — la noción de un pueblo sexuado, constituido a partes iguales por mujeres y hombres, ha sido elevada en la cultura política reciente a la categoría de un principio fundamental, digno de insertarse en el ADN constitucional. Por tanto, no debiera sorprendernos

9 Fraser, Nancy, *Fortunas del Feminismo* (Madrid, Traficantes de sueños), 2015, p. 197.

que la norma que está llamada a orquestar los grandes arreglos institucionales empiece a ser juzgada, de ahora en adelante, a partir de su capacidad de reflejar esta concepción. Habrá que acostumbrarse, de más en más, a que la constitución sea vista y definida como la fuente, la expresión y la garantía de un poder generizado.

ESTADO SOCIAL Y PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO HACIA UN ESTADO EN PERSPECTIVA SOCIAL

Tomás Jordán Díaz¹

Resumen

El trabajo analiza el modelo de Estado social de cara al proceso constituyente en curso. Para ello examina el modelo de Estado subsidiario establecido en la Constitución de 1980 y cómo se debe caminar a uno que el autor denomina «Estado en perspectiva social», modelo caracterizado las lógicas redistributivas y solidarias en la provisión de los derechos sociales pero, de igual manera, reconoce la provisión privada siempre y cuando se rijan por tales criterios rectores de orden constitucional y el establecimiento de derechos sociales garantizados en la nueva Constitución.

1. Introducción

Las Constituciones establecen un modelo político de Estado. Esto se consagra expresa o tácitamente, pero en ambos, casos el constituyente está disponiendo una forma de ordenar la relación entre los derechos fundamentales de las personas y el rol del Estado. La Constitución instituye, por un lado, el sistema de derechos fundamentales (cuáles derechos), y por otro, al Estado con mayor o menor capacidad de actuación (rol activo, pasivo o mixto). Es así, por ejemplo, que una Constitución puede disponer de un modelo libertario (preeminencia de los derechos y libertades individuales) o instituirse como una constitución social (con lógicas de mayor redistribución y solidaridad y rol activo del Estado como Alemania, Italia, España), existiendo una diversidad de intensidades entre éstos. En un extremo tenemos modelos de Estado mínimo (o neoliberales como Chile) y en el otro, modelos estatistas socialistas clásicos (Cuba).

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado, Coordinador Académico Observatorio Nueva Constitución. Correo: tjordand@gmail.com.

La comparación anterior sólo busca ilustrar el punto desde donde se partió en 1980 y la inmensidad de matices existentes, y cómo podemos entender la discusión constitucional chilena en este ámbito².

Esto se liga también al modelo de desarrollo en materia constitucional, vinculado se al diseño institucional que determina las relaciones económicas dentro de un Estado. En este sentido, la relación entre persona, mercado y Estado está definido, básica y estructuralmente, en una Constitución Política. Las constituciones reconocen un rol a la autonomía privada en materia económica, por medio del establecimiento de derechos económicos (en general la libertad de realizar actividades económicas y el derecho de propiedad), y un rol al Estado en materia económica y social. Este último punto (social) no es menor, por cuanto una mayor intervención del Estado en materias sociales (salud, educación, pensiones) significa la exclusión de tales bienes del mercado total o parcialmente. En esta línea, por un lado encontramos los modelos clásicos liberales (USA), y por otro, el Estado de bienestar europeo. Chile se encuentra en un punto de mayor preeminencia de las libertades económicas y Estado mínimo que el modelo liberal clásico con base al principio de subsidiariedad.

2. Elementos de la discusión sobre el modelo político de Estado³

El estallido social, el plebiscito de 2020 y los resultados de las elecciones de convencionales de mayo de 2021 muestran una cuestión clara: la necesidad de abandonar el modelo subsidiario y avanzar a un Estado social, ello, con las particularidades propias de los distintos estados sociales y del sistema político chileno. No hay un modelo único ni rígido de Estado social, aunque podemos afirmar que su asiento está en la existencia de una cláusula social en los textos constitucionales (expresa o tácitamente) y una interpretación de la Constitución con base a la redistribución y el principio de solidaridad.

Alemania, España y Colombia se definen como estados sociales y democráticos de derecho. La Constitución alemana afirma en su artículo 20.1 que “*La República Federal de Alemania es un Estado Federal democrático y social*”; la Constitución española en su artículo 1.1 consagra que “*España se constituye en*

2 Este apartado inicial se basa en el texto: García, José Francisco y Jordán, Tomás, “El mapa y el territorio: geografía temática de la discusión constituyente”, en “*¿Cómo funciona nuestra democracia? Una guía para ciudadanas y ciudadanos*”, (Editorial Universidad de Santiago), 2021. Libro en edición.

3 Este apartado se basa en el texto: Jordán D., Tomás, “Del Estado subsidiario a un modelo en perspectiva social”, en el libro “*7 propuestas para la nueva Constitución de Chile*”, (Editorial Universidad de Santiago), 2020, pp. 19-49.

un Estado social y democrático de Derecho”; y el texto colombiano, también en su primer artículo, fija que *“Colombia es un Estado social de derecho”*.

La definición del modelo de Estado es clave en un texto constitucional. Toda Constitución define un modelo de Estado. Como indicábamos, esto puede ser explícito, como en los países señalados o derivarse de su texto, como el caso italiano en la cual el Estado social se ha edificado a partir del enunciado *“Italia es una República democrática fundada en el trabajo”*⁴ o en Chile, donde el Estado subsidiario, es decir, que el Estado interviene mínimamente y los privados tienen un rol relevante en todas las áreas de la vida asociada, se expresa como idea fundante de la Constitución, en especial, en el rol de los grupos intermedios, en la libertad económica y la propiedad privada.

Esto requiere una breve explicación de cara a la nueva Constitución. El poder constituyente (me refiero a la Convención Constitucional) que nos propondrá un nuevo texto fundamental deberá acordar (políticamente) cómo va a equilibrar a las personas, sus derechos fundamentales y un rol, más o menos activo, del Estado en la sociedad y en la política. Es decir, la definición del modelo de Estado se sitúa en la relación persona-Estado y cómo las Constituciones equilibran o ecualizan ambas cuestiones. Los derechos que las constituciones establecen, junto con el rol activo o pasivo del Estado en la sociedad, configuran el tipo de modelo constitucional que adoptará el país.

La Convención deberá decidir si el Estado tendrá un rol «social», entendido este como una lógica constitucional de mayor redistribución y solidaridad entre las personas, o si será más «liberal», optando por privilegiar la autonomía individual, y por tanto, que cada persona se desenvuelva lo más libremente en la vida asociada, teniendo el Estado un rol de abstención o de no injerencia (dejar hacer). Entre un punto y otro hay matices y grados, que seguramente aparecerán en la constituyente.

3. El modelo de Estado en la Constitución de 1980

Para adentrarnos en el debate hay que observar que la Constitución chilena de 1980 hizo una opción en esta relación persona-Estado. Se puso del lado de las constitucionales liberales, pero moviendo el eje hacia el extremo. Consagró un modelo de Estado fundado en la idea de subsidiariedad. Esta cuestión se

4 La Constitución italiana no tiene cláusula social, pero la jurisprudencia ha interpretado el art. 3.2 con tal sentido. Expresa este artículo: *“Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”*.

extiende a tres puntos. El primero, que la subsidiariedad es un principio rector del orden social donde el motor de la sociedad son los privados, que interactúan individualmente o en asociaciones (grupos intermedios) como puede ser una empresa, una junta de vecinos o un centro de padres. El segundo, al Estado le corresponde un rol residual o mínimo, debiendo sólo intervenir en aquellas actividades en que los privados no quieran participar (por ejemplo, hacerse cargo de ferrocarriles) o no puedan realizar (la defensa de la nación y sus fronteras que es una atribución exclusiva del Estado). El tercero, tal idea se liga a ciertos derechos constitucionales, en particular el derecho de asociación, el derecho a desarrollar actividades económicas y el derecho de propiedad, de modo que la empresa es el grupo intermedio relevante para que la sociedad se desarrolle. A modo ejemplar, tal cuestión tiene expresiones en la ligazón entre empresa y colegios privados, empresa y salud privada, empresa y administradoras de seguridad social privadas, o libertad de trabajo, empresa y libertad económica.

El proyecto constitucional original de Chile (Constitución de 1980) buscó la instauración de un modelo democrático-autoritario neoliberal, en el sentido de un Estado mínimo o de intervención reducida y cuyo centro fuera la autonomía individual, en especial, la económica. La Constitución le otorgó vital relevancia al derecho de propiedad como fundamento de todas las libertades políticas, al orden público económico y el amparo de los derechos de libertad clásicos⁵.

Se consagran derechos de libertad; la tutela de los derechos se dispone en favor de éstos, pero al mismo tiempo se dispusieron derechos sociales como la salud, educación, la seguridad social, pero, desde una dimensión liberal-económica. Estos últimos, más que bienes sociales propiamente tales, se ordenaron como bienes de orden económico, dispuestos en el mercado bajo las reglas de éste (salud privada que funciona como entidades aseguradoras, los colegios privados que se les reconoce una autonomía constitucional, la libertad de trabajo ligada a la libertad de empresa o las entidades de fondos de pensiones que se rigen bajo las mismas lógicas dichas).

El principio de subsidiariedad es un principio propiamente económico que se extendió al ordenamiento constitucional⁶. Se cimienta en el inciso 3° del

5 Ver: Huneeus, Carlos, *El régimen de Pinochet*, (Editorial Sudamericana, 3° edición), 2005, capítulo V; Ortuzar, Enrique, "La Constitución de 1980. Razón de ser del régimen fundacional que ella instaura", en *Revista Política*, Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Chile, edición especial noviembre, 1983, p. 68 y Barros, Robert, *La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*, (Editorial Sudamericana), 2005, p. 382.

6 Bassa, Jaime, *El Estado constitucional de derecho, efecto sobre la constitución vigente y derechos sociales*,

art. 1 CPR estableciendo que “El Estado reconoce y ampara los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Este principio implica una definición del rol del Estado. Se ha entendido como un principio organizador de la iniciativa y la labor pública disponiéndose como correlativo al principio de prioridad del no Estado, debiendo el Estado protegerlos, colaborar con ellos, ayudarlos y fomentar su existencia y desenvolvimiento⁷.

El principio tiene una dimensión positiva y otra negativa. Desde la perspectiva positiva, la subsidiariedad consiste en que los cuerpos intermedios que se ubican entre el hombre y el Estado realicen plenamente las funciones que por su naturaleza están llamados a cumplir. En el aspecto negativo, la subsidiariedad se refiere a que ningún órgano superior realice las tareas que el inferior sea capaz de cumplir, a menos que esta entidad inferior no las realice o las ejecute imperfectamente. Para que intervenga el Estado se deben dar dos requisitos: que existan necesidades que los individuos aisladamente no puedan solucionar y que exista capacidad del Estado para satisfacerlas, delegando las personas en él parte de su libertad o autonomía, el cual actúa en *pro* del bien común⁸.

En breve, el rol del Estado a la luz de este principio radica en aquellas funciones naturales (las que representan a la comunidad toda y las que se refieren a la regulación normativa de las sociedades intermedias y de las sociedades entre sí) y en funciones subsidiarias (el desarrollar actividades estratégicas, o frente a la negligencia o imposibilidad de los particulares para ejecutar las tareas que les corresponde siempre que sean importantes para la comunidad y mientras dure la imposibilidad o negligencia).

En la misma línea, el Tribunal Constitucional (TC), en su sentencia Rol N° 352/2002 c.j. 4°-7°, ha definido este principio como uno de los principios rectores del orden social, donde el Estado no puede absorber aquellas actividades que efectúan adecuadamente los particulares, ello, sin perjuicio de aquellas funciones que le corresponden al Estado por su propio carácter. El TC ha entendido que el Estado no puede perpetrar aquellas acciones que los

(Editorial Lexis Nexis), 2007, pp. 145-147.

7 Covarrubias, Ignacio, “El principio de subsidiariedad”, en Navarro, Enrique (editor), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, (Editorial Conosur), 2001, p. 70; Cea, José Luis, *Derecho Constitucional chileno, tomo I*, (Ediciones Universidad Católica, 2da edición), 2008, p. 177.

8 Vivanco, Ángela, *Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, tomo II*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2006, p.60. Para el origen religioso del principio de subsidiariedad, ver: Astorga, Cristóbal, “Las raíces escolásticas del principio de subsidiariedad”, en *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política* (Santiago, Editorial Jurídica), 2009, pp. 269-285.

particulares están en condiciones de hacer y el Estado lleva a cabo aquellas actividades que los aquellos no estén en posibilidad de realizar.

Bajo el principio de subsidiariedad el Estado tiene un rol prefijado y rígido que es anterior a su aplicabilidad (es un principio ideológico anterior al propio texto constitucional). La ideología original de un Estado mínimo buscó constituir la sociedad en donde el Estado participará no sólo en la economía mínimamente, sino que también mínimamente en ámbitos sensibles y básicos para la realización material e igualitaria de las personas, como la salud, la educación, la seguridad social, etc.

En tales áreas, y en aplicación de la subsidiariedad, los grupos intermedios tienen un rol preponderante, y en especial la empresa. El otorgamiento de las prestaciones sociales se radicó preeminentemente en estos grupos. Las leyes sociales fueron dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, de modo que la arquitectura constitucional permitió el despliegue legislativo para la ejecución de la idea de la subsidiariedad en este ámbito. Desde la década de los ochenta se fue disponiendo la existencia de un sistema de salud privado, un sistema de educación privada (cuyo eje se radicó en el derecho a la libertad de enseñanza y su ligazón con la libertad económica para abrir, organizar y administrar establecimientos educacionales) y un sistema de previsión social (pensiones) de capitalización individual; donde la intervención de la entidad estatal debía ser enfocada sólo a las personas más pobres. Una situación paradigmática se dio en la campaña presidencial de 1989 donde el candidato oficialista y continuista, Hernán Büchi, presentó un programa de salud cuyo título era “*Isapres para todos*”, es decir, sistema privado de salud preeminente y universal.

4. Del modelo social de Estado⁹

El modelo social es muy distinto al anterior. La idea del Estado social se refiere específicamente a cómo resolver los problemas sociales (salud, pensiones, educación, trabajo, vivienda, etc.), no una idea de la sociedad; de modo que no es incompatible con una sociedad democrática y de libertades (civiles, políticas y económicas), sino que concilia esos tres elementos. No es un modelo

9 El convencional Christian Viera es un férreo partidario de esta fórmula de Estado pero con ciertas reconfiguraciones. Sostiene que su profundización se debe ligar no sólo a la veta prestacional, sino a su dimensión política, asociado al Estado de derecho y democrático. Afirma que es necesario que el Estado social abra a espacios de participación como mecanismo de legitimación social, ya sea a través de democracia directa o espacios institucionales de diálogo y acceso a los medios de comunicación social. Ver: Viera, Christian, “Estado social como fórmula en la Constitución chilena”, en Revista de Derecho de la Universidad de Coquimbo, Volumen 21 N° 2, 2014.

donde la sociedad se conciba como “estatal”, pues no es un modelo para ordenar la sociedad como sí lo es la subsidiariedad.

El modelo social aparece como consecuencia de la crisis del Estado liberal en Europa. La mera autonomía individual y un rol inactivo del Estado fue incapaz de dar respuestas efectivas a las exigencias sociales (necesidades individuales y colectivas), siendo responsable de las situaciones de pobreza y desigualdad existentes. Tal crisis venía desarrollándose desde fines del siglo XIX (por ejemplo, Inglaterra y sus problemas sociales derivados de la revolución industrial), y ya en el origen del Siglo XX se generó una discusión en torno a la necesidad de que el Estado dejara su posición pasiva y asumiera un rol activo en la corrección de las necesidades sociales básicas, tales como, salud, trabajo, vivienda o educación. Curiosamente, y es interesante constatar, que esto tuvo un símil en Chile en la generación de la Constitución de 1925, y la incidencia en ella de la llamada «cuestión social»; asunto que aparece en la esfera pública en los años 20 del siglo pasado, como consecuencia de la urbanización e industrialización del país y los problemas asociados a ello en materia de trabajo, salarios, salud, vivienda, entre otros.

El Estado social se instituyó como el modelo europeo luego de las dos guerras mundiales y en un acuerdo político entre socialdemócratas, liberales y democristianos que lideraban los países europeos en esos años. Esto es relevante para la discusión constitucional chilena, pues lo que hizo Europa después del álgido siglo XX fue pactar un modelo de Estado que permitiera conciliar el modelo capitalista o de mercado con políticas sociales redistributivas con miras a corregir las desigualdades; todo en un escenario de precariedad política, económica y social. En ello podemos situar una equivalencia al Chile actual, cuando nos encontramos ante una crisis y deslegitimación de la política desde hace años, en particular desde los casos de financiamiento de la política del año 2015, una crisis social que se hizo palpable en el estallido social de octubre de 2019 y una crisis económica derivada de lo anterior y de la pandemia del Covid-19. Es decir, estamos ante un escenario donde debemos adoptar un acuerdo sobre cómo queremos conciliar el modelo de mercado, el rol de la persona y sus derechos y el tipo de Estado (un rol activo, pasivo o mixto).

En el viejo continente las circunstancias sociales obligaron a las autoridades políticas a enfrentar el problema social, sobrellevando una conciliación entre los intereses de trabajadores y la autoridad, lo cual derivó en la consagración de una profusa legislación laboral desde comienzos del siglo XX. El origen del nuevo modelo de Estado estuvo determinado por variables

económicas, sociales y políticas, buscándose el compromiso entre el progreso económico y el social.

Desde la perspectiva política, el Estado social se vislumbró como una fórmula que buscó el logro de la paz social (estabilidad política), la cual, únicamente se podía fundar en la justicia social. Se forjó como una crítica directa al Estado liberal y orientó un cambio en la forma de concebir el Estado, adquiriendo la estatalidad un papel preponderante en la protección de los sujetos y de sus derechos fundamentales. Se produjo una rotación posicional del Estado, en términos de Habermas: *“Este cambio social del derecho o giro social del derecho fue percibido y entendido de entrada como un proceso en cuyo curso una comprensión instrumental del derecho, asentada sobre una idea de justicia articulada en términos de Estado social, recubrió, desplazó y finalmente relevó al modelo liberal de derecho”*¹⁰.

Esta fórmula constitucional busca asegurar el sustento de las personas a través del otorgamiento de prestaciones y políticas redistributivas. Pretende conjugar la autonomía individual de las personas frente al Estado (ante el poder) y entre los propios particulares, interviniendo el Estado con miras al bienestar general de la sociedad y en particular de los más desvalidos, ello, en el contexto de la forma de gobierno democrática. Se ha considerado al Estado social “consecuencia del proceso de democratización del Estado”, debiendo velar por dar respuestas a los requerimientos de todo el grupo social, no únicamente de sectores privilegiados. Es un diseño institucional que concilia las libertades individuales propias del Estado liberal, la democracia política como sistema de gobierno y un rol activo del Estado.

Ahora bien, entre el eje autonomía personal e intervención del Estado se produce una tensión evidente y que el modelo busca conciliar. Entre mayor es la intervención del Estado en la vida de las personas, habrá un retroceso en ciertos aspectos de las libertades personales (por ejemplo, si se dispone el deber de asistir a la escuela pública o al consultorio del barrio, retrocederá la libertad para elegir el establecimiento educacional o al médico). El autor italiano Norberto Bobbio resume la situación explicando que se dio un paso desde la libertad negativa (dejar hacer) como es la libertad de religión o de opinión; a derechos que requieren intervención del Estado debiendo organizar una serie de servicios públicos dando nacimiento al Estado social¹¹.

Lo propio del Estado social es su carácter abierto y flexible con miras a

10 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, (Editorial Trotta, 4° edición), 2005, p. 471.

11 Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, (Editorial Sistema), 1991, pp. 115-118.

lograr un ajuste entre los valores de la libertad e igualdad, donde los ciudadanos por medio de las elecciones definen donde quieren que esté puesto el acento de las políticas. Se caracteriza por constituir un pacto de conciliación entre liberalismo y el “capitalismo intervencionista o estado neocapitalista”; la generación de seguridad y certeza económica otorgando un mínimo de bienestar; una mayor intromisión estatal en materias económico-sociales; existencia de un pacto global de estabilidad económica (políticas redistributivas y crecimiento del gasto fiscal); extensión de derechos sociales; la institución de bases de dialogo, negociación y concertación de fuerzas sociales y, la garantía de un salario mínimo vital con el objeto de erradicar la extrema pobreza.

No hay contradicción entre el valor de la libertad propia del Estado liberal y el rol activo del Estado, definitorio del Estado social. Se ha entendido que la aparición de los derechos políticos (principalmente el derecho a sufragio y el derecho de asociación) para el funcionamiento de la democracia, operó como un puente para la transición de un modelo al otro. La participación de los ciudadanos, por los mecanismos democrático-representativos, constituyen el medio por el cual las demandas ciudadanas se dirigen hacia el Estado.

En resumen, la fórmula del Estado social se desarrolla sobre la base de ciertos elementos básicos estructurales: a) mantención de la autonomía individual de los sujetos, aunque en constante tensión con la estatalidad; b) papel preponderante del Estado (económico-social), en particular del poder ejecutivo (administración); c) políticas redistributivas con el objeto de generar mayores cotas de igualdad; d) garantías mínimas de subsistencia; e) consagración de derechos sociales para el logro de tales fines y, f) marco democrático para su existencia, conservación y desarrollo.

De esta manera, la nueva estatalidad tiene una doble faz, una política y otra jurídica. En su configuración concurre una decisión por parte del poder político de otorgar mayor relevancia y potestades al Estado con miras a la generación de políticas de mejora sustancial de las personas. Sobre esta base (política) se produce su expresión jurídica. El poder político junto con fijar el sustrato político, establece la ordenación jurídica de tales fundamentos, expresándose en la consagración de normas que instituyen conjunta o indistintamente cláusulas sociales del Estado social (Alemania y España), normas directrices que permitan su protección expresa o por vía interpretativa (Italia) o catálogos de derechos sociales de mayor o menor intensidad en su eficacia material (España, Italia, Portugal entre otros), marcando de tal manera el derrotero legislativo y jurisprudencial.

Parte nuclear del modelo lo constituyen los derechos sociales. El marco social del Estado se instaura como el sustrato político-jurídico indispensable para la consagración y protección de los derechos sociales, produciéndose una utilización del aparato estatal para tales fines. Los derechos sociales se incorporan como una pieza esencial a este tipo de estatalidad, permitiendo su desarrollo y eficacia garantizando su auto-subsistencia. Como indica Häberle -refiriéndose la cláusula de Estado social alemán-, ésta “sirve para la creación de prerequisites materiales básicos”, fijando mínimas prestaciones para asegurar la existencia vital y espiritual, y las competencias requeridas para proceder a la ejecución de las tareas sociales constitucionales¹². La preeminencia estatal obliga al propio Estado a adquirir responsabilidades dirigidas a la generación de condiciones que permitan el pleno goce de tales derechos constitucionalmente consagrados, adoptando diversas modalidades para tales fines, como lo representan la intervención directa (prestaciones) o funciones de fiscalización, prevención y sanción.

La relación Estado social/derechos-sociales se estructura de manera bidireccional, en cuanto el modelo social de Estado representa el medio para el desarrollo de los derechos sociales, y la configuración normativa de éstos permite a este modelo de Estado lograr las finalidades que le son consustanciales. En síntesis: no hay derechos sociales sin Estado social, y no hay Estado social sin derechos sociales.

La aparición de los derechos sociales como elemento componente del constitucionalismo encuentra su origen en los conflictos socio-económicos acaecidos en el siglo XIX y nuevas necesidades vislumbradas en el siglo XX. Progresivamente se forjaron nuevos requerimientos y demandas sociales, derivados de los avances materiales e inmateriales generados en el siglo XX, con miras a corregir y mejorar el nivel de vida de la población. Tales necesidades fueron incorporadas en el imaginario social, reflejando las aspiraciones de sociedades disconformes con sus situaciones particulares.

La pugna jurídica y política por la libertad (fin de las autocracias y de la arbitrariedad) ya había sido dada y ganada en gran parte, produciéndose un desplazamiento del eje conductor y del sujeto activo de los derechos, pasando desde la centralidad y protagonismo del individuo a la del grupo, llegándose a la convicción de que era la propia sociedad la obligada al otorgamiento de las prestaciones deseadas y consideradas como debidas.

12 Häberle, Peter, *Pluralismo y constitución*, (Editorial Tecnos), 2002, p. 204.

La relación entre derechos sociales y modelo social de Estado se generó con base a la convicción de que el Estado no era el «enemigo natural» de la autonomía individual, frente al cual había que protegerse, sino un “auxiliar decisivo y el principal organizador de la liberación social”; abandonándose la idea de una posición de neutralidad estadual hacia un enfoque de intervención positiva, con miras a lograr nuevos niveles de bienestar general y un goce “general e igualitario de los derechos fundamentales”.

Ahora bien, los derechos sociales son un tipo de derechos distintos a los derechos civiles clásicos, que, como dijimos, establecen una facultad de las personas para desenvolverse libremente en la vida asociada (por ejemplo, decir lo que uno quiera o creer o no creer en algo), y un rol del estado de dejar hacer o no entorpecer estas actuaciones individuales. Los derechos sociales tienen otra configuración. Se fundan en que hay bienes jurídicos, tales como la salud, la educación, la vivienda, el trabajo, respecto de los cuáles no todas las personas se ubican en la misma posición, pues, de acuerdo a nuestra condición económica, algunos podrán proveerse de esos bienes por si mismos o será necesario un rol activo del Estado a través de prestaciones estatales.

Por un lado se respeta a las personas que pueden acceder a esos bienes sociales por si solos, y por otro, el Estado debe otorgar ciertas prestaciones sociales básicas a aquellas personas que no se los pueden proveer por ellos mismos. Lo clave es que el eje en el modelo social está puesto en la lógica redistributiva y solidaria, de modo que las decisiones de los poderes públicos deben considerar la corrección de las desigualdades sociales como un objetivo público permanente. Es por ello que en los Estados sociales clásicos se instaura salud pública como eje rector, universal y obligatoria para toda la población, por cuanto la lógica del sistema es que las personas que tiene más dinero solidaricen con las que tiene menos de modo que todos cotizan en el sistema público, pero igualmente, conservan la libertad para acceder a la salud privada como salud complementaria.

Los derechos sociales abarcan dos esferas, una de libertad y otra de prestación. Cuando hablamos de Estado social y derechos sociales, nos referimos a los dos ámbitos, no sólo ni exclusivamente al otorgamiento de prestaciones como la salud o la educación pública, sino que el rol del estado se extiende por un lado al establecimiento de imperativos u obligaciones estatales con relación a las personas que no pueden otorgarse los bienes sociales básicos por si mismos; pero también el ejercicio de la libertad para que las personas puedan conseguir, exigir y conservar sus condiciones materiales; todo con base

en un fundamento igualitario con miras a reducir los grados de desigualdad material entre las personas.

En síntesis, podemos fijar como elementos de los derechos sociales en el Estado social, los siguientes: a) su origen en los conflictos socio-económicos del siglo XIX; b) el surgimiento de nuevas necesidades como consecuencia de los nuevos avances materiales e inmateriales; c) la crisis del modelo de Estado de derecho liberal; d) la nueva percepción e interpretación del Estado, no visto como un ente antagónico, sino como complemento indispensable en la solución de los problemas sociales y, e) el paso del individuo al grupo como actor jurídico relevante del nuevo modelo de Estado, al considerar a ciertos colectivos emergentes, en particular el grupo trabajador, como sujetos dignos de titularidad de una nueva categoría de derechos en este nuevo contexto estatal.

5. La perspectiva social como modelo de Estado¹³

Desde hace más de una década propongo avanzar hacia un modelo Estado que denomino en «perspectiva social». Lo entiendo como una fórmula respetuosa de las libertades personales y la democracia, pero con el eje rector asentado en criterios redistributivos y solidarios. El mercado puede seguir operando en aquellas materias no sociales, tales como el comercio en general, reconociendo la autonomía privada (individual y grupal), donde el Estado cumple un rol básicamente regulador de las reglas del juego y fiscalizador de los privados. Pero, en materia de derechos sociales, el eje rector debe estar puesto en lo público. Por público me refiero a que la provisión de bienes sociales las puede otorgar el Estado o el privado, pero estos últimos sujetos a los criterios antes dichos (redistribución y solidaridad).

Esta fórmula se distancia de la subsidiariedad. No fija como pivote el mercado para la solución de los problemas sociales (se aleja de la idea de la educación o la salud como bienes de consumo), sino que ellos deben resolverse desde la corrección de las desigualdades sociales por medio de la generación de políticas (planes, programas y leyes) que tenga a la vista el problema social, y con esta base, se tomen decisiones públicas, las que requerirán una mayor o menor intervención del Estado. Para ello, la mejor forma para la corrección de las desigualdades es a través de la deliberación democrática legislativa, de

¹³ Esta propuesta tiene su origen en mi trabajo: “El principio de contribución constitucional y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos sociales”, en Estudios de Derecho Público. XL Jornadas de Derecho Público 2010. Editorial Legalpublishing y Thomson Reuters, 2011.

modo que las mayorías en el Congreso, según quien tenga la mayoría, decidan cuál será el grado o intensidad de la corrección y los mecanismos adecuados.

La Constitución es un marco normativo general y opera como una garantía para las personas. De esta manera, junto con el establecimiento de una cláusula o fórmula social en el texto constitucional, es necesario establecer también los derechos sociales respectivos (salud, educación y libertad de enseñanza, seguridad social, trabajo, vivienda digna o adecuada) y mecanismos para su cumplimiento con responsabilidad fiscal. Cuando los poderes públicos tomen decisiones, deberán considerar la perspectiva social (criterio solidario y redistributivo). La perspectiva operará como un parámetro dispuesto en la Constitución bajo el cual deben efectuar su labor los poderes públicos, y en particular el legislador democrático. La fórmula es clara pero no rígida, confiriendo la flexibilidad necesaria para que se puedan adoptar distintas opciones legislativas en favor de las personas que se encuentran en una posición desmejorada.

Un ejemplo de la propuesta. Hasta ahora no se ha podido crear legislativamente fondos de compensación solidarios entre Fonasa e Isapres en materia de salud, ello, por cuanto se ha entendido por muchos años que la cotización de salud en Isapre es de propiedad individual del afiliado, por lo que la creación de cualquier fondo sería inconstitucional al constituir una expropiación (destinar parte de la cotización a un fondo). Esta ha sido la lectura predominante en el diseño de las leyes. Una lógica en perspectiva social permitiría que el legislador pudiese adoptar una decisión con miras a la creación de un fondo de compensación entre el seguro público y el privado, de modo que las personas sanas, y que aporten más cotizaciones, cooperen con las personas que requieren mayor gasto en salud. Lo mismo en materia de pensiones. La dimensión social del modelo habilitaría al legislador a establecer porcentajes de la cotización que sean solidarias entre jóvenes y personas en edad de jubilación. Todo esto debería poder ser constitucional. Hoy no lo es. Un ejemplo interesante que estimo representativo de esta propuesta lo constituyen las mutualidades, de muy poco interés político y jurídico hasta ahora, pero donde la cotización en salud es administrada por entidades privadas sin fines de lucro y sostenidas en los criterios de igualdad de acceso y en el otorgamiento de las prestaciones, solidaridad y redistribución.

El modelo social debe establecerse en la Constitución. Puede adoptar las fórmulas clásicas y definir a Chile como un Estado social y/o puede recoger el concepto del «bien común» de la actual Constitución, pero confiriéndole un

valor más profundo o sustancial, pues ha sido una fórmula desperfilada en su real dimensión social. Esta tesis fue plasmada en el proyecto de nueva Constitución enviado al Congreso por la ex Presidenta M. Bachelet en el cual me tocó participar en su co-redacción¹⁴. En el artículo 2 definió a Chile como un “Estado de Derecho democrático y social”; y el artículo 3 le confirió un nuevo rol conferido al bien común. Afirma en el inciso 1° del artículo 3: “El Estado está al servicio de las personas y su finalidad es el bien común, para lo cual debe crear las condiciones necesarias para el desarrollo integral y sostenible de la comunidad y de sus integrantes, respetando plenamente, y con responsabilidad fiscal, los derechos y garantías que esta Constitución consagra”.

Esta norma es mucho más densa que el inciso 3° del artículo 1 de la Constitución vigente que señala que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

A nivel general, porque no es el objeto de este artículo, las principales diferencias se encuentran en que la finalidad del bien común es un deber del Estado en el proyecto de la ex Pdta., en cambio en el texto vigente el deber estatal es de promoverlo, obligación de menor intensidad, pues el Estado puede promover algo pero no lograrlo o promover en baja intensidad. Luego, la interpretación de la Constitución no le ha conferido al bien común objetivos de interés general, y la realización espiritual es un criterio religioso que nunca ha tenido una expresión constitucional concreta. El proyecto le otorgó un contenido sustancial ligado a buscar el desarrollo integral y sostenible de la comunidad y de sus integrantes, es decir, el bienestar material de todas las personas, ello, con pleno respeto a los derechos fundamentales. A esto se agrega un mandato al Estado que debe hacerlo con responsabilidad fiscal para evitar el sobre endeudamiento estatal.

La perspectiva social radica la lógica del sistema en la búsqueda del bien común o interés general generando una sociedad de garantía básicas. Esto significa que las decisiones públicas que se tomen (legislativas o de gobierno) deben tener por finalidad la corrección de las desigualdades sociales, ya sea que las prestaciones las otorgue el Estado o un privado. Cuanto y cómo es una decisión propia de los poderes públicos, en particular del Congreso, por medio

¹⁴ Esta fórmula fue trabajada por quien escribe este Capítulo, la politóloga Pamela Figueroa R., y los ex ministros Nicolás Eyzaguirre y Mario Fernández durante el año 2017.

de la deliberación democrática. En este sentido, la perspectiva social fija el centro operativo en la contribución, cooperación y colaboración democrática entre los agentes públicos y privados con miras a la realización antes dicha.

En concreto, el modelo requiere como elementos iniciales: i) se defina en la Constitución una fórmula social, ii) se establezcan en la Constitución derechos sociales y su garantía, iii) se habilite a la política y en especial al legislador la decisión de la intensidad o grado de corrección de las desigualdades.

Para explicar esta perspectiva hay que partir de la base que la actual Constitución se ha prescrito bajo ciertos ejes rectores inamovibles o aparentemente inamovibles como lo es la subsidiariedad. El problema de este principio es que no puede ser aplicado en materia de derechos sociales, pues aquí el bien que se protege (salud, pensiones o educación) no es un bien meramente económico (puede tener una mirada económica), sino que es un bien eminentemente social, respecto de los cuáles las personas, muchas veces, no pueden acceder a ellos por razones económicas. Es así que casi 14 millones de personas son beneficiarios del sistema público de salud por no poder acceder al sistema privado, o en el caso de la educación donde el 92% de la educación es estatal o subvencionada.

En Chile, el acceso a los bienes sociales depende de dos cosas: a) que el privado quiera o pueda otorgar ese bien y b) que el destinatario de los bienes pueda acceder a ellos. Las premisas de la subsidiariedad las encontramos en la letra a), pero, con relación a aquellas personas de posición social desmejorada no son suficientes pues no se cumple letra b). El privado puede querer y poder comerciar ese bien, pero para el destinatario es imposible acceder por razones económicas. Solo en este último caso interviene el Estado residualmente¹⁵.

La perspectiva social se sostiene en la contribución o colaboración entre Estado, comunidad y personas. Hace un tiempo propuse un cambio desde el «principio de subsidiariedad» al «principio de contribución constitucional», y con ello sostener la nueva relación entre persona y Estado. Este principio parte considerando la persona como núcleo del orden constitucional, donde la relación entre persona y Estado se configure de una manera flexible, democrática y pluralista. La política deliberativa determinará cuanto y de qué

15 Sobre este argumento ver: "El principio de contribución y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales sociales", Op. Cit. Pp. 562 y 563. En un sentido equivalente sobre el fundamento de los derechos sociales en Chile como una falla del mercado, pero desde la lógica que los derechos sociales participan en la esfera de lo público sostenidos en que el bienestar de las personas es responsabilidad de todos al cual todos los ciudadanos tienen el mismo derecho. Por todos Atria, Fernando, Larraín, "El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público", (Editorial Debate), 2013, pp. 179-190.

manera debe concurrir el rol del Estado en la sociedad para el pleno respeto y promoción de los DDFF.

Las personas y el Estado concurren con miras al logro de los fines de bien común, pero son los poderes democráticos por vía mayoritaria los que definirán la manera concreta de la concurrencia y colaboración. La relación entre persona y Estado significa una tensión entre la libertad de los sujetos y el rol estatal, pero estimamos que es la democracia la llamada a resolver o a fijar como se resuelve esta tirantez, examinando la necesidad de intervención del Estado, lo cual, por defecto, determina el rol de la persona y la comunidad.

Desde la perspectiva constitucional, el «principio de contribución» como sostén de la perspectiva social, lo podemos definir como el imperativo constitucional que establece el deber a los órganos públicos y a las personas de cooperar y colaborar conjuntamente hacia la realización de aquellos fines que la CPR les impone. Tiene diversos destinatarios: el Estado, la comunidad, las personas individual o colectivamente consideradas y el legislador democrático.

Para fijar el contenido del principio debemos considerar que contribuir es “ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin” (Rae). Es la acción que uno o varios sujetos llevan a cabo junto con otro u otros al logro de un objetivo. La idea principal es que hay actores que pueden estar en la situación de tener que cooperar y colaborar con otros, pudiendo ser incluso una obligación para algunos (por ejemplo para el Estado). El contenido de la colaboración (lo que cada sujeto debe realizar) puede o no estar reglado *a priori*, como también la intensidad y responsabilidad de ésta. Lo anterior significa que el contenido de la contribución puede ser un mandato amplio de contenido indeterminado (por ejemplo, tener como finalidad el Bien común) o un mandato colaborativo concreto de un contenido más definido (por ejemplo cuando se utiliza los vocablos promover, otorgar, desarrollar o perfeccionar); donde el grado de la colaboración (intensidad) y la responsabilidad de los colaboradores puede estar pre-definido (por partes iguales o desiguales) o no estar pre-fijado, siendo necesario un proceso de determinación (darle contenido al mandato de colaborar).

Para la determinación del contenido concreto de la contribución y de la participación del Estado recurrimos al principio de deliberación democrática. Es la democracia, bajo regla de mayoría, la que decidirá de que manera y en qué grado el Estado debe concurrir al cumplimiento de sus deberes constitucionales en materia social. Este criterio nos permite carecer de una posición prefijada del Estado, permitiendo abandonar las tesis del Estado residual o mínimo por antonomasia o las posiciones de Estado máximo como antítesis

de lo anterior o en consideración a posiciones ideológicas vinculadas a la estatalidad como bien en sí mismo.

El criterio aquí esbozado no es neutral ni aséptico. Reconoce la posición central de la persona, su libertad, al Estado como instrumento al servicio de la persona, la finalidad de éste con miras al bien común, pero de igual manera afirma que para la realización material de las personas bajo un fundamento igualitario, es decir, la construcción de una perspectiva social de sociedad exige que la persona, la comunidad y la entidad estatal concurren colaborativa y cooperativamente a la efectividad de los derechos sociales.

Deliberación democrática es nuclear para la definición de la corrección de las desigualdades. En ejecución de los mandatos constitucionales procede la determinación, por parte de los poderes públicos, de la intensidad de la concurrencia del Estado. Son los actores políticos elegidos democráticamente los llamados a dar efectividad concreta a los derechos fundamentales. Es la sede de congresales y el Ejecutivo los que precisarán el contenido constitucional de los derechos sociales. Son estos actores los que determinarán cuanto Estado es necesario para dar plena efectividad a los derechos sociales. La determinación de la intensidad estatal está sujeta, en consecuencia, a la perspectiva social, que busca la realización material de los sujetos bajo un fundamento igualitario. Esto quiere decir, que la política debe decidir cuanta realización material quiere y cuál es su parámetro de igualdad buscado. Al revés y en concreto, se debe definir el grado de corrección de desigualdad que se desea y los mecanismos para ello.

Lo anterior nos sitúa en otra arista de la perspectiva social y el principio de contribución, es decir, el cumplimiento del fin del Estado del bien común. El bien común es sostenedor de la perspectiva social. El bien común, y siguiendo a Peces-Barba, como la *“serie de bienes que los Estados deben proporcionar a sus miembros para facilitar su subsistencia, su bienestar o el desarrollo de su condición”*¹⁶. La realización material es una labor colaborativa entre la persona y el Estado, el cual debe generar las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno el acceso y preservación de bienes y servicios sociales, constituyéndose como el elemento distintivo de lo social. Esto se justifica en contextos de sociedades desiguales y con necesidades sociales, debido a que las personas no pueden acceder ni mantener una situación mínima suficiente (estándar de vida digno) o, accediendo a ellas, pueden sufrir menoscabos en

16 Peces-Barba, Gregorio, *Curso de teoría del derecho*, (Editorial Marcial Pons), 2000, p. 84.

la ejecución práctica del derecho (por ejemplo, sufrir discriminaciones por razón de sexo o edad en la atención de salud o educación de baja calidad).

Finalmente, la igualdad se sitúa como el fundamento de la propuesta. La interpretación de cuál debe ser el grado o intensidad de la corrección de las desigualdades debe responder a una política inclusiva y respetuosa de la diversidad (criterio democrático). Mientras existan desigualdades materiales y la urgencia de su corrección, se deben disponer los criterios con miras a corregir dicha situación de irregularidad. Para proceder a la corrección de la desigualdad es necesario que los poderes de representación política definan el grado o nivel de igualdad que desea lograr. Teniendo en consideración la mayor o menor intensidad de la igualdad buscada, se puede proceder a ponderar los argumentos que justifican las medidas adoptadas.

6. Conclusiones

El trabajo analiza el modelo de Estado social de cara al proceso constituyente en curso. Para ello examina el modelo de Estado subsidiario establecido en la Constitución de 1980 y cómo se debe caminar a uno que denomino «Estado en perspectiva social».

El modelo de Estado subsidiario, vigente en la actual Constitución, se extiende a tres puntos: i) que la subsidiariedad es un principio rector del orden social donde el motor de la sociedad son los privados, que interactúan individualmente o en asociaciones (grupos intermedios) como puede ser una empresa, una junta de vecinos o un centro de padres; ii) al Estado le corresponde un rol residual o mínimo, debiendo sólo intervenir en aquellas actividades en que los privados no quieran participar o no puedan realizar y iii) tal idea se liga a ciertos derechos constitucionales, en particular el derecho de asociación, el derecho a desarrollar actividades económicas y el derecho de propiedad, de modo que la empresa es el grupo intermedio relevante para que la sociedad se desarrolle.

Como modelo antagónico concurre el Estado social. Se sitúa con base a ciertos elementos básicos estructurales: i) mantención de la autonomía individual de los sujetos, aunque en constante tensión con la estatalidad; ii) papel preponderante del Estado (económico-social), en particular del poder ejecutivo (administración); iii) políticas redistributivas con el objeto de generar mayores cotas de igualdad; iv) garantías mínimas de subsistencia; v) consagración de derechos sociales para el logro de tales fines y, vi) marco democrático para su existencia, conservación y desarrollo.

Por su parte, el modelo en «perspectiva social» propuesto en el texto se sintetiza en los siguientes elementos: i) el establecimiento en la Constitución de la fórmula social; ii) la consagración de derechos sociales y su garantía en el texto constitucional; iii) el principio de contribución entre Estado, comunidad y personas como sostén del modelo, lo que importa colaboración y cooperación entre actores públicos y privados, iv) que para definir las desigualdades que se deben corregir es necesario habilitar al legislador democrático, con base a criterios redistributivos y solidarios de orden constitucional, para que determine el contenido e intensidad de la perspectiva social; iv) que, por último, se debe considerar la finalidad del bien común como un medio para la realización material de las personas, sostenido en un fundamento igualitario para la corrección de las desigualdades sociales.

EL DERECHO HUMANO AL AGUA FRENTE A LOS DESAFÍOS DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Christian Rojas Calderón¹

Resumen

En Chile existe una creciente y actual discusión en torno al agua en Chile. Ello se debe probablemente a dos factores: por los problemas permanentes y crecientes en el tiempo en torno a la propiedad del agua y su gestión; y a una evidente tendencia progresiva a una disminución significativa de los recursos hídricos, unido a la evidencia cada vez más abrumadora del cambio climático que afecta severamente este recurso, multidimensionalmente. En particular, un sector especialmente afectado es el mundo rural, que además de ser el más desprotegido y pobre en el país, se encuentra alejado de las cadenas o redes de abastecimiento, operando acá prácticamente un autoabastecimiento combinado con políticas asistenciales que se ha expresado desde 1964 hasta ahora en el “Programa de Agua Potable Rural” del Ministerio de Obras Públicas. Lo anterior, ha sido insuficiente, y ha generado un conjunto de respuestas y demandas de la sociedad en torno a la necesidad de la consagración del “derecho al agua” o “derecho humano al agua” potable, en cantidad y calidad suficientes para resguardar, a lo menos, la vida y la salubridad de la población, incluyendo el saneamiento.

Para enfrentar esta temática, será necesario analizar críticamente la forma en que se estructura el Derecho de aguas chileno, su régimen jurídico general y el especial (particularmente el de abastecimiento de agua potable

¹ Profesor Asistente de Derecho Administrativo, Universidad Adolfo Ibáñez. Licenciado en Ciencias Jurídicas (1998), U. de Valparaíso; Abogado (2000); Magíster en Ciencia Jurídica (2008) y Doctor en Derecho (2011), P. U. Católica de Chile. Investigador Asociado del Grupo de Regulación de Riesgos y Sectores Estratégicos (GRRISE) de la U. de Barcelona. Correo electrónico: christian.rojas@uai.cl.
Este artículo se realizó con apoyo de la Ayudante de Investigación doña Francisca Pizarro Cortés. Trabajo realizado con apoyo del Fondecyt Regular N° 1201783.

y saneamiento), el modo en que se inserta -sobre todo a partir de un origen desde el Derecho internacional- este derecho al agua o derecho humano al agua en ese contexto, para finalmente ver el modo en que podría incluirse este derecho en lo que se espera sea la Nueva Constitución Política.

1. La estructura del Derecho de aguas

1. Una continuidad histórica

Lo que en primer lugar se debe destacar consiste en que el régimen jurídico de aguas chileno, encuentra sus singularidades en su propia historia y en último término es continuador en sus características generales de la antigua regulación española.

La actual regulación de 1981 (pero con intensas modificaciones los años 2005 y 2018) es continuadora, esencialmente, del Código de Aguas de 1951. Dicho código encuentra su origen en el Proyecto de Código de Aguas de Rafael Moreno de 1927 y modificado en 1930 y 1936, el que a su turno se basó principalmente en la Ley de Aguas de España de 1879 y regulaciones chilenas vigentes a esa época que trataban tangencialmente el agua (Código Civil de 1855, Código de Procedimiento Civil de 1904, el Código de Minería de 1932, y la Ley 2.139 de Asociaciones de Canalistas de 1909).

Luego, es posible afirmar con cierta certeza que la matriz disciplinar² del Derecho de Aguas chileno se asienta, como por lo demás ya se ha señalado antes³, sobre lo siguiente: a) la calificación jurídica de las aguas como bienes públicos (artículo 5 y 6 CAg); b) un procedimiento concesional (artículo 130 a 147 ter CAg); c) creación de derechos de aprovechamiento de aguas, que es una especie del género derecho real administrativo (artículo 148 a 150 CAg); y d) una administración dual de las aguas (artículo 186 a 293 CAg), reconociendo a las organizaciones de usuarios como actores principales, y por supuesto también a la Dirección General de Aguas (del Ministerio de Obras Públicas), que complementa esa gestión y en algunos casos extraordinaria gestión/intervención administrativa (artículo 294 a 307 CAg).

2 En general, *matriz disciplinar* es el punto primordial en que se concentran al menos potencialmente todas las teorías, conceptos y leyes con que opera una comunidad científica determinada. González Navarro, F. (1989) "La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico". *Persona y Derecho* N° 21, p. 64.

3 Vergara Blanco, A. (1998) *Derecho de Aguas*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 23-26.

2. Un régimen jurídico complejo

A partir de lo antedicho, resulta ineludible referirse al marco normativo del Derecho de Aguas, a fin de establecer sus conexiones, y con ello proponer una explicación sistémica de su estatuto jurídico el que, debidamente relacionado con las normas correspondientes a partir de su legislación específica, pueda darnos cuenta plenamente de todas las conexiones que permitan construir un ordenamiento jurídico de las aguas coherente, que posibilite la construcción de su sistema jurídico, que por cierto va más allá de su mero Código particular.

Este se compone de los órdenes y disposiciones normativas que se pasan a señalar.

2.1. Constitución Política de la República

En primer término, el artículo 19 N° 23 inciso 1° CPR asegura a todas las personas “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”.

Como bien se sabe, las aguas son bienes nacionales de uso público, o bienes públicos, que son aquellos referidos en la disposición como bienes que pertenecen a la Nación; por lo cual existe un tratamiento jurídico distinto de ellas en tanto bien público.

En segundo lugar, el artículo 19 N° 24 inciso 1° CPR que asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”⁴. Pues bien, entre esas cosas incorporeales se encuentra incluido, desde luego, el derecho de aprovechamiento de aguas. De esta forma, la CPR afirma por la vía señalada, el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas.

No obstante, quiso ser mucho más explícita al respecto y dispuso sobre el particular, en el inciso final del N° 24 de su artículo 19, lo siguiente: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Con ello, se protege tanto las titularidades existentes y formalizadas, así como los usos consuetudinarios de las aguas. Pero, además, *implícitamente* confirma que sobre el agua no hay derecho de propiedad sino sólo sobre el derecho de aprovechamiento de aguas que es un título concesional de naturaleza administrativa.

⁴ Debe traerse a colación a este respecto el artículo 565 inciso 3° Código Civil conforme el cual “son cosas incorporeales las que consisten en meros derechos”.

2.2. Decreto Ley N° 2.603 de 1979

En segundo lugar y conectado con lo anterior, el D.L. 2.603 de 1979, en su artículo 7° contiene una presunción legal respecto de la titularidad del derecho de aprovechamiento de aguas a favor del dueño del inmueble en donde se estén utilizando las mismas.

Esto se conecta, evidentemente, con el reconocimiento de usos consuetudinarios respecto de las aguas; así como fundamento para regularizar el derecho mismo en cuanto título formal conforme el artículo 2° transitorio CAg.

2.3. Código de Aguas

Que constituye la tercera y principal fuente normativa pues en este cuerpo se encuentra la regulación más completa y general sobre las aguas continentales.

En efecto, el CAg (D.F.L. N° 1.122 de 1981) y que el año 2005 fue objeto de variadas e importantes modificaciones⁵ las que se profundizaron ahora este 2018⁶, sin perjuicio de otras de menos entidad, contiene el estatuto general de las aguas terrestres, sean éstas superficiales o subterráneas.

En relación a este pueden destacarse como características generales de dicho estatuto las siguientes: a) contiene una declaración expresa de publicación de las aguas terrestres que escurren por cauces naturales, sean superficiales o subterráneos; b) contiene un procedimiento administrativo relativo a la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas como a algunas cuestiones relativas a su ejercicio (como por ejemplo el cambio de fuente de abastecimiento o el traslado del ejercicio del derecho), así como a toda una serie de otras autorizaciones administrativas; y c) contiene un estatuto relativo a entes relacionados con el agua con poderes jurídico-administrativos (DGA y juntas de vigilancia de los ríos), y un estatuto relativo a entes relacionados con el agua con poderes fundamentalmente privados (asociaciones de canalistas y comunidades de agua).

A lo anterior, cabe agregar una amplia regulación acerca de aspectos vinculados al comercio jurídico privado de los derechos de aprovechamiento de aguas, como transferencias, sistema de garantías o gravámenes como hipotecas y servidumbres; formas de registro de los derechos; determinación del “caudal ecológico mínimo”; y pago de patentes por no uso. En fin, un conjunto de acciones de tipo jurisdiccional con respecto de las aguas a que tiene derecho.

5 Por medio de Ley N° 20.017, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2005.

6 Por medio de Ley 21.064, publicada en el Diario Oficial el 27 de enero de 2018.

2.4. D.S. 203 de 2014, Reglamento sobre exploración y explotación de aguas subterráneas

Otro cuerpo normativo pertinente, en materia de aguas subterráneas específicamente, es D.S. 203 de 2014, que contiene el Reglamento sobre Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas. Dicho texto es de capital importancia en esta materia, y fue dictado por la DGA en virtud de mandato emanado del legislador, en los artículos 58 y 59 del CAg⁷.

En este, principalmente, se reglamentan los procedimientos administrativos relativos a los requisitos de obtención de permisos de exploración de aguas subterráneas (distinguiendo las exploraciones efectuadas en inmueble de dominio privado y aquellos realizados en bienes nacionales o públicos, como el lecho de una quebrada); la constitución misma de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas; los medios de limitación a dichos derechos específicos; y se dispone una regulación y condicionamiento de la discrecionalidad técnica de la DGA en materia de aguas subterráneas.

Adicionalmente contiene normas específicas sobre comunidades de aguas subterráneas, que desde su dictación ha servido para la constitución de esta clase de comunidades; y también una regulación incipiente acerca de la recarga artificial de acuíferos incipiente⁸.

2.5. Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos

De capital importancia, pues los procedimientos administrativos en materia de aguas, son uno de los aspectos cruciales de esta regulación.

Esto se fundamenta en que la LBPA establece con carácter *básico* las condiciones mínimas, principios fundamentales y elementos esenciales que debe cumplir todo procedimiento administrativo⁹, entre ellos, el constitutivo de estos específicos derechos reales administrativos, como es el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA). Y adicionalmente, dado su carácter *general*, completa supletoriamente los vacíos de la regulación sea en general o en particular, para el caso que, existiendo una regulación sobre un procedimiento administrativo particular, algún

7 Sin embargo, es preciso señalar acá lo inadecuado técnicamente que resulta el hecho que, por medio de un acto administrativo de esta Dirección, se establezcan normas de tipo reglamentario de carácter general.

8 Críticamente se la analiza en Rojas Calderón, C. (2018) "Aspectos jurídicos sobre la Recarga Artificial de Acuíferos (RAA). Revisión desde el Derecho de aguas chileno, con referencia a España y Australia". *Ius et Praxis* Año 25 N° 2, pp. 151-188.

9 Cordero Vega, L. (2003) *El Procedimiento Administrativo*. Santiago: Lexis Nexis, p. 55

aspecto de este no haya sido normado; en otras palabras, en virtud de este carácter se integran los procedimientos en los cuales falta algún aspecto de la regulación básica¹⁰.

En el caso particular del CAg existe un procedimiento administrativo –así se denomina incluso el título I del libro II-, destinado a regular todos los procedimientos en materia de aguas en especial su párrafo 1° de *Normas comunes*, pero que en realidad no lo regulan completamente, como por ejemplo en materia de contabilización de plazos o en la amplia materia del sistema de recursos administrativos, en cuyo caso cobra protagonismo la aplicación de la LBPA y sus principales instituciones, aplicables en este ámbito¹¹.

De este modo la LBPA constituye una verdadera garantía para los administrados/particulares ante la administración pública sectorial que, entre otras pretensiones, solicitan la constitución de derechos de aprovechamiento de manera originaria en el procedimiento de esta clase que se sigue ante la DGA.

2.6. *Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA)*

En especial en lo que dice relación con la calidad y seguridad de las aguas, a través del desarrollo realizado en instrumentos jurídicos secundarios -nivel reglamentario-, incluidos los relativos a calidad y emisión ambientales con efecto fundamentalmente en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos superficiales. Aquellos inciden sobre todo en lo que dice relación con la gestión o parte operativa del Derecho de Aguas.

2.7. *Otras normas relacionadas específicamente*

Acá quieren destacarse aquellas con las cuales existe un vínculo jurídico formal, por reenvío las más de las veces, o material, dada la cuestión tratada en la regulación de aguas.

Entre ellas se pueden nombrar como las más importantes, las que siguen:

a. *El Código de Procedimiento Civil*

En materia de “recurso de reclamación” (artículo 137 inciso 2° CAg), y como cuerpo supletorio en todos los juicios de aguas (artículo 177 CAg).

b. *El Código Civil*

¹⁰ Cordero Vega (2003) 59.

¹¹ Morales Espinoza, B. (2005) “Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas”. *Actualidad Jurídica* (U. del Desarrollo) N° 11, pp. 233-234.

En relación a los modos de adquisición derivada de derechos de aprovechamiento de aguas, o la constitución de algunos gravámenes sobre los mismos como servidumbres o hipotecas, por disposición expresa del artículo 21 CAg y del artículo 69 CAg respectivamente.

Es oportuna para destacar también su artículo 595, que dispone de manera rotunda que “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.

c. Régimen especial de abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y saneamiento

Que tiene un régimen legal compuesto por un conjunto de normas de carácter legal y reglamentario hiperespecializadas, a saber: la Ley general de servicios sanitarios (DFL MOP 382/1988), la Ley de tarifas (DFL MOP 70/1988), la LO de Superintendencia de servicios sanitarios (Ley 18.902), la Ley de subsidios de agua potable y alcantarillado (Ley N° 18.778), y la Ley de empresas sanitarias estatales (Ley N° 18.885).

A ello se debe sumar un régimen reglamentario complejo compuesto por el Reglamento de la LGSS (D. MOP N° 1199/04), Reglamento de la Ley de tarifas (D. MINECON N° 453/89), Reglamento de la Comisión de expertos tarifarios (D. MINECON N° 385/00), Reglamento sobre adquisición de bienes y servicios en licitación pública (D. MOP N° 214/05), RIDAA de instalaciones domiciliarias de agua potable y alcantarillado (D. MOP N° 50/02), y Reglamento sobre subsidios (D. HACIENDA N° 195/98).

3. La atomización y la insuficiencia

En una evaluación preliminar cabe señalar que esta atomización indicada se expresa en que la anterior revisión -cabe aclarar- no contiene todas las normas referidas a las aguas, pero es suficientemente indiciario, expone un panorama regulatorio marcado por la atomización normativa e institucional. Ello genera una tematización, sectorialización y una verdadera lucha competencial marcadamente ineficiente, ineficaz, en donde campea la descoordinación, todo lo cual muchas veces termina conociéndose por los tribunales ordinarios sin conocimientos ni herramientas adecuadas para atender las complejidades del “mundo jurídico hídrico”.

Y, pese a lo anterior, esta insuficiencia se funda que al año 2021 se arrastra una crítica permanente y persistente en torno al cuerpo jurídico matriz del sector -el Código de Aguas-, vigente desde 1981, pese a haber sido reformado significativamente.

La primera oportunidad el año 2005 (por Ley N° 20.017) en la que cabe destacar la inclusión de los títulos sobre protección de aguas y cauces, el caudal ecológico y el pago de patente por no uso de aguas.

En la segunda oportunidad, el año 2018 (por Ley N° 21.064), se reforzó y complementó el carácter público de las aguas, se otorgaron en ese orden más atribuciones a la Dirección General de Aguas, y sobre todo se estableció un sistema de fiscalización más complejo, así como un sistema de incentivo al cumplimiento y sanciones a cargo de la misma Dirección.

Veremos que esto se conecta con nuestro tema central.

2. El consenso en torno a la inserción del derecho al agua o derecho humano al agua

Esa atomización e insuficiencia indicados se expresa en muchos ámbitos, pero claramente donde ha tenido su máxima expresión ha sido en torno al derecho al agua o derecho humano al agua.

1. El desarrollo de la idea y concreción del derecho al agua o derecho humano al agua

A partir del 28 de julio de 2010, por medio de la Resolución N° 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) se reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todas y todos¹².

A su turno, la Observación General N° 15 del año 2003 al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) aborda el agua como un derecho humano. Allí se define como: “El derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

Entonces se trata de *un derecho social, prestacional, expresado en la materialidad del acceso al agua y saneamiento, que debe ser satisfecho -o garantizada su*

¹² ONU (2010) “Asamblea general. A/res/64/292”. Disponible en https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S [10 de abril de 2021]

satisfacción- por los Estados, en condiciones de cantidad y calidad adecuadas, y su imprescindible saneamiento, con el objeto de mantener las condiciones ecosistémicas del agua de manera tal que no se afecte al medioambiente en el cual, por lo demás, viven los destinatarios.

Luego, estas características o exigencias se completan y explican del siguiente modo¹³:

a) Sea suficiente: El abastecimiento de agua por persona debe ser suficiente y continuo para el uso personal y doméstico. Estos usos incluyen de forma general el agua de beber, el saneamiento personal, el agua para la preparación de alimentos, la limpieza del hogar y la higiene personal. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona/día, para garantizar que se cubren las necesidades más básicas y surjan pocas preocupaciones en materia de salud.

b) Sea saludable: El agua necesaria, tanto para el uso personal como doméstico, debe ser saludable; es decir, libre de microorganismos, sustancias químicas y peligros radiológicos que constituyan una amenaza para la salud humana. Las medidas de seguridad del agua potable vienen normalmente definidas por estándares nacionales y/o locales de calidad del agua de boca. Al efecto, las guías para la calidad del agua potable de la Organización Mundial de la Salud (OMS) proporcionan las bases para el desarrollo de estándares nacionales que, implementadas adecuadamente, garantizarán la salubridad del agua potable; y en el caso de Chile, esto se encuentra regulado a través de un conjunto de normas técnicas oficializadas (es decir, convertidas en jurídicas) que se analizan más adelante.

c) Sea aceptable: El agua ha de presentar un color, olor y sabor aceptables para ambos usos, personal y doméstico. Asimismo, todas las instalaciones y servicios de agua deben ser culturalmente apropiados y sensibles al género, al ciclo de la vida y a las exigencias de privacidad.

d) Sea físicamente accesible: Todo el mundo tiene derecho a unos servicios de agua y saneamiento accesibles físicamente dentro o situados en la inmediata cercanía del hogar, de las instituciones académicas, en el lugar de trabajo o las instituciones de salud. De acuerdo con la OMS, la fuente de agua debe encontrarse a menos de 1.000 metros del hogar y el tiempo de desplazamiento para la recogida no debería superar los 30 minutos.

¹³ ONU (en línea) “Decenio internacional para la acción ‘El agua fuente de vida’ 2005-2015”. Disponible en https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml [10 de abril de 2021]

e) Sea asequible: El agua y los servicios e instalaciones de acceso al agua deben ser asequibles para todos. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que el coste del agua no debería superar el 3% de los ingresos del hogar

Siguiendo a Bertazzo -en una expresión notable-, el derecho humano al agua implica “en anclar la tutela del acceso al agua potable a la teoría y a la práctica de los derechos humanos”¹⁴. En este sentido, ya sea a través del derecho internacional o del derecho humanitario, es una tendencia jurídica.

Y es precisamente esta perspectiva la que debiera nutrir la acción estatal. Como señalan Álvez y Castillo, “El hecho de desarrollar el argumento desde la perspectiva de los derechos humanos otorga mayor prioridad política a la temática de recursos hídricos y propone exigibilidad de estándares mínimos por parte de los ciudadanos al Estado”¹⁵.

A mayor abundamiento son numerosas las constituciones alrededor del mundo que usan esta expresión o alguna similar.

Si miramos los textos fundamentales existentes en el mundo -conforme un estudio del Centro de Derecho y Gestión de Aguas de la UC que abarcó 190 constituciones políticas-, en la mayor parte se menciona al agua; no obstante, sólo una menor proporción se refieren al derecho de acceso a agua potable. Particularmente en las constituciones de América, sólo Bolivia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Perú y Uruguay hay un reconocimiento explícito al derecho humano al agua y/o saneamiento¹⁶.

Pues bien, en este punto cabe indicar la distancia que puede haber entre la mera declaración y la efectiva satisfacción de este derecho, cuestión que siempre debe estar en el foco de los poderes estatales (cada uno en su rol), en especial de la Administración Pública.

2. Los informes que ponen su centro de atención en el DHA

Lo anteriormente explicado no constituye una novedad, y podría afirmarse que existe un consenso total acerca de este tópico.

14 Bertazzo, S. (2015) “La tutela del acceso al agua potable en el Derecho Internacional”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte (RDUCN)* Año 22 N° 2, p. 57.

15 Álvez, A. y Castillo, R. (2020) “El derecho humano al agua”. Serie comunicacional CRHIAM. Disponible en <https://www.crhiam.cl/series-comunicacionales/#prettyPhoto> [20 de junio de 2021]

16 Centro de Derecho y Gestión de Aguas UC (2021) “El agua en las Constituciones de América”. *Huella Hídrica* N° 22, pp. 5-6. Disponible en <http://derechoygestionaguas.uc.cl/es/documentos/new/285-hh22vff/file> [20 de junio de 2021]

2.1. Informes del Banco Mundial

Valga al efecto recordar lo que se expresó en sendos informes del Banco Mundial respecto de los recursos hídricos en Chile en el año 2011 y 2013¹⁷.

En ambos, se recomendó -entre muchas medidas de corrección-, actualizar el marco legal vigente para adoptar e implementar el derecho humano al agua y saneamiento, incrementando la seguridad hídrica. Esto incluye revisar la legislación relacionada con la temporalidad y causales de extinción de los derechos de aprovechamiento de agua, con el fin de enfrentar una realidad hídrica y climática cambiante.

2.2. El informe de la “Mesa Nacional del Agua”¹⁸

En medio de la mayor sequía que ha vivido el país desde que se tenga registro, con enormes impactos en las regiones ubicadas entre Atacama y Maule -del norte al centro sur del país-, en octubre de 2019 el Presidente de la República convocó a la “Mesa Nacional del Agua”, como una instancia de carácter público-privado cuya misión es la búsqueda de soluciones de mediano y largo plazo para enfrentar esta crisis hídrica.

El primer informe fue entregado en el mes de enero de 2020, y contiene los resultados del trabajo realizado, señalando los principales desafíos en materia de aguas.

Después del trabajo realizado, la Mesa Nacional del Agua consensuó que el país se enfrenta a tres principales desafíos en materia de aguas, los que se descomponen en 12 ejes temáticos. Dichos ejes son consistentes con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), que presenta un camino hacia el desarrollo sostenible de los Estados, el cual se plasma en 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS). El ODS N°6 en particular, busca “garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”.

Los tres desafíos principales que identificó la Mesa son los siguientes: Seguridad hídrica; Calidad de las aguas y ecosistemas relacionados; y Marco legal (y sus reformas).

17 Banco Mundial (2011) “CHILE. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos”. Disponible en <https://documents1.worldbank.org/curated/en/452181468216298391/pdf/633920ESW0SPANoleoGRHofinaloDRoREV-odoc.pdf> [20 de junio de 2021]
Y también Banco Mundial (2013) “Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua en Chile”. Disponible en <https://documents1.worldbank.org/curated/en/728921592935741966/pdf/Chile-Institutional-Framework-of-Water-Sector.pdf> [20 de junio de 2021]

18 El texto completo del primer informe de la Mesa Nacional del Agua puede verse en https://www.mop.cl/Prensa/Documents/Mesa_Nacional_del_Agua_2020_Primer_Informe_Enero.pdf [30 de enero de 2021]

En particular, y directamente relacionada con nuestra temática, la Seguridad Hídrica -entendida como la provisión confiable y oportuna de agua en cantidad y calidad, primero para el consumo humano y luego para la conservación de los ecosistemas hídricos y la producción de bienes y servicios-, comprende los siguientes ejes temáticos:

a. Acceso universal al agua y al saneamiento.

Un elemento esencial para lograr la seguridad hídrica es el impulso de un plan con metas, plazos y recursos presupuestarios que permita alcanzar el 100% de cobertura en agua potable y saneamiento en las zonas rurales concentradas y semi concentradas -incluyendo lo que hoy se conoce como sistemas de Agua Potable Rural-, de la forma más efectiva posible dadas las limitaciones hídricas.

Asimismo, se hace necesario asegurar que los nuevos desarrollos inmobiliarios urbanos y rurales se hagan responsables de las demandas de agua proyectadas y que cuenten con fuentes de agua suficiente para su abastecimiento, tanto dentro como fuera de los territorios operacionales concesionados.

La seguridad del agua para el consumo humano requiere además una modernización de la regulación para las empresas de servicios sanitarios, acorde al nuevo escenario hídrico que enfrentamos en el país. Se requiere asegurar la inversión en obras e incorporación de nuevas fuentes para dar mayor resiliencia a los sistemas frente al cambio climático, y generar mecanismos para reducir las ineficiencias en las redes.

b. Plan de infraestructura hídrica e incorporación de nuevas fuentes de agua.

Una política hídrica para el Chile de hoy debe dar lineamientos que estimulen la inversión pública y privada para el desarrollo equilibrado y sustentable de nuevas fuentes de aguas, tales como la desalinización, reúso de aguas servidas tratadas, recolección de aguas lluvias e infiltración artificial de acuíferos. Para ello se requiere abordar aspectos regulatorios que permitan diseñar normas que generen un sano equilibrio entre el cuidado ambiental, la prioridad del agua para las personas y los incentivos para la inversión privada de última tecnología, como también la adopción de medidas de gestión pública que vayan en la dirección correcta.

c) Planificación Estratégica de Cuencas.

Existe amplio consenso en que la unidad que se debe gestionar es la cuenca

y que, por lo tanto, los balances hídricos y las condiciones de calidad de las aguas deben levantarse a nivel de esas unidades. Para esto se sugiere impulsar como un eje temático de la política la elaboración de planes de cuenca que, respetando la diversidad geográfica e hidrológica de las mismas, permitan simular y pronosticar sus capacidades para distintos escenarios de cambio climático. Estos planes se debieran reconocer como un instrumento de mitigación y adaptación al cambio climático y, también, como el punto de partida para una gestión integrada del recurso hídrico.

Sin embargo, estos planes no alcanzan a ser lo que se conoce como el mejor modelo -probablemente-, de gestión de recursos hídricos, que es la Planificación Hidrológica (PH) la que al mismo tiempo es normativa y técnica, hacia la cual debiera avanzarse decididamente.

3. El sistema de abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y su tratamiento¹⁹

1. Sus antecedentes, hasta su actual configuración

Si bien hay antecedentes durante el siglo XIX pero a nivel de empresas y gobiernos locales –lo que hoy casi no existe²⁰–, el control del servicio sanitario se inicia en forma en Chile, del modo como se encuentra configurado hoy, a partir de la estructuración propia que le da un Estado unitario y predominantemente centralizado.

Desde luego, es posible señalar que sus características esenciales se encuentran definidas a partir de su carácter de *servicio público*, y por la provisión de bienes y servicios imprescindibles para la calidad de vida de las personas, como son el abastecimiento de agua potable y recogida de vertidos, configurado fundamentalmente como un sistema integrado de sistemas sanitarios de producción y distribución de agua potable, y de recolección y disposición de aguas servidas²¹.

19 Una versión previa de esta parte se puede ver en Rojas Calderón, C. (2020) “El sistema de abastecimiento de agua potable y saneamiento en Chile. Estado actual e innovaciones a partir de la Ley 21.075 de 2018 sobre Recolección, reutilización y disposición de aguas grises”. Setuáin Mendía, B. Directora. *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 460-467.

20 Una excepción es la empresa SMAPA (Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado), empresa sanitaria de la Municipalidad de Maipú, ubicada al surponiente de Santiago, siendo el segundo operador del sector sanitario en la Región Metropolitana, al abastecer a casi un millón de habitantes. www.smapa.cl

21 Vergara Blanco, A. (2018) *Derecho Administrativo Económico. Sectores regulados: servicios públicos, territo-*

En un intento de mostrar un desarrollo evolutivo, es posible sostener que antes de 1977 se tenía una estructura fragmentaria y precaria, esencialmente estatalizada. A partir de 1977 se unifica en el Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS) creado como sociedad controladora de once sociedades subsidiarias regionales y dos empresas autónomas en Santiago y Valparaíso que fueron modernizadas, aumentando la cobertura de agua potable de un 78% al 98%, y la cobertura de saneamiento pasó del 52% al 82%²².

Posteriormente de 1988 a 1998, se produce un proceso de modernización y regulación pública, forzada por la externalización del servicio a empresas concesionarias de este servicio público. De especial relevancia es la Ley General de Servicios Sanitarios –D.F.L. N° 382 publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 1989-, que regula el funcionamiento del sector y permite la participación privada en las empresas de las -a esa fecha- trece regiones en que se encontraba dividido administrativamente del país.

Complementariamente, se dictó la Ley N° 18.778 de 1989, que estableció un subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas, que favorece a usuarios residenciales de escasos recursos. En 1990, y mediante la Ley N° 18.902, se creó el ente regulador denominado Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)²³.

En 1998 se modifica el marco regulatorio del sector sanitario con la Ley N° 19.549, permitiendo el ingreso de capitales privados a las sanitarias, corrigiendo fallas regulatorias y aumentando las potestades reguladoras y fiscalizadoras de la SISS, lo que obligó a una reestructuración y a un incremento del personal. El motivo declarado fue el de aumentar la eficiencia de las empresas, mejorar la calidad del servicio y crear una fuente de ingresos para poder financiar el tratamiento de aguas servidas²⁴.

En adelante se ha mantenido la estructura básica institucional del sector que se basa en el abastecimiento privado, subsidio a la demanda y regulación por una agencia pública y autónoma.

rio y recursos naturales. Santiago: Thomson Reuters, pp. 95-104.

22 Caldés Contreras, G. (2015) *La industria sanitaria en Chile de cara al siglo XXI*. Santiago: RIL Editores, pp. 34-48.

23 Desde los sectores de electricidad y telecomunicación, se adoptó un modelo innovador de regulación tarifaria, en el cual se estima el nivel eficiente del costo a través de una compañía modelo. Este costo estimado se usa como punto de referencia para la fijación de tarifas de las empresas sanitarias.

24 Caldés (2015) 61-74.

2. El servicio público de abastecimiento de agua potable y recogida de vertidos, después de la privatización o liberalización

A partir de la década de los años '80 del siglo XX se inicia un proceso de *privatización* o *liberalización* de los servicios públicos, antes monopolizadas por el Estado con publicación de la actividad incluida; los que ahora comienzan a considerarse actividades libres pero reguladas, ampliándose de este modo la esfera de actuación económica de los particulares²⁵. Y especialmente en el caso chileno, puede decirse que se realizó una privatización “a la inglesa”, aprovechando al máximo el capital e impulso privados, y reduciendo de paso el estatismo excesivo²⁶.

A mayor abundamiento, se reconoce normativamente la noción de *servicios de utilidad pública*, específicamente en el artículo 19 N° 16 inciso 6 de la CPR, para referirse a aquellas actividades donde se reserva una titularidad pública de la actividad o de sectores de ella en cuyo caso será necesario obtener la concesión respectiva, mientras que en los demás aspectos de la actividad se implementan técnicas de supervigilancia e informes regulares, lo que en términos estrictos es únicamente la vieja policía administrativa o en términos modernos la actividad de ordenación. En este caso –y otros-, la regulación de las actividades correspondientes a dichas áreas impone *obligaciones o cargas de servicio público*, con el objeto de garantizar que la actividad se preste bajo condiciones predeterminadas de calidad, precio o tarifa y en igualdad de acceso a los usuarios²⁷.

Dada la privatización o liberalización de los servicios públicos de régimen prestacional de titularidad originalmente estatalizada y, por consiguiente, perdida esa posición es que se da pie para que surja como alternativa un régimen de regulación de servicios económicos de interés general; cambiándose el eje central desde la titularidad a la del régimen jurídico, constituyéndose un verdadero Derecho de la regulación de actividades económicas, que desplaza al régimen de actividad administrativa de prestación, y que debe atender intereses generales de toda la población²⁸; este fenómeno, se ha generado a partir de

25 Rojas Calderón, C. (2014) “La categoría jurídica de los ‘servicios privados de interés público’. El caso de las juntas de vigilancia de ríos”. *Revista Chilena de Derecho (RChD)*, Vol. 41 N° 1, pp. 176-180.

26 De la Cuétara, J. M. (1997) “Tres postulados para el nuevo servicio público”. Ariño, G. / De la Cuétara, J. M. / Martínez López-Muñoz, J. L. *El nuevo servicio público*. Madrid, Marcial Pons, p. 119.

27 Rojas Calderón, C. (2016) *La distribución de las aguas en el Derecho. Ordenación y servicio público en la administración hídrica y en las juntas de vigilancia de ríos*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 279-284.

28 Esteve Pardo, J. (2018) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, pp. 465-466

la recepción en Europa continental del modelo de regulación tras la pérdida de posiciones de dominio y titularidad estatalizado en toda una serie de sectores económicos con marcada presencia e interés públicos²⁹.

En este sentido, esta actividad es fundamento y explicación, ya no un Estado de Policía ni un Estado del Bienestar, sino de un *Estado garante* de intereses generales frente a la actividad de empresas privadas que funcionan en régimen de mercado y competencia, en aquellos sectores que tienen relevancia para la sociedad y sus habitantes, que habitualmente se corresponden con servicios esenciales, y garantizando que en ellos se realicen prestaciones básicas, conforme reglas jurídicas de operación³⁰.

3. La situación actual del abastecimiento de agua potable y saneamiento, y los problemas pendientes de solución o desarrollo

Entonces, en este marco general, pero con la vigencia ya por casi 15 años de una sequía persistente, ha dirigido las miradas a las “nuevas fuentes de agua” como una necesidad, para hacer sostenible o sustentable el actual sistema.

En Chile, la vía de las “nuevas fuentes de agua”, se ha ido transformando progresivamente en una solución técnica que permite garantizar un abastecimiento continuo y de calidad de recursos hídricos. Especialmente en zonas de escasez hídrica o sequía normal o estructural, donde las nuevas fuentes de agua coadyuvan a proveer soluciones innovadoras frente al desafío del cambio climático, en un contexto –además– de lucha por el territorio y el agua en especial. Esto es consistente, además, con lo informado por el Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) en esta materia, y en particular refiriéndose a los recursos hídricos señala que en muchas regiones, las cambiantes precipitaciones o el derretimiento de nieve y hielo están alterando los sistemas hidrológicos, lo que afecta a los recursos hídricos en términos de cantidad y calidad³¹. Más recientemente, el World Resources Institute (WRI) elaboró un ranking mundial del estrés hídrico de los países, en el que Chile

29 Esteve Pardo, J. (2010) “La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)”. *Revista de Administración Pública (RAP)* N° 183, pp. 298-299.

30 Esteve Pardo (2018) 466.

31 Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC (2014) “Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas”. Disponible en http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/ar5_wgII_spm_es.pdf [15 de mayo de 2021]. El próximo informe será entregado el 2022.

aparece como líder de la categoría “alto riesgo”, que aparece justo después de 17 países que se encuentran en un peligro “extremadamente alto”, quedando Chile en el puesto 18 en el listado global³².

Los resultados apuntan a que la relación entre la demanda de agua y la cantidad disponible en el territorio es peligrosa en el mediano y corto plazo para los países bajo dicha categoría.

Adicionalmente, gracias a los numerosos avances en tecnología de membranas de dichas plantas, la desalación se ha vuelto mucho más eficiente obteniendo el 55% de su agua para uso doméstico de la desalación, pasando de ser uno de los países más secos del mundo en un impensable gigante del agua, con capacidad hasta para “exportar” agua.

Todo esto forma un panorama caracterizado por una condición normalmente deficitaria de recursos hídricos, que fundamenta la atención de las autoridades públicas, los privados y, por cierto, también del Derecho.

Esto resulta especialmente relevante en miras de la mantención de la garantía del “derecho humano al agua”, en cuanto concretización de un derecho subjetivo público con fuerte contenido sanitario en sus tres etapas: abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y saneamiento por un lado; y por otro con contenido social, respecto de lo cual Chile puede mostrar altos índices de cumplimiento (en sectores urbanos), el que a su vez es resultado de una política pública que se concretó en una regulación consistente en materia de servicios de abastecimiento de agua potable y recogida de vertidos, desarrollada directamente por la Administración Pública a través del programa gestionado por la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y también como una verdadera carga administrativa impuesta a las empresas sanitarias (privadas), concesionarias del servicio público.

Ello ha permitido sostener con justa razón, las bondades del “modelo chileno” en este campo –de orden liberal, pero fuertemente regulada-, que sin embargo sólo resulta sostenible en la medida que se pueda seguir respondiendo a la demanda creciente. Y es especialmente problemático, pues el modelo chileno ha operado desde hace mucho tiempo en base a la oferta, por tanto, sin atender a las necesidades de la población o de sectores industriales, sino sólo en base a la existencia o disponibilidad; permitiendo

32 World Resources Institute. WRI (2019) “17 countries, home to one-quarter of the world’s population face extremely high water stress”. Disponible en <https://www.wri.org/blog/2019/08/17-countries-home-one-quarter-world-population-face-extremely-high-water-stress> [15 de mayo de 2021]

de este modo una visión individualista y no colectiva, por lo mismo no sustentable³³.

Esto es especialmente relevante en el desafío de una efectiva cobertura en el ámbito rural (a lo menos el concentrado), lo que está haciendo crisis.

Y otro pendiente, es lo *muy poco* que se ha avanzado en materia de proyectos normativos para reaccionar institucionalmente ante la sequía, especialmente para el desarrollo de las denominadas “nuevas fuentes de agua” aprovechando los avances que se han hecho en materia de desalación³⁴, o los que se están explorando en materia de aguas recuperadas de vertidos del sistema de agua potable -aguas grises-, particularmente cuando aparecen como soluciones o complementos necesarios a la utilizada hasta el extremo, agua continental superficial y subterránea³⁵.

4. Los grandes olvidados y excluidos

De acuerdo a las últimas estimaciones del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), al año 2019 un 88,4% de la población en Chile era urbana y un 11,6% de la población era población rural³⁶. Pues bien, en el marco analizado del sistema de abastecimiento de agua potable y saneamiento en Chile, el servicio de agua potable que se realiza a nivel rural es prestado o administrado por los propios beneficiarios del mismo, alcanzando una cobertura de poco más de un 50% pero con un bajísimo 10% de saneamiento.

Esto tradicionalmente se hacía con un régimen jurídico muy precario, lo que se ha visto modificado por Ley N° 20.998 de 2017 sobre Servicios Sanitarios Rurales que enseguida se analizará.

33 Lillo, M./ Godoy, A./ Rivera, D. (2021) “Agua 4.0: una forma de enfrentar el riesgo climático en Chile y avanzar hacia la seguridad hídrica”. *Ciper Académico/ Análisis*. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2021/02/27/agua-4-0-una-forma-de-enfrentar-el-riesgo-climatico-en-chile-y-avanzar-hacia-la-seguridad-hidrica/> (en línea)

34 Sobre ello, ordenados cronológicamente, *favorablemente* Rojas Calderón, C. y Delpiano Lira, C. (2016) “Algunas consideraciones jurídicas sobre la desalación de agua de mar. Caracterizaciones y problemas iniciales”. *Revista de Derecho Administrativo Económico (RDAE)* N° 23, pp. 107-128; y *desfavorablemente* Álvez, A. y otros (2020) “At the crossroads: can desalination be a suitable public policy solution to address water scarcity in Chile’s mining zones?”. *Journal of Environmental management* N° 258, pp. 1-12.

35 Embid Irujo, A. (2010) “Cambio climático y recursos hídricos. Aspectos jurídicos”. García, M.P./ Amaya, O. Comps. *Derecho y cambio climático*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, pp. 51-56.

36 Instituto Nacional de Estadísticas. INE (2019) “Estimaciones y proyecciones de la población de Chile 2002-2035”. Disponible en https://www.ine.cl/docs/default-source/proyecciones-de-poblacion/publicaciones-y-anuarios/base-2017/ine_estimaciones-y-proyecciones-2002-2035_base-2017_reg_C3%Airea_s%C3%ADntesis.pdf?sfvrsn=aaeb88e7_5 [20 de junio de 2021]

4.1. Provisión tradicional del sistema de agua potable rural (APR)³⁷

Esta situación se encuentra concretada en organizaciones de particulares que forman un sistema de agua potable rural (conocidos por su acrónimo APR) conformados en su mayoría a partir de *comités* formados al alero de la Ley de Juntas de Vecinos, y también por medio de *cooperativas* al alero esta vez de la Ley General de Cooperativas, a través de las cuales se posibilita la prestación de estos servicios en áreas calificadas como rurales conforme con los respectivos instrumentos de planificación territorial.

A través de este sistema se han construidos los sistemas de agua potable y saneamiento rural –por casi 50 años en Chile-, en cuya virtud se ha implementado una infraestructura considerable, realizada por el Programa estatal. En este orden de cosas, conforme estudio de la Fundación Amulén se aportan numerosos datos³⁸:

Desde sus inicios en 1964 hasta 2018, el Programa de Agua Potable Rural ha brindado infraestructura de APR a 1.875 poblados concentrados y semiconcentrados, atendiendo a 1.787.916 beneficiarios y aumentando la cobertura de agua rural desde 6% en 1960 a 52,3% en el año 2018.

El porcentaje de cobertura de abastecimiento de agua potable en zonas rurales es heterogéneo en todo el territorio nacional, variando desde un mínimo de 28,8% en la Región de La Araucanía a un máximo de 86,2% en la Región de O’Higgins. La macrorregión central presenta la cobertura promedio más alta, con 69,5%, seguida por la macrorregión norte, con 53,8%. En fin, la macrorregión sur presenta la menor cobertura promedio, alcanzando un 39,4%.

Ello significa que el 47,2% de la población rural no cuenta con un abastecimiento formal de agua potable; esta se encuentra en localidades semiconcentradas y localidades dispersas, entre las regiones que poseen una mayor proporción de población con fuentes informales, se encuentran La Araucanía (71%), Biobío (68%), Los Lagos (64%) y Los Ríos (62%).

Esta población rural sin abastecimiento formal tiene acceso a agua a través de las siguientes fuentes informales: agua superficial (río, vertiente, estero o lago), subterránea (pozos) y camiones aljibes, en aquellos casos en los cuales no hay fuentes superficiales o subterráneas disponibles. La fuente informal

37 Sobre esto, puede revisarse a Rojas Calderón, C. (2014) “Particularidades del servicio de abastecimiento de agua potable. El servicio privado de interés público en los sistemas de agua potable rural (APR)”. *Revista de Derecho Administrativo Económico (RDAE)* N° 18, pp. 7-44.

38 Amulén. La fundación del agua (2019) “Pobres de agua. Radiografía del agua rural en Chile: Visualización e un problema oculto”, pp. 30-38. Disponible en <https://cambioglobal.uc.cl/proyectos/289-pobres-de-agua-radiografia-del-agua-rural-en-chile> [25 de julio de 2021]

más importante a nivel nacional es agua subterránea (58,8%), seguida de fuentes superficiales (25,8%) y, por último, camiones aljibes (15,4%).

Ahora, si bien la construcción de los sistemas la ha realizado el MOP a través del Programa de Agua Potable Rural, su operación ha sido efectuada por privados organizados bajo las formas de comité y cooperativas, los primeros representando un 90% de las organizaciones comunitarias, mientras que el 10% restante corresponde a la segunda forma de organización reguladas por normativas jurídicas distintas, presentado resultados bastante heterogéneos.

Claro, el sistema ha funcionado especialmente a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Servicios Sanitarios, sin embargo ello ha ocurrido hasta ahora más bien por un ejercicio de “gasfitería jurídica”, más bien por la buena “voluntad” de las concesionarias, que por la regularidad. De todas maneras, es justo destacar que en este tiempo se ha actuado con generosidad con el fin de solucionar el problema de acceso al vital elemento, que es la finalidad en cualquier caso.

En especial, esto se fundamentó en la carga impuesta a las empresas concesionarias de servicios sanitarios de conformidad con lo establecido en el artículo 2° Transitorio de la Ley N° 19.549 de 1998 –modificatoria del D.F.L. 382 de 1989, Ley General de Servicios Sanitarios-, de prestar asesoría técnica y administrativa a los sistemas de APR, en los términos y condiciones que dicho cuerpo legal dispone.

A su turno, el artículo 52 bis de la Ley General de Servicios Sanitarios (LGSS) establece prestaciones en el ámbito rural, disponiendo que, en forma excepcional, se permite a las concesionarias de servicios públicos sanitarios suministrar prestaciones en el ámbito rural, bajo la condición de no afectar o comprometer la calidad y continuidad de los servicios públicos sanitarios que son de su responsabilidad. En este caso, tales prestaciones se enmarcaron en el ámbito de prestaciones relacionadas no obligatorias y regidas por las normas del Derecho privado, no están sujetas a tarifas fijadas por la autoridad, y a los derechos y obligaciones de los usuarios y a las concesionarias no les son aplicables las normas que rigen la prestación de los servicios públicos sanitarios.

Como fue explicado, a través del Programa de Agua Potable Rural se ha contribuido al fortalecimiento de la organización comunitaria, desde el momento en que son los propios comités o cooperativas de agua potable rural quienes administran, operan y mantienen su servicio.

En general, puede señalarse que los Sistemas de APR no contaban con una regulación jurídico-institucional propia o integral, contenida en un solo cuerpo normativo, y no están sujetos al cumplimiento del régimen de concesiones sanitarias. Se forman y constituyen como un servicio particular, bajo la forma de un comité o cooperativa u otra figura jurídica que acuerden los interesados, obteniendo los permisos de funcionamiento del Ministerio de Salud, a través de los respectivos Servicios de Salud del Ambiente.

No obstante, estos sistemas rurales deben cumplir con las normas sobre calidad de los servicios y las normas técnicas respectivas. Asimismo, su régimen tarifario se regula por las disposiciones estatutarias de cada comité o cooperativa. Y, finalmente, la fiscalización de la calidad de los servicios corresponde a los Servicios de Salud del Ambiente del Ministerio de Salud.

Pues bien, ocurre que en el caso de los Sistemas de APR –en virtud de las competencias asignadas-, estamos ante la clara presencia de una actividad concretada en prestaciones de tipo específico. Esta actividad era prestada de manera libre, sin habilitación administrativa más que en lo relativo al registro de las formas organizativas –comité o cooperativa-, que se haya elegido en esta específica organización privada. De todas maneras, se encuentran sujetos a supervigilancia aunque con algunas particularidades, de la Dirección de Obras Hidráulicas, del Ministerio de Salud o de la Superintendencia de Servicios Sanitarios o la Dirección General de Aguas, dependiendo del área o sector.

En dicha virtud, a lo menos en este sentido y respecto de las actividades que realiza, desarrollan estas acciones con claros caracteres de un *servicio privado de interés público* (SPIP), pues existen en la actividad desarrollada por los APR claros caracteres y aplicación de las reglas de funcionamiento de los servicios públicos por lo que las actividades que realizan debe sujetarse a las reglas de funcionamiento de todo servicio público -como son la continuidad, regularidad, igualdad y universalidad-, los que en cada caso adquirirán sus especificidades propias.

En particular, la titularidad de los sistemas de APR por comités o cooperativas concreta en los propios operadores -que al mismo tiempo son los usuarios organizados y constituidos al efecto-, unas claras obligaciones o cargas de servicio público general de carácter legal como las vistas.

4.2. *Provisión por nuevos Servicios Sanitarios Rurales (SRR)*³⁹

La Ley N° 20.998, que regula los Servicios Sanitarios Rurales, publicada el 20 de noviembre del año 2017, propone sustituir el actual sistema desregulado o regulado tangencialmente como se expuso, reemplazando lo existente por un verdadero servicio público. No obstante, queda a medio camino esa pretensión.

Con la vigencia de esta Ley, se ha indicado que se avanza en forma significativa para garantizar el abastecimiento de agua potable y saneamiento para los habitantes del sector rural de Chile, se reconoce a las organizaciones sociales como los operadores y administradores de los servicios sanitarios en su territorio y establece el rol del Estado como proveedor de la infraestructura, ejecutando obras para servicios existentes y nuevos.

El Ministerio de Obras Públicas entregará una Licencia a los comités y cooperativas de agua potable rural existentes, que los autoriza para proveer los servicios de agua potable y saneamiento en un área geográfica delimitada y que establece sus derechos y obligaciones.

Además, al MOP le corresponde mantener un registro público de los operadores de servicios sanitarios rurales, con las licencias y la información relevante de cada servicio, y todos los comités y cooperativas existentes deberán inscribirse en el plazo de 2 años.

En la Dirección de Obras Hidráulicas del MOP, se crea la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales con nuevas funciones entre las cuales se destaca la ejecución de la política de asistencia y promoción de las organizaciones sociales, capacitando, apoyando, asistiendo y asesorando a los servicios sanitarios rurales, en el proceso de implementación de la Ley y en el pleno funcionamiento de los Servicios Sanitarios Rurales del país.

La ley sin embargo tuvo un período de vacancia, hasta que se dictó el 19 de octubre de 2020, se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 50 del Ministerio de Obras Públicas, el cual contiene el Reglamento de la Ley N° 20.998 que regula los Servicios Sanitarios Rurales.

La publicación de este reglamento, permite la entrada en vigencia de la Ley N° 20.998, a partir del 20 de noviembre de 2020, la cual regula la prestación del servicio sanitario rural en todas sus etapas, siendo éstas la producción y

39 Existe un muy buen trabajo que aborda la temática antes de la dictación del Reglamento, en especial el elemento participativo, en Villagrán Tapia, A. (2019) *Consecuencias de la implementación del nuevo sistema de agua potable rural en la participación ciudadana. Luces y sombras de una normativa pública ejercida por privados*. Programa de Magíster en Derecho, Universidad Católica del Norte, 107 pp.

distribución de agua potable, recolección, tratamiento y disposición final de aguas servidas. Los encargados de estas operaciones serán las cooperativas o comités que obtengan su licencia de funcionamiento otorgada por el Ministerio de Obras Públicas.

Respecto a las materias reguladas en el Reglamento destacan las siguientes:

a) Regula el procedimiento para otorgar licencias y autorizaciones a los operadores de estos servicios. Se crea un registro de operadores, el que estará a cargo del Ministerio de Obras Públicas, y será administrado por la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales de la Dirección de Obras Hidráulicas de este ministerio.

b) Dispone las distintas normas que regulan tanto los servicios sanitarios primarios, como secundarios.

c) Consagra derechos y obligaciones de los operadores y usuarios de estos servicios.

d) Establece la metodología para el cálculo de tarifas.

e) Determina el procedimiento para la formación de un Consejo Consultivo, su forma de sesionar y su funcionamiento.

f) Se consagra la obligación que tienen algunos operadores clasificados en ciertos segmentos de presentar un Plan de Inversiones.

g) Regula mecanismos de autorregulación de los operadores y transparencia de los mismos.

h) Por último, se establece que los organismos encargados de la fiscalización serán la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la Autoridad Sanitaria.

Para tales efectos, estos organismos, dictarán los manuales o resoluciones de carácter interno que contendrán los procedimientos de fiscalización para el cumplimiento de su función, así como los criterios que guían a sus funcionarios y fiscalizadores en sus actos de inspección en la aplicación de multas y sanciones, teniendo en especial consideración los objetivos de la Ley y el Reglamento

5. Un balance de la institucionalidad en retirada y de la que está empezando en el mundo rural, y el llamado de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema

5.1. La condición deficitaria de uno y otro

Cabe recordar acá, que se ha definido el DHA como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico; y caracterizado como un derecho social, prestacional,

expresado en la materialidad del acceso al agua y saneamiento, que debe ser satisfecho -o garantizada su satisfacción- por los Estados, en condiciones de cantidad y calidad adecuadas, y su imprescindible saneamiento.

Es decir se trata de un servicio público, prestado a nivel urbano por empresas concesionarias con una muy exitosa cobertura y saneamiento; pero a nivel rural -hasta ahora-, por una especie de asistencia combinada con autogestión, y mañana por una especie de reconversión de aquello en servicios públicos licenciados por un acto de la autoridad -la licencia-, pero siendo los mismos que hasta ahora apenas abastecen, y tienen muy baja o ninguna capacidad de inversiones necesarias para garantizar la satisfacción este derecho esencial, civilizatorio se ha dicho, y con nula capacidad para el saneamiento.

A nivel rural, en ninguno de los estadios analizados (antes y después de la Ley N° 20.998) estamos en presencia de un servicio público en forma -un servicio que pueda satisfacer las necesidades públicas, del pueblo rural-, pues no hay Estado prestador directo, ni Estado garante, sino que son los propios titulares los que al mismo tiempo son los beneficiarios.

La consecuencia de ello se ve en las situaciones de crisis regulares o estructurales de agua, como la que llevamos viviendo ya casi 15 años, que no pueden cumplirse en las condiciones enunciadas en el concepto señalado de manera adecuada, ni cumplidas sus características o exigencias: cantidad, calidad, regularidad, universalidad.

Creo que ello está suficientemente probado, y muestra evidente de ellos ha sido el descontento de la población manifestado desde antes del inicio de la “Revolta Social” en octubre de 2019, acrecentado, visualizado con ella, y levantándose como una de las temáticas más claramente presentes y discutidas en el proceso constituyente que está desarrollándose.

5.2. Manifestación jurisprudencial del derecho humano al agua

La anterior tensión sistémica, material o prestadora del agua se enfrenta a la crisis del agua y su abastecimiento con serias dificultades para dar cumplimiento al DHA.

En este orden, no poca relevancia han tenido los tribunales superiores de justicia, en el pasado y ahora en esas épocas tan difíciles para todos.

Así, se hará referencia a dos sentencias relevantes en este campo.

a. *Sentencia ICA de Valparaíso, rol 16.770-2020, de 08 de octubre de 2020*⁴⁰.

Conforme la cual, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) regional Valparaíso, interpuso un recurso de protección de garantías fundamentales en favor de una serie de personas individualizadas en su presentación domiciliadas en la comuna de Petorca, en contra de Gobernación Provincial de Petorca y otras reparticiones públicas, por la omisión ilegal de adoptar las medidas necesarias para proveer agua potable en cantidad suficiente y adecuada, para abastecer a las comunidades de Petorca, Cabildo y La Ligua, a efectos de que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contención del contagio del COVID-19 en dichos municipios, situación que en su consideración vulneraba derechos constitucionales de las personas que habitan dichos territorios.

Se solicitaba la adopción de las siguientes medidas: 1) Se ordenara proveer a la Provincia de Petorca de agua potable en cantidad suficiente y adecuada para que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contención del contagio del COVID-19, en razón del estado de alerta sanitaria declarada por el Decreto N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud; 2) Que en virtud de las facultades extraordinarias establecidas en el D.S. N° 4/2020 -que declaró la pandemia del COVID19 como emergencia sanitaria nacional- se adquiriera agua de manera directa que satisfaga el requerimiento de cantidad suficiente y adecuada por contexto de COVID-19; 3) Que se considerara como estándar de provisión de agua lo establecido en el D.S. N° 41/2016 que regula las condiciones sanitarias para la provisión de agua potable mediante el uso de camiones aljibes -en su artículo 13-; y 4) Se ordenara dejar sin efecto la resolución N° 458/2020 por arbitraria e ilegal, al carecer de una debida fundamentación, que había dejado sin efecto una resolución anterior al contradecir una posterior.

La acción constitucional de protección es rechazada -fundamentalmente porque con posterioridad a la presentación de la misma se dictó una resolución administrativa que disponía la provisión del recurso en la cantidad pedida-, pero hay un par de cosas interesantes que destacar:

La primera, que conforme el artículo 13 del D.S. N° 41/2016, “El volumen de agua distribuida, para el consumo diario por persona, no podrá ser inferior a 100 litros, salvo aquellos casos calificados por la Autoridad Sanitaria”. Ergo, sólo en situaciones calificadas, es decir fundadas debidamente podría

40 La sentencia se encuentra disponible a texto completo en la página web del Poder Judicial.

rebajarse dicha cantidad por la autoridad respectiva; como sería en este caso, que se había dispuesto por medio de una resolución administrativa que se entregaran sólo 50 litros por persona diarios a los habitantes de la localidad de Petorca.

La segunda, que aparentemente la Corte en este caso consideró que este caso era uno de esos “casos calificados”, sin entrar sin embargo a verificar si en las circunstancias actuales aquello era efectivo o no.

b. Sentencia de Corte Suprema, rol N° 131.140-2020 con fecha 23 de marzo de 2021. La sentencia anterior fue recurrida, y conociendo de ello, la Excma. Corte Suprema revocó el fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Y para acoger, indica las obligaciones del Estado chileno al ratificar diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos y otros instrumentos de Derecho internacional, los que al versar sobre derechos humanos están incorporados sustantivamente en la Constitución en razón del inciso 2° del artículo 5, sumando a ello, las directrices de la OMS en la materia (Cons. 11 a 15). De lo anterior concluye afirmando el “deber del Estado de garantizar el acceso de los recurrentes y de la población al agua, en una proporción no inferior a los 100 litros diarios por persona, de manera que se constata una actuación deficiente de las recurridas al no adoptar todas las medidas necesarias para asegurar no sólo a los actores, sino a la comunidad toda, especialmente a las categorías protegidas por el Derecho Internacional, el acceso al agua, omisión que deviene en ilegal y arbitraria y que vulnera la garantía de igualdad ante la ley (Cons. 16°)

Con ello, se produce un claro reconocimiento jurisprudencial del derecho humano al agua⁴¹.

4. Ideas al cierre sobre el DHA ante la Nueva Constitución

Las aguas son reguladas en Chile de manera excesivamente sectorizada, lo que hace muy difícil sino imposible una adecuada satisfacción de todos los usos que deben ser atendidos.

⁴¹ Existe otra sentencia, ICA de La Serena, rol 861-2020, de 09 de septiembre de 2020, donde el INDH interpuso una acción de protección de garantías constitucionales en favor de varios habitantes de un campamento denominado La Varilla 4 en la comuna de La Serena -es decir, viviendas construidas en situación irregular-, deducido esta vez en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la región de Coquimbo y de la Municipalidad de La Serena. El recurso fue rechazado, pues antes de la dictación del fallo ya se había empezado a abastecer de agua a la población, soluciona el problema. De nuevo, cumpliéndose efectivamente con el contenido material del derecho al agua. La sentencia se encuentra disponible a texto completo en la página web del Poder Judicial.

Entre ellos, el DHA tiene un contenido de carácter marcadamente prestacional, que es servido en el mundo urbano satisfactoriamente por empresas concesionarias de servicio público; y en el mundo rural conforme un sistema construido por la Administración Pública pero administrado por los mismos usuarios-beneficiarios.

Esto no puede seguir así, y para poder concretar el DHA debe enfocársele adecuadamente como un servicio público que debe ser satisfecho a cabalidad por la Administración Pública -encargada de tutelar y atender las necesidades públicas y de ejecutar la ley-, sea directamente sea indirectamente, garantizando el acceso al agua y al saneamiento.

Es de esperar que esta carga pueda tener un reconocimiento en la Nueva Constitución, que vaya de la mano de un Estado garante de prestaciones materiales, y comprometido con el respeto de los derechos humanos, en especial los de contenido básico o mínimo para la vida como es precisamente la satisfacción del derecho humano al agua.

LA PARIDAD CHILENA Y LA LUCHA POR UNA REPRESENTACIÓN EFECTIVA DE LAS MUJERES EN POLÍTICA

*Javiera Arce-Riffo*¹

*Julieta Suárez-Cao*²

Resumen

La incorporación de la fórmula de paridad de género en la Convención Constitucional situó a Chile como un país vanguardia a nivel mundial. Esto, pese a que habría sido uno de los últimos países de América Latina en implementar medidas de este tipo y de que estas no rindieron los efectos esperados en las elecciones parlamentarias de 2017. Sin embargo, gracias a la protesta social y al movimiento feminista, fue posible impactar en una reforma institucional trascendental para la política mundial, que podría marcar el rumbo de las teorías electorales, que incluya modelos de sistemas inclusivos que trasciendan las fronteras de la incorporación no sólo de las mujeres en los espacios de decisión política.

Las elecciones del 15 y 16 de mayo confirmaron que las mujeres, puestas en lugares elegibles y con un diseño electoral más amigable a la diversidad, resultaron más competitivas que los hombres, pero también se comprobó que los partidos políticos de las coaliciones más longevas son menos amigables con las mujeres a diferencia de los partidos políticos recientemente creados

1 Es Licenciada en Ciencias Políticas y Gubernamentales, por la Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Política, mención instituciones y procesos políticos por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es Secretaria Ejecutiva de la Unidad de Igualdad y Diversidad de la Universidad de Valparaíso y académica del programa de Magíster en Gobierno de la misma universidad. Forma parte de la Red de Politólogas y es coautora de la fórmula electoral de paridad de género de la Convención Constitucional chilena. Sus áreas de investigación son partidos políticos, sistemas de representación e institucional feminismo.

2 Es licenciada en Ciencia Política, por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). PhD y Magíster en Ciencia Política por la Universidad de Northwestern (Estados Unidos). Académica del Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es coautora de la fórmula electoral de paridad de género de la Convención Constitucional chilena y Coordinadora de la Red de Politólogas. Sus áreas de investigación son política subnacional, partidos políticos y representación política de las mujeres.

(con excepción del Partido Comunista). También, los grupos de independientes se exhiben más amables hacia las mujeres. La paridad implicó no sólo un similar número de hombres y mujeres, sino que además empujó la construcción de un órgano constituyente más diverso, que introdujo a otros grupos excluidos del sistema político como pueblos originarios e independientes.

Introducción

El día 4 de marzo de 2020 fue aprobada por una amplia mayoría la reforma constitucional que aseguraba la paridad efectiva entre hombres y mujeres para ser electas en la próxima Convención Constitucional de Chile, órgano creado con fines particulares para redactar la nueva carta constitucional chilena. En el mes de octubre de ese mismo año, a pesar de la pandemia generada por el COVID-19 y de la postergación del calendario electoral, la opción del apruebo ganó con un apoyo considerable de la población (78%). Asimismo, se impuso la idea de cambiar la constitución a través de una Convención Constitucional paritaria. Además de la representación descriptiva de las mujeres, ya aprobada, otra reforma introdujo dos innovaciones más: los 17 escaños reservados para pueblos originarios contemplando el compromiso de la paridad de género en su asignación; y la posibilidad de que candidaturas extra partidarias e independientes pudieran competir en condiciones no tan desiguales con los partidos políticos.

El 15 y 16 de mayo del presente año se llevaron a cabo las elecciones para elegir a los y las convencionales constituyentes y sus resultados sorprendieron mucho, ya que la distribución de escaños fue muy diferente a la proyectada por los diversos estudios de opinión. La coalición de derecha Vamos por Chile (el pacto en el que la coalición gobernante otorgó espacios para candidaturas de la extrema derecha de José Antonio Kast, el Partido Republicano) sólo se agenció el 27% de los asientos, lejos del tercio que necesitaba para tener poder de veto en la Convención. La coalición de la izquierda, para el Apruebo Dignidad, obtuvo el 20%, un 18% para la Lista del Apruebo (coalición de centro-izquierda) y finalmente el 35% para las opciones independientes. El buen desempeño de las listas de independientes fue la sorpresa de la elección, dejando a las opciones de la derecha y centro izquierda perdiendo terreno en el escenario político. Junto a esto, la composición de la Convención reflejó cabalmente la fórmula paritaria obteniendo representación 77 mujeres y 78 hombres.

¿Cómo nace esto de la necesidad de diseñar un sistema electoral para la construcción de un órgano paritario para la Convención Constitucional? ¿Qué antecedentes primaron para la lucha para alcanzar este arreglo institucional?

¿Fue importante la movilización feminista para los resultados obtenidos sumado a la protesta social callejera y la movilización feminista de 2018? ¿Qué conglomerados aportaron más mujeres? ¿Influyó el diseño electoral en la electividad de las mujeres? ¿Qué desafíos se esperan para el futuro?

El trabajo que a continuación se desarrolla intentará poner en el papel los antecedentes y el proceso de tramitación de la normativa, los aspectos que influyeron en el éxito en el resultado de las votaciones en el Congreso en un ambiente político y social convulsionado. Por otro lado, intentará explicar los elementos teóricos y electorales que incluyeron el diseño de la paridad y su desempeño en las elecciones pasadas, para finalmente concluir y delinear una posible agenda de futuro que se genera a propósito de avanzar en representación descriptiva de las mujeres en una de las reformas político-institucionales más importantes de los últimos cuarenta años.

La Revuelta Social y el movimiento feminista: antecedentes de la paridad

La semana del 4 al 18 de octubre de 2018 estuvo marcada por incidentes que derivaron en una intensa jornada de protestas. Una serie de incendios comenzaron a desatarse a lo largo de la región metropolitana, sin que el gobierno fuera capaz de controlar las manifestaciones (Somma et.al. 2020). Luego de semanas en que se aplicaron medidas como el Estado de Excepción Constitucional y un mes de protestas sin precedentes, que incluyeron violaciones a los derechos humanos por parte de las fuerzas del orden (INDH, 2020), el 15 de noviembre se concreta la firma de un Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución. El Acuerdo fue un intento por parte del Poder Legislativo de buscar algún tipo de canalización institucional al conflicto. Así, la clase política se ató de manos y dejó en la ciudadanía la decisión del cambio constitucional que se materializó en un plebiscito de entrada, en el cual además de inquirir sobre si se aprobaba o no cambiar la Constitución, se preguntaba bajo qué organismo. Las opciones eran una Convención Constitucional Mixta, compuesta por el 50% de representantes del congreso y el otro 50% restante electos desde la ciudadanía, y una Convención compuesta por el 100% de sus miembros electos por la ciudadanía.

La Comisión Técnica³, compuesta por expertos y expertas representantes de los partidos políticos que suscribieron el acuerdo, no introdujo temas más

3 La Mesa Técnica Constituyente estuvo compuesta por 14 abogado/as, experto/as constitucionalistas y/o cientistas política/os, representantes de todos los partidos que suscribieron el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución (Biblioteca del Congreso Nacional, 2019).

allá de aterrizar las cláusulas del documento original. Así, los temas controversiales que implicaban ampliar el concepto de representación (paridad y representación de pueblos indígenas) quedaron a ser definidos por el Congreso de la República. Fue así como una vez concluido el trabajo de la Comisión Técnica, al son de la protesta social callejera y de “Un violador en tu camino”⁴, se instaló como prioridad la agenda de género en la discusión en el Congreso.

Sin embargo, la historia del movimiento feminista chileno no es reciente. Cada cierto tiempo las mujeres se articulan con fines claros como recuperar la democracia, abogar por mayores niveles de autonomía del cuerpo, o para reclamar por el fracaso de las políticas para prevenir y sancionar la violencia de género⁵. En la historia reciente de Chile, la articulación del movimiento de mujeres y feministas se constituyó como un agente fundamental para la recuperación de la democracia⁶, y a pesar de que el movimiento en apariencia se desarticuló durante algunos años, en el año 2008 comienza una rearticulación social feminista alrededor de la problemática para acceder a la píldora anticonceptiva de emergencia^{7, 8}. Desde allí en adelante comenzaron a activarse en pequeños grupos y en el año 2013 se realiza por primera vez la marcha por la despenalización del aborto⁹, la cual se irá repitiendo año tras año. No obstante, fue precisamente el año 2018 en que toda la demanda se cristaliza, antecedente relevante, para entender el fenómeno de LasTesis, y cómo se intercepta la demanda feminista en la del estallido social.

El 2018, la mayoría de los planteles se acogieron a la movilización denominada como “ola feminista”. Fue así como miles de mujeres estudiantes universitarias y secundarias se unieron para protestar en contra de la violencia de género que sufren sistemáticamente, la cual es reproducida al interior de

4 Bbc.com, 2019, Las Tesis sobre “Un violador en tu camino”. “Se nos escapó de las manos y lo hermoso es que fue apropiado para nosotras”, 6 de diciembre de 2019.

5 Reyes-Housholder, Catherine y Roque, Beatriz, “Chile 2018: desafíos al poder de género desde la calle hasta La Moneda”, en Revista de Ciencia Política, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2019, p. 191.

6 Baldez, Lisa, Why women protest: Women’s movements in Chile, (Cambridge University Press), 2002.

7 Comúnmente conocida como Píldora del Día Después.

8 Sepúlveda, Carmen, “Formal and informal institutional Challenges to Women’s Reproductive Rights: Emergency Contraception and the Constitutional Tribunal in Chile”, en Waylen, Georgina (ed.), Gender, Institutions and Change in Bachelet’s Chile (Palgrave Macmillan), 2016.

9 Eldesconcerto.cl, A 5 años de la toma de la catedral: La historia de la primera marcha por el aborto libre, seguro y gratuito en Chile, 27 de julio de 2018.

los centros educativos¹⁰. A pesar de haber tenido una amplia adherencia, la movilización produjo cambios significativos en los planteles educativos pero no en políticas públicas sustantivas¹¹. Sin embargo, toda esta articulación sirvió para convocar a las actrices a la calle, en pleno estallido social que hasta el momento no había incorporado la mirada feminista al conjunto de demandas no reconocidas por el Estado como principio de equivalencia democrática¹² en el contexto del estallido social.

Mujeres activistas y feministas, junto a un grupo de científicas políticas aprovecharon la posibilidad de incidir en la agenda de la tramitación¹³, y propusieron una fórmula electoral que incluía una asignación paritaria de escaños. Esta fórmula electoral consistió en la introducción de arreglos institucionales orientados a modificar la ley de cuotas aprobada el año 2015 por el Congreso Nacional, de tal manera que existiera una paridad de entrada en las candidaturas y una de salida en la asignación de asientos.

Las distintas evaluaciones realizadas a la aplicación de la Ley de Cuota de 2017 indicaron que ésta no habría sido efectiva. Si bien hubo un crecimiento en el número de mujeres en ambas cámaras, incrementando desde un 15,8% a 22,5%. Hubo varios problemas con el diseño de la cuota, el primero era que alcanzaba un 40% del total de las listas nacionales por partido, es decir, esta cuota se aplicaba a nivel de la oferta de candidaturas centralizada y no en cada uno de los distritos¹⁴. Este diseño afectó la nominación de las candidaturas de mujeres, problema acrecentado por las instituciones informales y los espacios de exclusión de mujeres al interior de los partidos políticos¹⁵. De hecho, Re-

10 Miranda, Lucía y Roque, Beatriz, “El mayo estudiantil feminista de 2018 en la Pontificia Universidad Católica de Chile: “La Revolución es Feminista””, en Larrondo, Marina y Lara, Camila, *Activismos Feministas Jóvenes: Emergencias, Actrices Y Luchas En América Latina*, (CLACSO), 2019.

11 Arce, Javiera, 2021, “Desde la autonomía del cuerpo hasta la paridad de género en la Convención Constitucional Chilena: análisis sobre el movimiento feminista chileno”, ponencia presentada para el XXV Congreso Internacional del Instituto Universitario de Estudios Feministas y de Género Purificación Escribano (IUEFGPE), 2021, *La agenda feminista: resistencias, retos y respuestas*. Castellón de la Plana.

12 Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, 1987, *Hegemonía y Estrategia Socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, (Siglo XXI), 1987.

13 Juntasenaccion.cl, ¿Cómo se logró la paridad?: Las organizaciones y mujeres que trabajaron por una Constituyente Paritaria. 5 de marzo de 2020.

14 Arce, Javiera, “Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia”, en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), *La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región*, (Flacso-Chile), 2018; Le Foulon, Carmen y Suárez-Cao, Julieta, “Evaluando las cuotas de género en Chile: resultados de su primera aplicación”, en *Reformas Políticas en América Latina*, 2018, disponible en: <https://reformaspoliticas.org/>

15 Arce, Javiera, “Abriendo la caja negra de los partidos políticos chilenos: expresiones de la desigualdad de género en la militancia política”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N°97, (Facultad de Derecho

novación Nacional y el Frente Amplio aportaron más mujeres al proceso que otros partidos, sin embargo, cabe señalar que la coalición menos institucionalizada y más nueva, fue la que proporcionalmente introdujo más mujeres. Esto es factible de estar asociado con el hecho de que la nueva coalición no habría institucionalizado las prácticas excluyentes contra las mujeres como si lo han hecho los partidos más tradicionales¹⁶.

Como resultado de lo anterior, las mujeres fueron destinadas a distritos poco competitivos y la capacidad de éxito de ellas fue bastante menor, a pesar de ser competitivas¹⁷. Por otro lado, a pesar de que existían incentivos económicos para los partidos, tales como las 500 UF que recibía cada partido por cada candidata electa y el pago adicional por voto (0,01 UF) que se agrega a la devolución por votación, en el caso de las mujeres candidatas al Poder Legislativo, los partidos no realizaron los esfuerzos para elegir a sus candidatas. Lo que se reflejó en los magros resultados.

Entonces, el mal diseño de la cuota de género en el Congreso terminó siendo un *blessing in disguise* y la condición de posibilidad de una nueva normativa que viniera a solucionar estos problemas: la asignación paritaria de escaños, la cual planteó un diseño muy diferente al anterior. A pesar de que el mecanismo de paridad de salida fue modificado en la Comisión Mixta, cuando se introdujo la opción de la corrección al final del resultado a nivel de distrito, la partida de entrada fue aprobada tal cual fue diseñada. La paridad de entrada, en las candidaturas, establece que las listas deben estar encabezadas por mujeres y luego los sexos deben alternarse sucesivamente en todas las listas presentadas en cada distrito. La paridad de salida aprobada implicaba que si los distritos naturalmente no asignaban escaños de manera paritaria, se debería intervenir el distrito para que su resultado fuese paritario, en caso de que el distrito cuya magnitud fuera par (4 y 6 escaños) y en el caso de los impares, que ninguno de los dos sexos superara en uno al otro. Con este fin, la candidatura menos votada de sexo sobrerrepresentado que recibía escaño dejaba el mismo a la candidatura más votada del sexo subrepresentado de su misma lista.

Universidad de Buenos Aires), 2018b, p. 217.

16 Arce, Javiera, “Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia”, en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), *La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región*, (Flacso-Chile), 2018.

17 Le Foulon, Carmen y Suárez-Cao, Julieta, “Evaluando las cuotas de género en Chile: resultados de su primera aplicación”, en *Reformas Políticas en América Latina*, 2018, disponible en: <https://reformas-politicas.org/>

Ítem	Reforma Electoral 2015	Reforma Constitucional 2020
Tipo de acción afirmativa	Cuota 40%	Paridad
Alcance territorial y organizativo	Nacional y por partido	Distrital
Encabezamiento obligatorio de mujeres	No	Sí
Alternancia (cebra)	No	Sí
Enforcement	Sí	Sí
Corrección de salida	No	Sí
Incentivos Económicos	Sí	Sí

Tabla 1: Comparativa Ley de Cuotas (2015) y Paridad (2020). Fuente: Elaboración Propia

Sin lugar a duda, el conocimiento acumulado tanto en la evaluación de la ley de cuotas que se aplicó por primera vez en 2017 junto con la experiencia acumulada en la movilización feminista de 2018 se constituirán como antecedentes relevantes del éxito de la aprobación de la paridad. Como todas las reformas políticas con perspectiva de género a lo largo de la historia (las sufragistas, el aborto, la violencia de género), la paridad fue acompañada por la protesta social callejera y la alianza de las mujeres en los espacios de decisión para alcanzar esta reforma^{18 19}.

Fue así como organizaciones de mujeres como Comunidad Mujer, Juntas en Acción, Asociación de Abogadas Feministas (Abofem), Chile Mujeres, Red de Politólogas, entre otras organizaciones, se articularon en torno a la demanda por la paridad de género. Coalición, que además se extendió al Congreso Nacional, donde un grupo transversal de diputadas, de Renovación Nacional, la Democracia Cristiana, el Partido Por la Democracia, el Partido Socialista, el Partido Comunista, Revolución Democrática, Convergencia Social y Comunes, lograron articular también junto a estas organizaciones feministas.

18 Berk, Karen, "The Comparative Politics of Women's Movement", en American Political Science Association. *Perspective on Politics*, N°3, (Cambridge University Press), 2005, p. 583.

19 Arce, Javiera, "Una mirada al Movimiento Feminista en Chile en el Año 2018: hitos, agenda y desafíos, en *Revista Iberoamericana*", N° 72, (University Of Pittsburgh Press), 2019, p. 223.

Resultado de la Elección

La elección de la Convención Constitucional no sólo comprobó la eficacia de la paridad, sino además entregó resultados inesperados en el mapa político chileno. En primer lugar, se estableció una especie de clivaje entre partidos políticos e independientes si se analiza la distribución de escaños. Esto será determinante también al momento de mirar en detalle la cantidad de hombres y mujeres que cada una de las coaliciones de partidos e independientes introdujeron a la convención.

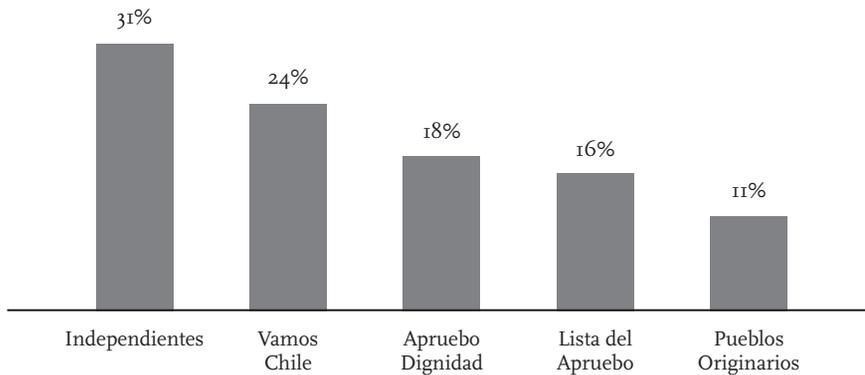


Gráfico 1: Distribución de convencionales constituyentes por coaliciones. Elaboración propia en base a datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

La gran sorpresa de la jornada fue la escasa capacidad de movilizar electores de los actores que han gobernado Chile desde 1990, la derecha y la coalición de centro-izquierda, quienes obtuvieron un desempeño bajo en la elección. Sin embargo, ninguno de los sectores políticos que consiguieron escaños pudo obtener el tercio que se requería para vetar los nuevos artículos que deben ser aprobados por dos tercios de la Convención.

Otro de los aspectos que es necesario observar es de dónde provienen las 77 mujeres electas para la Convención Constitucional, ya que es posible apreciar en detalle cómo las coaliciones de los partidos más antiguos introdujeron menos mujeres (exceptuando el Partido Comunista), mientras que las candidaturas independientes, fueron las que más mujeres integraron.

Mujeres	Hombres	Total
77	78	155

Tabla 2: Distribución por sexo de la composición de la Convención Constitucional. Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

	Mujeres	Hombres	Total
Vamos Chile	16	21	37
Evopoli	3	2	5
Renovación Nacional	5	10	15
Unión Demócrata Independiente	8	9	17

Tabla 3: Distribución de escaños por partido de la Coalición Vamos Chile (derecha). Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

	Mujeres	Hombres	Total
Lista del Apruebo	4	21	25
Partido Socialista	3	12	15
Partido Demócrata Cristiano	0	2	2
Partido Liberal	0	3	3
Partido Por la Democracia	0	3	3
Partido Radical	0	1	1
Partido Progresista	1	0	1

Tabla 4: Distribución de escaños por partido de Unidad Constituyente Lista del Apruebo (centro izquierda). Fuente: Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

Si se mira con detención la información contenida en los datos anteriores, se refuerza la idea de que los partidos políticos de la derecha y sobre todo la centro-izquierda poseen circuitos del poder excluyentes hacia las mujeres. De hecho, las investigaciones académicas han planteado que existirían vulneraciones de derechos a la participación efectiva de las mujeres al interior de los partidos políticos²⁰.

Profundizando en este análisis, es posible hipotetizar que existen circuitos de poder en los cuales las mujeres no participan. Esto, dada la presencia de instituciones informales, que coexisten con las instituciones formales descritas en los estatutos y la ley de partidos políticos chilena. Sin embargo, de acuerdo a Helmke y Levitsky las instituciones informales pueden definirse como aquellas que se comparten de manera socializada, por lo general no se encuentran escritas y se traspasan oralmente en la tradición institucional. Estas no sólo permean la acción de los partidos, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo sino también al Poder Judicial y todos los ámbitos de la sociedad. De acuerdo a estos autores, los efectos de las instituciones informales pueden ser divergentes o convergentes con las instituciones formales, así según la efectividad o ineffectividad de estas últimas, habría cuatro tipos de instituciones informales: las que se complementan con las formales efectivas, las que se acomodan y colaboran con las instituciones formales efectivas, las que desmantelan las instituciones formales ineffectivas y las sustituyen, y las que compiten con las instituciones formales ineffectivas y las sustituyen²¹.

Otro de los aspectos relevantes consiste en cómo estas instituciones informales se expresan al interior de los propios partidos políticos. Freidenberg y Levitsky²² incluyen aquellas que soslayan las reglas formales y promueven la toma de decisiones fuera de la estructura partidaria, otras que vulneran la estructura central del partido, otras que procuran el aislamiento de las unidades territoriales y locales de los partidos, otras que desobedecen las normas y se someten a personalismos, eludir el cumplimiento de las normativas partidarias,

20 Arce, Javiera, "Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia", en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), *La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región*, (Flacso-Chile), 2018; Arce, Javiera, "Abriendo la caja negra de los partidos políticos chilenos: expresiones de la desigualdad de género en la militancia política", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N°97, (Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires), 2018b, p. 217; ; Le Foulon, Carmen y Suárez-Cao, Julieta, "Evaluando las cuotas de género en Chile: resultados de su primera aplicación", en *Reformas Políticas en América Latina*, 2018, disponible en: <https://reformaspoliticas.org/>

21 Helme, Gretchen y Levitsky, Steven, "Informal Institutions and Comparative Politics: a Research Agenda", en *Perspectives on Politics*, N°4 (Cambridge University Press), 2004, p. 725

22 Freidenberg, Flavia y Levitsky, Steven, "Informal Institutions and Party Organization in Latin America", en Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, (Johns Hopkins University Press), 2006.

el establecimiento de relaciones con grupos no reconocidos por el estatuto del partido, fuentes de financiamiento ilícito a la actividad política tales como el lavado de activos, el narcotráfico, o dineros generados por elusión/evasiones tributarias. En la mayoría de ellas, sino en todas, es posible identificar un sesgo de género que atenta contra la promoción y nominación de mujeres.

A lo de las instituciones informales, cabe agregar otras estructuras que pueden atentar contra las mujeres, como la centralización de la toma de decisiones políticas de los partidos en los grandes centros urbanos en desmedro de las regiones²³, en un escenario en que los partidos presentan una vida interna basada en la burocratización, el clientelismo y la despolitización, cuyas reglas además se encuentran dominadas por criterios masculinos con presencia de capital homosocial²⁴. Esto posee implicancias en la generación de grupos negociadores con amplia presencia (casi en su totalidad) masculina, los llamados “clubes de chicos viejos” (Old Boys Club) que decidirán como verdaderos *gatekeepers*, quiénes conformarán las listas y quienes no y en qué lugares hacerlo²⁵. Incluso los recursos materiales y simbólicos, de los cuales las candidaturas dispondrían para competir en las elecciones generales²⁶. Estos comportamientos son posibles de apreciar en partidos políticos que se encuentran más anquilosados en el sistema y podrían atentar contra la nominación de mujeres competitivas.

Algunos de los resultados para la elección de la Convención Constitucional podrían explicarse por estas razones. Así, las posibles causas del mal desempeño en la elección de mujeres para las coaliciones tradicionales se podrían atribuir a prácticas políticas excluyentes, como las relatadas ampliamente en la literatura, en que los grupos negociadores no dieron prioridad a las mujeres de sus filas en términos de apoyo de campaña, financiamiento, la nominación de mujeres con capacidad de ser electas y no solo para cumplir la norma de paridad de entrada. Asimismo, los partidos chilenos poseen una institucionalidad de género débil. Aun cuando se hayan declarado feministas, esto no es más que en la declaración de principios, porque en las acciones hay casos

23 Gibson, Edward, “Boundary Control: subnational Authoritarianism in Democratic Countries”, en *World Politics*, N° 1, (Cambridge University Press), 2005, p. 101.

24 Bjarnegård, Elin, *Gender, Informal Institutions and political recruitment: explaining male dominance in parliamentary representation*, (Palgrave Macmillan), 2013.

25 Arce, Javiera, “Abriendo la caja negra de los partidos políticos chilenos: expresiones de la desigualdad de género en la militancia política”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N°97, (Facultad de Derecho Universidad de Buenos aires), 2018b, p. 217.

26 Ballington, Julie y Karam, Azza (eds.), *Women in Parliament: Beyond Numbers, A Revised Edition*, (International IDEA), 2005.

que afirman lo contrario. Un ejemplo de esto es la exclusión de la reconocida feminista histórica Teresa Valdés de la nómina de candidaturas del Partido Por la Democracia²⁷. Las estructuras de género de los partidos de la centro-izquierda no apoyaron a las candidaturas femeninas con recursos y campaña electoral, y de esta manera, no aseguraron sus cupos.

Si bien la literatura en otros contextos como Reino Unido afirma que mientras más centralizado es el proceso de nominación de candidaturas^{28, 29, 30}, mayores posibilidades existen de cumplir mejor con los instrumentos de acción afirmativa y de aplicabilidad de las normativas de paridad de género, en Chile la situación parece ser diferente. Cuando los partidos políticos diseñaron sus plantillas parlamentarias de manera centralizada, como en 2017, también estuvieron lejos de alcanzar la cuota³¹.

	Mujeres	Hombres	Total
Apruebo Dignidad	19	9	28
- Comunes	1	0	1
- Convergencia	4	2	6
- Frente Regionalista	1	3	4
- Igualdad	1		1
- Partido Comunista	5	2	7
- Revolución Democrática	7	2	9

Tabla 5: Distribución de escaños por partido del pacto Apruebo Dignidad (Frente Amplio y Partido Comunista), y su distribución de escaños por partido. Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

27 Cnnchile.com, “Se me dejó fuera”: Teresa Valdés comentó su fallida candidatura a la Constituyente y el PPD respondió a las críticas, 12 de enero de 2021

28 Lovenduski, Joni y Norris, Pippa, “Westminster Women: The Politics of Presence”, en *Political Studies*, N° 1 (SAGE), 2003, p. 84.

29 Por todos, Russell, Meg, 2002, “Women’s Representation in the Scottish Parliament and National Assembly for Wales: Party Dynamics for Achieving Critical Mass”, en *Journal of Legislative Studies*, N° 2, (Taylor & Francis Online), p. 49.

30 Bjarnegård, Elin. y Kenny, Meryl, “Comparing Candidate Selection: A Feminist Institutional Approach”, en *Government and Opposition*, N° 3, (Cambridge University Press), 2016, p. 370

31 Arce, Javiera, “Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia”, en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), *La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región, (Flasco-Chile)*, 2018.

	Mujeres	Hombres	Total
Independientes	29	19	48
- Lista del Pueblo	14	9	23
- Otros Independientes	10	4	14
- Independientes No Neutrales	5	6	11

Tabla 6: Distribución de escaños por listas de independientes. Fuente: Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

Tanto las candidaturas independientes como las del pacto de la izquierda Apruebo Dignidad, que reúne a los partidos del Frente Amplio y el Partido Comunista, fueron las coaliciones que aportaron el mayor número de mujeres a la Convención Constitucional. Esto podría deberse a que los partidos creados recientemente, como aquellos que conforman el Frente Amplio, poseen menos prácticas excluyentes hacia las mujeres y procesos más participativos que las coaliciones más antiguas, volviendo a repetir el resultado de las elecciones de 2017³². En el caso de las candidaturas independientes surge otra hipótesis a considerar. Por ejemplo, la importancia de que la formación de las listas daba preeminencia a candidaturas que se agruparon en sus propias organizaciones locales, generando proyectos de construcción de las nóminas más participativas y equilibradas. Es relevante remarcar también que, en ambos conglomerados, se concentra la mayor parte de las mujeres feministas que resultaron electas. Esto podría haber desarrollado una conciencia de género al momento de inscribir las listas, evitando los espacios de exclusión política de las mujeres, como sí ocurre en los partidos tradicionales.

El diseño institucional importa, y como veremos, la obligación de encabezamiento de mujeres parece haber tenido un impacto relevante sobre la electibilidad de las candidatas. De hecho, de las 68 mujeres electas en listas³³, 52 (76%) de ellas estaban encabezando sus listas. Hubo otros elementos del diseño que fueron determinantes para que las mujeres tuvieran

32 Arce, Javiera, “Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia”, en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), *La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región*, (Flacso-Chile), 2018.

33 Cabe recordar que las mujeres indígenas que ingresaron a la Convención Constitucional por escaño reservado compitieron en candidatura individual en tándem con un candidato.

un mejor desempeño en esta elección. El encabezamiento y la alternancia (el sistema “cebra”) no solo generaron altas probabilidades de éxito a las mujeres en la competencia electoral, sino también la posibilidad de nominar descentralizadamente a las candidaturas. Asimismo, la rebaja en los requisitos para que las candidaturas independientes pudieran competir en la elección con un menor número de firmas permitió incrementar la competencia política, dada la variedad de candidaturas provenientes del mundo social, empresarial, político, ambiental, feministas, etc.

Sin embargo, el diseño no es todo. Aún cuando existió paridad de género en el resultado de la elección a la Convención Constitucional, es posible advertir que la brecha de género en financiamientos, continúa presente³⁴. De acuerdo a datos de la Consultora Unholster, al mes de marzo de 2021, en promedio las candidaturas masculinas habrían recibido 4,6 millones de pesos mientras que las mujeres habrían competido con 2 millones de pesos, es decir, la brecha de financiamiento se mantendría similar a la del año 2017³⁵ en que alcanzó un 63% y esta vez sólo se habría reducido en 31%³⁶. Lo interesante es que en estas elecciones el financiamiento no fue determinante para los resultados.

Finalmente, los escaños reservados tuvieron una fórmula de aplicación un tanto diferente al resto de los escaños. Fueron calculados de acuerdo a la población acreditada como perteneciente a uno de los diez pueblos reconocidos por la Conadi³⁷. La distribución de los escaños por pueblo fue la siguiente: 7 para el pueblo mapuche, 2 para el pueblo Aimara, y 1 para cada uno de los pueblos restantes, hasta alcanzar la suma total de 17. Las candidaturas individuales se inscribían en dupla por sexo para asegurar el principio de paridad.

34 El estudio de la consultora no sólo detectó una brecha significativa entre hombres y mujeres, también evidenció una brecha de financiamiento entre las candidaturas de diversos distritos y diferencias sustantivas entre la naturaleza de las candidaturas, ya que aquellas que no provenían de partidos y de derecha recibieron escaso financiamiento, y en el distrito 11 y la mayoría de Santiago recibieron mayor financiamiento que el resto.

35 Servel.cl, Análisis de la Ley de Cuota a partir de la inclusión y financiamiento electoral de las campañas, 2018.

36 Unholster.com, En total, hombres han recibido en promedio \$4,6 millones y mujeres \$2,0 millones, 17 de marzo de 2021.

37 Pueblos reconocidos por Aimara, Atacameña, Colla, Quechua, Rapa Nui, Mapuche, Yámana, Kawas-hkar, Diaguita, Chango.

	Mujeres	Hombres	Total
Pueblos Originarios	9	8	17
- Mapuche	4	3	7
- Aymara	1	1	2
- Rapa Nui	1	0	1
- Kawashkar	0	1	1
- Diaguita	0	1	1
- Colla	1	0	1
- Yagán	1	0	1
- Chango	0	1	1
- Quechua	0	1	1
- Atacameño	1	0	1

Tabla 8: distribución por sexo para los escaños reservados. Fuente: Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

¿A quiénes benefició la paridad de salida de la Convención Constitucional?

La fórmula de paridad de salida echó por tierra algunos mitos que existían en torno a la paridad. Uno de ellos consistía en que las mujeres eran poco competitivas y que los hombres tendrían que cederles sus cupos para poder ingresar. Estas afirmaciones, fueron refutadas con este resultado, ya que 11 hombres se vieron beneficiados por la fórmula de paridad de género. El resultado además instala afirma la hipótesis de que los mecanismos de paridad impulsarían una mejora en la calidad de las candidaturas y de las personas electas, y expulsaría a los hombres mediocres de la política³⁸.

³⁸ Por todos, Besley, Timothy, “Gender Quotas and the Crisis of the Mediocre Man: Theory and Evidence from Sweden”, en *American Economic Review*, N° 8, (American Economic Association), 2017, p. 2204.

Distrito	Coalición	Candidato que perdió el cupo por paridad	Candidatura beneficiada por paridad	Sexo
3	Apruebo Dignidad	María Angélica Ojeda	Hernán Velásquez	M
6	INN	Rocío Veas	Miguel Ángel Botto	M
6	Lista del Pueblo	Lorena Vicencio	Cristóbal Andrade	M
7	Apruebo Dignidad	Luis Cuello	María José Oyarzún	F
12	INN	María Soledad Cisternas	Juan José Martín	M
13	Apruebo Dignidad	Natalia Aravena	Marcos Barraza	M
14	Chile Vamos	Jaime Coloma Álamos	Claudia Castro	F
16	Lista del Apruebo	Roberto Santa Cruz	Adriana Cancino	F
18	Lista del Pueblo	Priscila González	Fernando Salinas	M
21	INN	Claudia Sagardia	Javier Fushlocher	M
22	Chile Vamos	Christian Greenhill	Ruth Hurtado	F
26	Chile Vamos	Marcos Emilfork	Katherine Montealegre	F
Mapuche		Carmen Jaramillo	Alex Caiguán	M
Mapuche		Carmen Caifil	Victorino Antilef	M
Diaguita		María Gabriela Calderón	Eric Chinga	M
Atacameño		Ximena Anza	Felix Galleguillos	M

Tabla 9: Candidaturas beneficiadas con la fórmula de paridad de género. Elaboración Propia en base datos obtenidos en <https://www.servelecciones.cl/>

A pesar de las críticas que pueden existir en torno a la corrección de salida, ésta no sólo permitió que las listas buscaran candidaturas competitivas a nivel local, sino que además buscó a las y los mejores para competir, a diferencia de 2017 en que los partidos hicieron muy pocos esfuerzos por buscar candidaturas, sobre todo femeninas, competitivas³⁹.

Sin embargo, uno de los casos más controvertidos que hubo en la declaración de las candidaturas ocurrió al interior del pueblo indígena Diaguita, ya

³⁹ Arce, Javiera, "Ley de cuotas chilena: notas para una autopsia", en Miranda, Lucía y Suárez-Cao, Julieta (eds.), La política siempre ha sido cosa de mujeres: elecciones y protagonistas en Chile y la región, (Flasco-Chile), 2018.

que el organismo electoral chileno decidió una interpretación de la normativa que distó muchísimo del común acuerdo de la comunidad de científicos políticos chilenos. La norma 21298 de escaños reservados plantea que la corrección para la paridad “se realiza en relación al número de votos obtenidos y el total de electores del pueblo correspondiente”. Desde la interpretación político-jurídica existieron visiones contrapuestas, por una parte algunas politólogas interpretaban la norma relativa a contabilizar la cantidad de personas que participaron en la elección en términos porcentuales del total de votantes y no del padrón electoral, para dar cuenta de la disparidad de los padrones entre pueblos⁴⁰. Finalmente, el TRICEL falló de manera controversial y hasta el día de hoy las dudas persisten acerca de una interpretación fidedigna.

Desafíos: la democracia paritaria en Chile

La paridad de género otorgó un respiro a la democracia chilena al revestir de legitimidad el proceso constituyente, ya que hasta el día del plebiscito de entrada al proceso constituyente, era la única reforma constitucional aprobada. La ciudadanía confió en que el Poder Legislativo resolvería los temas pendientes: escaños reservados para pueblos originarios y participación de candidaturas independientes.

Pese a todos los pronósticos, la fórmula de paridad funcionó y otorgó como resultado el mejor escenario probable cercano a una distribución de escaños perfecto 50-50 de ambos sexos, y terminó por beneficiar más a las candidaturas de los hombres que de las mujeres. Esto demuestra que cuando llegan a las listas candidatas capaces e idóneas, que no son ubicadas solo para cumplir con la normativa, ellas son altamente competitivas. Del mismo modo, el encabezamiento de las listas por parte de las mujeres obliga a posicionarlas en lugares elegibles de las listas.

Uno de los primeros desafíos que existe en el escenario próximo es impulsar un mejor entendimiento de estas normas. En particular para el Servicio Electoral de Chile, que presentó sucesivos problemas con la interpretación de la normativa, como inscribiendo listas que no respetaban la alternancia sucesiva y en el caso de la candidata Diaguaita.

Otro de los desafíos pendientes también implicará repensar diversas fórmulas de paridad que no terminen atentando contra las mujeres, que son el grupo históricamente desaventajado a apuntalar, por ejemplo, considerando

⁴⁰ Cnnchile.com, Politólogas aseguran que la paridad se aplicó de forma errónea en escaños reservados y dejó fuera a candidata diaguaita, 23 de mayo de 2021.

que la paridad es un piso para las mujeres y no un techo. Asimismo, es imperativo incorporar paridad en todas las elecciones regulares, incluyendo las elecciones a cargos unipersonales. El efecto positivo de la paridad permite pensar en la opción de mecanismos de paridad horizontal para poder avanzar en representación descriptiva de género y también en escaños reservados.

A pesar de que ingresaron a la convención 8 candidaturas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+, mujeres u hombres trans no ingresaron a la Convención Constitucional, lo que permitiría pensar en el futuro un diseño electoral que introduzca techos de representación para hombres y mujeres CIS y porcentajes también para personas de géneros fluidos y disidentes, de tal manera que se puedan generar espacios aún más amplios de representación.

Pero el principal desafío será llenar de contenidos feministas la nueva constitución. Hillary Hiner en una reciente columna publicada en el blog del Observatorio de Género y Equidad, afirma que habría alrededor de 30 mujeres declaradas abiertamente feministas en la Convención Constitucional. De acuerdo a su análisis ellas provendrían desde tres marcadas líneas: feminismo popular, es decir dirigentas territoriales como Dayana González (D 3), Lisette Vergara (D 6), Valentina Miranda (D8), Giovana Grondón comúnmente conocida como “la tía baila pikachu” (D 12). Pero también existirían otras provenientes de las líneas ligadas al ecofeminismo, de la línea de Modatima como Manuela Royo (D23) y Constanza San Juan (D27, Camila Zárate (D7) defensora del agua, dos representantes del movimiento histórico Anamuri como Alejandra Flores (D2) e Ivana Olivares (D5) (OGE, 2021). A lo que se agregarían las mujeres provenientes de pueblos originarios, que si bien poseen fuertes cuestionamientos a las líneas del feminismo por encontrarlo una idea colonial, existen coincidencias programáticas en torno a las temáticas ecofeministas con la Machi Francisca Linconao, la abogada Natividad Llanquileo y también con la académica y lingüista Elisa Loncón.

¿Cómo se introduce la perspectiva de género en la nueva constitución? La agenda feminista ha sido clara en las prioridades, en primer lugar una democracia paritaria, las mujeres no pueden estar fuera de los cargos de representación política y empresarial. En un segundo orden, existe un desarrollo teórico, conceptual y político respecto del cuidado, que requiere un lugar importante en la discusión, no solo en términos económicos sino también en términos de reconocimiento de su importancia para la sostenibilidad de la vida del país. Se agregan a estos temas muy relevantes la violencia de género, que se esperaría que la nueva Carta Fundamental consagre el derecho de vivir

una vida sin violencia hacia todos los miembros de la sociedad chilena, y por último niveles de autonomía del cuerpo, necesarios para que las mujeres vivan completamente su ciudadanía.

Existen altas expectativas de este proceso, ya que es la primera vez en el mundo que existe un órgano constituyente paritario. Chile salió de un lugar muy atrasado en materia de leyes de cuota a nivel regional y mundial, para convertirse en vanguardia. Por lo que se espera que las temáticas de la agenda feminista, sean representadas sustantivamente en la nueva constitución.

Nunca se debe olvidar el lugar central de la demanda que hicieron las feministas junto a la protesta callejera por ampliar el concepto de representación, y que gracias al movimiento la democracia en Chile no ha colapsado y posee perspectivas de buscar ciertos niveles de anclaje reconstruir este nuevo Chile que comienza.

EL DEBATE SOBRE LA FORMA DE GOBIERNO EN EL CONTEXTO DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN CHILE

*Pamela Figueroa Rubio*¹

Resumen

Chile se encuentra en una coyuntura histórica de cambio constitucional en democracia. El presente trabajo examina el debate relativo al cambio de la forma de gobierno en el contexto del actual proceso constituyente en Chile. Para lo anterior, analiza el debate en torno a las formas de gobierno en el contexto de América Latina, el problema constitucional de Chile con respecto al régimen político, y cómo ha sido el debate en Chile frente al hiperpresidencialismo y las alternativas que han surgido en el contexto de cambio constitucional. Plantea que el diseño institucional de Chile, un hiperpresidencialismo con un Congreso débil y un sistema de partidos tendiente a la fragmentación, tiene como resultado un sistema bloqueado y trabado. Concluye que, dadas las características de la composición de la Convención Constitucional, y las propuestas que han surgido frente al cambio del régimen político en Chile, están dadas las condiciones para abrir un debate en la Convención Constitucional orientado a equilibrar el poder ejecutivo frente al poder legislativo, e incorporar mecanismos de participación ciudadana incidentes que profundicen la democracia.

Introducción

El 4 de julio de 2021, 155 Convencionales Constituyentes se dieron cita en el edificio del Congreso Nacional ubicado en Santiago, dando inicio al proceso constituyente de Chile. Esto establece un hecho inédito en la historia política y constitucional de nuestro país, dado que, por primera vez, un órgano

¹ Dra. En Estudios Políticos y Sociales, académica de la Universidad de Santiago de Chile. Coordinadora académica del Observatorio Nueva Constitución.

constituyente paritario, con escaños reservados para pueblos originarios, y con una representación amplia de sectores políticos y sociales, tendrá la tarea de redactar un nuevo texto constitucional.

Junto al acto de instalación de la Convención, y de acuerdo con la Constitución Política vigente, las y los convencionales procedieron a elegir a la presidenta y vicepresidente. La elección de la Dra. Elisa Loncón, una mujer mapuche, como presidenta de la Convención, es un símbolo del nuevo ciclo político que vive el país. La acompaña en la vicepresidencia, el abogado constitucionalista y profesor, Dr. Jaime Bassa.

El proceso constituyente en Chile no ha estado exento de conflicto, dado el contexto político y social en el cual se desarrolla. Si bien Chile ha sido considerado una de las democracias más estables de América Latina, a partir de 2010 diversos indicadores mostraban el desarrollo de una crisis de legitimidad y confianza, que se expresó en movilizaciones sociales, un declive en la participación electoral, y una creciente desconfianza hacia las principales instituciones públicas del país, especialmente hacia los partidos políticos, el Congreso y el gobierno.

Si bien la crisis política y social se puede examinar desde diversas perspectivas, el factor institucional – dado el cuestionamiento al texto constitucional vigente -, ha sido abordado desde la academia y el mundo político. El problema constitucional de Chile tiene dos vertientes sustantivas: el cuestionamiento a la legitimidad de origen, y la fundamentación del cambio basado en la tesis de la modernización social. La primera vertiente, que surge desde la promulgación de la actual Constitución bajo el gobierno autoritario de Augusto Pinochet, señala que el contexto autoritario en que se funda y el cuestionado plebiscito de 1980 con la que se busca ratificarla, no la hace una constitución democrática. La segunda vertiente, la de modernización, señala que la actual Constitución, a pesar de que ha sido reformada, no logra dar cuenta de la actual sociedad chilena, lo que la hace perder legitimidad.

En ese contexto, la revisión de la forma de gobierno es parte del actual proceso constituyente, considerando que la Convención Constitucional partirá desde una hoja en blanco para redactar un nuevo texto Constitucional. Si a lo que se aspira es a elaborar un texto democrático y que dé cuenta de los profundos cambios que ha vivido la sociedad chilena en las últimas décadas, el debate sobre la distribución del poder, las instituciones y la forma de elegir a los representantes, será sin duda parte de la deliberación constitucional.

Sobre la forma de gobierno y el régimen político

Cualquier teoría de las formas de gobierno presenta dos aspectos: uno descriptivo y otro prescriptivo.² El estudio descriptivo elabora categorías a partir de distintos tipos de constitución política. Como señala Bobbio, los estudios políticos comparados de las formas de gobierno por lo general las califica de buenas, malas, óptimas, incorrectas, entre otras disquisiciones, por tanto, no sólo describe, si no que también prescribe. Las propias tipologías orientan sobre la pertinencia de una forma de gobierno u otra, o la superioridad de una sobre otra.

Las formas de gobierno también están dadas dentro de un contexto histórico, por eso no sólo constituyen la forma de organizar la vida política de un grupo social, si no también evolucionan y cambian en el tiempo. Y, por tanto, encontraremos tantas formas específicas de gobierno como realidades sociales existan, expresadas en la normativa – el texto constitucional -, y en la práctica política derivada de dicha normativa.

Las categorizaciones clásicas de las formas de gobierno derivan de dos preguntas: ¿Quién gobierna? ¿cómo gobierna? De estas preguntas emana la clasificación señalada por Bobbio en su texto *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, basándose en la terminología de Polibio para definir seis tipos de gobierno: las de buen gobierno: (a) monarquía, (b) aristocracia, (c) democracia; las de mal gobierno: (d) tiranía, (e) oligarquía, (f) oclocracia.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, en el período posterior a las guerras mundiales, la democracia como sistema político se expande. Esto se acompaña de una revisión de los términos del debate, en cuanto a las formas de gobierno y a la distribución del poder político dentro de las sociedades contemporáneas.

En cuanto a las formas de gobierno, Robert Dahl³ planteó la tipología de gobiernos autocráticos y poliárquicos, considerando dos variables principales. Por una parte, la variación de la cantidad de personas con derechos a participar en las elecciones y en el gobierno, y por otro, la cantidad de personas facultadas para participar y tener voz en un sistema de debate público. A partir de estas variables, identifica cuatro formas de gobierno: a) hegemonías cerradas, b) hegemonías representativas, c) oligarquías competitivas, y d) poliárquías.

2 Bobbio, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. (Fondo de Cultura Económica), 2007, p. 9

3 Dahl, Robert. *La poliarquía. Participación y oposición*. (Tecnos), 1997.

De acuerdo con la definición de Norberto Bobbio, entendemos el régimen político como “... el conjunto de las instituciones que regulan la lucha por el poder y el ejercicio del poder y de los valores que animan la vida de tales instituciones”⁴. Las instituciones cumplen dos funciones en este caso. Por un lado, son la estructura del poder político que selecciona a quienes gobiernan y determinan los roles de quienes se desempeñan en el ámbito político. Por otro lado, las instituciones son normas y procedimientos, que, al repetir comportamiento, garantizan que la lucha por el poder y el ejercicio del poder se desarrollen de acuerdo con normas consensuadas y conocidas por todos los miembros de la comunidad.

Dejando de lado a los regímenes autoritarios y totalitarios, que concentran el poder arbitrariamente en una persona o grupo (partido político), el debate sobre las formas de gobierno tiende a darse entre los estados democráticos. Dentro de las democracias, las formas de gobierno se delimitan en el diseño institucional, expresado en las constituciones políticas y que definen la distribución del poder.

“... el análisis de las formas de gobierno se refiere a la dinámica de las relaciones entre el poder ejecutivo y poder legislativo y en particular a las modalidades de elección de los dos organismos, su título de legitimidad y el balance de sus prerrogativas”⁵.

El debate sobre el régimen político parte de la premisa que los sistemas políticos pueden darse formas de gobierno que se enmarcan en tres categorías generales: gobiernos presidenciales, parlamentarios o semipresidenciales. La diferencia entre estas formas de gobierno, radican en la autonomía o dependencia que se dé entre los poderes ejecutivo y legislativo, siendo el presidencialismo aquel en que se expresa la independencia mutua, y el parlamentarismo la dependencia mutua entre ambos poderes⁶, y los sistemas semipresidenciales son un tipo intermedio entre ambos⁷.

4 Norberto Bobbio, Nicola Matteuci y Gianfranco Pasquino, *Diccionario de Política* (Siglo Veintiuno), 2007.

5 Norberto Bobbio, Nicola Matteuci y Gianfranco Pasquino, *Diccionario de Política* (Siglo Veintiuno), 2007, p. 670.

6 Alfred Stepan y Cynthia Skach, “Constitutional frameworks and democratic consolidation: parliamentarism versus presidentialism”, en *World Politics* 46 (1993), 1-22. Y, Sartori, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada*. (Fondo de Cultura Económica), 1994.

7 Maurice Duverger, “A new political system model: Semi-Presidential Government”, en *European Journal of Political Research* 8 (1980), pp. 165-187.

Para el caso de América Latina, el debate sobre el régimen político ha sido de gran trascendencia desde la década de 1990, dado que diversos académicos han argumentado que la forma presidencialista de gobierno ha sido uno de los factores que contribuyeron a las dificultades de la democracia en la región⁸. Este argumento ha sido debatido dado que la mayor parte de los estudios empíricos en contra del presidencialismo se basan en la experiencia de América Latina, lo que dificulta diferenciar los obstáculos para la democracia relacionados al tipo de régimen, de otro tipo de obstáculos.

La ciencia política ha desarrollado un prolífico debate entre defensores y detractores de una u otra alternativa, siendo el eje del debate la capacidad del régimen político para dar estabilidad al gobierno. Juan Linz y Arturo Valenzuela fueron críticos a la rigidez del presidencialismo para resolver crisis políticas, por su incapacidad de absorber dichas crisis sin afectar la estabilidad del sistema, factores que no se dan en el parlamentarismo, donde los conflictos se resolverán siempre a favor del parlamento⁹. A favor del presidencialismo está el planteamiento de Shugart y Carey, argumentando que los diseños institucionales no son la causa principal de los quiebres institucionales, resaltando la eficacia y representación de los regímenes presidenciales¹⁰. También se ha destacado la capacidad de los presidencialismos de armar coaliciones de gobierno, que permiten convivir con culturas políticas de pluralismo¹¹.

Las principales aprensiones en torno al presidencialismo se dan en contextos de multipartidismo fragmentado, donde la posibilidad del presidente(a) de armar coaliciones para mantener una relación fluida con el Congreso, se hace complejo¹². La democracia presidencialista se ha definido como aquella en que concurren dos características: (1) El jefe del Ejecutivo (presidente)

8 Mainwaring, Scott y Shugart, Matheu. Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate. En, Mainwaring, Scott y Shugart, Matheu (2002) *Presidencialismo y democracia en América Latina*. (Paidós), 2002.

9 Linz, Juan. "The Virtues of Parliamentarism", en *Journal of Democracy* 1 (1990), 84-91; Arturo Valenzuela, "La política de partidos y la crisis del presidencialismo en Chile una propuesta para una forma parlamentaria de gobierno" en *Las crisis del presidencialismo. El caso de Latinoamérica*, eds. Juan Linz y Arturo Valenzuela (Alianza), 1998, pp. 11-92.

10 Shugart, Matthew y Carey, John. *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics* (Cambridge University Press), 1992.

11 Daniel Chasquetti, "Democracia, Multipartidismo y Coaliciones: Evaluando la Difícil Combinación", en *Lateinamerika Analysen* 3 (2002), pp. 67-92.

12 Valenzuela, Arturo. "La política de partidos y la crisis del presidencialismo en Chile una propuesta para una forma parlamentaria de gobierno", en *Las crisis del presidencialismo. El caso de Latinoamérica*, eds. Juan Linz y Arturo Valenzuela (Alianza), 1998, 11-92; Scott Mainwaring y Matthew Shugart, *Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate* (Paidós), 2002.

es popularmente electo, y (2) los mandatos tanto del presidente como de la asamblea son fijos¹³. Sartori¹⁴ reafirma esta idea, señalando tres condiciones: 1) El presidente es electo por voto popular; 2) El presidente no puede ser despedido de su cargo por votación del Parlamento o Congreso por un período determinado; y 3) El presidente dirige el Ejecutivo. Es importante señalar que se deben cumplir estas tres condiciones a la vez para identificar un sistema presidencial. En el caso de Chile se cumplen ambas.

El régimen político chileno ha sido definido como hiperpresidencial¹⁵. Por otra parte, el modelo cuenta con un Congreso bicameral debilitado, un sistema de partidos multipartidista y tendiente a la fragmentación (25 partidos legalmente constituidos, 16 partidos con representación en la Cámara y 8 partidos en el Senado) y, finalmente, no existen mecanismos de participación ciudadana que inciden en la toma de decisiones entre elecciones¹⁶.

En los regímenes hiperpresidencialistas, el presidente concentra mucho poder, demasiadas responsabilidades y demasiadas expectativas de su propia figura durante un tiempo fijo. El poder presidencial se desprende de las facultades de *jure*, referentes a las disposiciones constitucionales que le atribuyen potestades en materias de gobierno, legislación y emergencias, sumado a las facultades de *facto*, las cuales refieren a las prácticas no escritas, tales como la influencia en la legislación o el poder partidista. Entre sus elementos, se encuentran la discrecionalidad para nombrar a su gabinete, control del presupuesto, facultades en estados de excepción constitucional, centralización, poder de veto, indulto, potestad reglamentaria, capacidad para emitir decretos e iniciativa exclusiva de ley en vastas materias¹⁷.

13 Mainwaring, Scott y Shugart, Mattheu. Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate. En, Mainwaring, Scott y Shugart, Mattheu (2002) *Presidencialismo y democracia en América Latina*. (Paidós), 2002. pp. 21-22.

14 Sartori, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada*. (Fondo de Cultura Económica), 1994.

15 Eyzaguirre, N., Figueroa, P., & Jordán, T. *Crisis del Híper-presidencialismo chileno y la nueva constitución: ¿cambio de régimen político?*. (FLACSO-Chile), 2020. Fernandois, A. & García, J. F. "Origen del presidencialismo chileno: Reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa exclusiva", En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 (2), 2009, pp. 281 – 311. *La Tercera*, El hiperpresidencialismo chileno, Palanza, V. (2020), 12 de noviembre 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/el-hiperpresidencialismo-chileno/2UYB2UGSYZFYTNYDYIE5NUVE/>. Ruiz-Tagle, Pablo, "Implicancias en los principios constitucionales de la reforma constitucional en 2005", en Cea, J., Correa, R., Navarro, E., Peña, M., Ruiz Tagle, P., Tapia, J., & Zapata, P., "Reformas del año 2005 a la Constitución de la República de Chile", en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 2, pp. 75-106.

16 Si bien la Ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública introduce algunos mecanismos de participación ciudadana (COSOC, cuentas públicas participativas, consultas ciudadanas en temas de repartición pública), estos han sido insuficientes.

17 Gargarella, R. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. (Oxford

Estudios comparados sobre reformas al régimen político en América Latina (1978-2018) muestran que se ha tendido a extender la posibilidad de reelección, y al mismo tiempo medidas como ampliar el umbral de elección, control del Congreso, Juicio político al presidente y revocatoria de mandato.

Tipo de reforma al Régimen Político	Países
Permisividad de la reelección presidencial	14
Establece o amplía el umbral mínimo para elegir presidente	13
Revocatoria de mandato presidencial	4
Juicio Político o Acusación Constitucional al presidente	12
Control del Congreso sobre el gabinete presidencial	14

Tabla 1: Reformas al Régimen Presidencial en América Latina entre 1978-2018 en 19 países. Fuente: Observatorio de Reformas Políticas en América Latina (1978-2021). Disponible en: <https://reformaspoliticas.org/reformas/sistema-electoral/>.

¿Cuál es el problema constitucional del régimen político en Chile?

¿Qué pasa con el presidencialismo?

Si bien la discusión sobre el régimen político en Chile ha estado presente desde los inicios de la vida republicana, el proceso de democratización política iniciado en Chile en la década de 1990 reabrió el debate sobre la forma de gobierno. La ampliación de los sistemas democráticos a nivel global desde la década de 1980 puso foco en los diseños institucionales de las nuevas democracias para evitar los errores que llevaron a los quiebres institucionales y al autoritarismo en el pasado. Para el caso de Chile, se ha argumentado que la rigidez del hiperpresidencialismo, con un sistema de partidos fragmentado y polarizado, antecedió al quiebre democrático en 1973¹⁸.

University Press), 2013; Negretto, G. L. “La reforma del presidencialismo en América Latina hacia un modelo híbrido”, en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, N° 27(1), 2018, pp. 131-151; Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*. (Editorial Astrea), 1992.

18 Valenzuela, Arturo. “La política de partidos y la crisis del presidencialismo en Chile una propuesta para una forma parlamentaria de gobierno”, en *Las crisis del presidencialismo. El caso de Latinoamérica*, eds. Juan Linz y Arturo Valenzuela (Alianza), 1998, pp. 11-92.

Durante la década de 1990, debates académicos y diversas iniciativas canalizaron esta inquietud. Un ejemplo es la creación de la Comisión especial de la Cámara de Diputados para el estudio del régimen político chileno en 1990, que propuso la adopción de un régimen semi-presidencial. Si bien el sistema presidencial fue funcional durante los gobiernos de Patricio Aylwin (1990-1996) y Eduardo Frei (1996-2000), el multipartidismo dificultaría la cooperación entre los poderes ejecutivo y legislativo en Chile en el mediano plazo¹⁹.

Más recientemente, y considerando que existe un diagnóstico compartido respecto al hiperpresidencialismo en Chile, es que desde el mundo académico se ha planteado la posibilidad de modificar el presidencialismo y pasar a una versión atenuada de este²⁰. Otra alternativa que desde la academia se presenta como factible es pasar a un régimen semipresidencial²¹.

Desde el mundo político también se han presentado propuestas para modificar el actual régimen presidencial hacia un semipresidencialismo. El año 2017, los senadores Andrés Zaldívar (PDC), Andrés Allamand (RN), Carlos Montes (PS), Hernán Larraín (UDI) y Felipe Harboe (PPD) presentaron un proyecto de reforma constitucional que, mediante algunas modificaciones, buscaba el tránsito gradual hacia un régimen semipresidencial²². El proyecto buscaba darle mayor flexibilidad al sistema político chileno, y también generar gobiernos más fuertes a través del trabajo alineado del Ejecutivo con el Legislativo.

El 25 de marzo de 2017, Burgos publicó una columna en el diario *La Tercera* titulada “Gobierno semipresidencial para Chile”. En esta columna, Jorge Burgos apuntaba a debatir aquellas cuestiones esenciales que deben estar en una nueva Constitución, y que una de ellas es el tipo de gobierno. Continúa con una explicación breve de lo que es el semipresidencialismo y finaliza con la reflexión de que Chile podría avanzar a este tipo de gobierno en virtud de una mayor estabilidad democrática (Burgos 2017)²³.

19 Siavelis, Peter. *President and Congress in the Postauthoritarian Chile*, (Pen State Press), 2000.

20 Propuesta de Eyzaguirre, Figueroa y Jordán (2020) sobre el ‘presidencialismo parlamentarizado’. Eyzaguirre, N., Figueroa, P., & Jordán, T. *Crisis del Hiper-presidencialismo chileno y la nueva constitución: ¿cambio de régimen político?*, (FLACSO-Chile), 2020.

21 Fontaine, Arturo. *La pregunta por el régimen político. Conversaciones chilenas*. (Fondo de Cultura Económica), 2021.

22 Senado.cl, Senado de Chile, Boletín N° 11.237-07 < https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11237-07>

23 Fahrenbühler, Fernanda F. *Semipresidencialismo en Chile. Una oportunidad para revitalizar el sistema político chileno a partir del proceso constituyente*. Seminario Avanzado para optar al título de Cientista Política, Universidad Diego Portales, 2020.

Régimen político en Chile: Hiperpresidencialismo

Los orígenes del presidencialismo en Chile provienen de la influencia norteamericana (donde surge a fines del siglo XVIII), y de la tradición centralista de la colonización española en América Latina que marcó la historia política con figuras centralizadas y fuertes, las que tuvieron expresión en formato democrático, pero también autoritario y populista²⁴.

La configuración de presidencialismo en Chile está dada desde la Constitución de 1833, la que refleja la lucha liberal/conservadora que ha estado presente desde inicios de la república. Luego de los intentos de proyectos federalistas (Leyes Federales de 1826) y liberales (Constitución de 1828), el liberalismo es derrotado, dando paso a la idea de un Estado de poder centralizado y unitario, expresado en el régimen presidencial fortalecido. El poder presidencial consagrado por la Constitución hizo que el ejecutivo dominara la escena electoral. Es así como entre 1830 y 1870, los presidentes Prieto, Bulnes, Montt y Pérez, gobernaron por períodos consecutivos. El poder legislativo tenía facultades en la aprobación de leyes periódicas, como presupuesto y aspectos tributarios, empleos públicos y despliegue de fuerzas armadas. Tenía además facultades fiscalizadoras y de interpelación a ministros. Esto hizo que los parlamentarios generaran cierta tensión con el ejecutivo haciendo la política más competitiva²⁵.

La práctica parlamentaria (contra el texto constitucional) entre 1890 y 1925 reabrió el debate. La reducción de la figura presidencial y el traslado del poder al Congreso, el cual, por medio de la figura de la interpelación hizo caer los gabinetes de acuerdo con las mayorías circunstanciales, marcó un período que puso en jaque el presidencialismo. La preocupación de los grupos oligárquicos porque fuerzas políticas populares llegaran al poder por medio de elecciones, con las amplias potestades presidenciales consagradas en la Constitución, los llevó a organizarse desde el Congreso y desde ahí disputar las decisiones al presidente(a). Esto debilitaba el aspecto participativo de la democracia, pues los grupos oligárquicos no estaban disponibles a compartir el poder con otros grupos sociales. Fue así como se terminó con el gobierno –y la vida- del presidente Balmaceda en 1891²⁶.

24 Knight, Alan. *Populismo, Democracia y Revolución en América Latina* (Centro de Estudios Bicentenario y Pontificia Universidad Católica de Chile), 2005.

25 Valenzuela, Arturo y Valenzuela, Samuel. *Los Orígenes de la Democracia. Reflexiones Teóricas sobre el caso de Chile* (Centro de Estudios Públicos), 1983, p. II.

26 Edwards, Alberto. *La Fronda Aristocrática en Chile* (Editorial Universitaria), 1992; Alfredo Jocelyn-Holt,

En las deliberaciones de la Constitución de 1925, el régimen político fue uno de los temas principales, y la propuesta final fue un presidencialismo reforzado. Los que proponían el presidencialismo reforzado, argumentaban que Chile no estaba preparado para un régimen de corte parlamentario, dando razones culturales. Este resultado fue paradójico, pues los partidos Conservador y Radical se plantearon a favor del sistema parlamentario y, finalmente, sólo el Partido Comunista votó favorablemente a él, absteniéndose los dos primeros. Apoyaron el sistema presidencial, el Partido Liberal democrático o “Balmacedista” y el Partido Democrático.

En general, las razones para sustentar un presidencialismo fuerte y centralizado dicen relación con una larga tradición histórica que viene desde la Colonia, que se repite en América Latina, y que en el caso de Chile ha dado estabilidad al sistema político²⁷. La idea del establecimiento de una autoridad fuerte, como la de la instauración de una democracia construida desde arriba hacia abajo, es el elemento esencial de esta postura. Esto ha sido complementado, no obstante, con una larga tradición de partidos políticos institucionalizados y con fuertes raíces en la sociedad, que canalizaron las demandas y cambios sociales durante gran parte del siglo XX²⁸.

La diferenciación en posturas ideológicas diversas entre los partidos que conformaron el sistema durante el siglo XX histórico (1925-1973), dio espacio para que las distintas corrientes tuvieran expresión institucional en el sistema político. Esto permitió dar estabilidad al sistema, incluso dentro de la tensión del poder presidencial, con un sistema multipartidista representado en el Congreso.

La Constitución de 1980 instituyó un presidencialismo agravado o hiperpresidencialismo²⁹, los redactores de la Constitución de 1980 partían de la premisa que el quiebre democrático de 1973 era responsabilidad completa del sistema de partidos y la influencia de las doctrinas marxistas. La Constitución tuvo por lógica ser una Constitución restauradora de los valores nacionales

El peso de la noche. Nuestra frágil fortaleza histórica (Debolsillo), 2014, p. 308.

27 Véliz, Claudio, *La tradición centralista en América Latina* (Editorial Ariel), 1984.

28 Gil, Federico, *El sistema político chileno* (Editorial Andrés Bello), 1969.

29 Gil, *El sistema político chileno*, (Editorial Andrés Bello), 1969; Lucas Sierra, *Diálogos Constitucionales* (Centro de Estudios Públicos), 2015; Sebastián Soto Velasco, «Pesos y contrapesos en la distribución de competencias presupuestarias entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional» (tesis doctoral, Universidad de Chile), 2016, pp. 85-86; Siavelis, *President and Congress in the Postauthoritarian Chile*, (Pen State Press), 2000; Renato Cristi y Pablo Ruíz-Tagle, *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo* (Editorial LOM), 2006, pp. 199-215.

(más bien nacionalistas) y la autoridad presidencial como expresión de esa tradición constitucional, con una marcada desconfianza y desvalorización de la política realizada a través de los partidos. El nuevo modelo reforzó la figura presidencial y el debilitamiento del Congreso. Éste último se configuró como el único espacio para la política partidista (lejos del Gobierno y de la ciudadanía) y por ende debía ser propietario de escasas atribuciones en el funcionamiento del sistema político³⁰.

La figura presidencial debía ser el motor del sistema, para lo cual el diseño constitucional se extendió a dos campos. El primero fue la radicación en el presidente(a) de las facultades necesarias para el ejercicio del poder (iniciativa exclusiva en las materias claves, fijación del ritmo legislativo, potestad reglamentaria amplia –gobernar vía decreto- entre las principales atribuciones)³¹. El segundo, fue el establecimiento de un modelo institucional que fortalecía dicha figura y condicionaba al resto de los actores políticos. El modelo fue diseñado para funcionar bajo la premisa de un presidente(a) fuerte y un Congreso en el cual las fuerzas oficialistas y de oposición sólo puedan operar conjunta e interdependientemente, lo que produce un efecto de simbiosis de estas, debilitándolas. Esto deriva en que tales fuerzas no se logren distinguir claramente, salvo que la oposición sea obstruccionista con el Gobierno.

La fortaleza del presidente(a) radica en sus atribuciones y en la debilidad del Congreso. Ello, independientemente de si el gobierno es continuista o reformista. Si es reformista, el presidente(a) sólo podrá ejercer su Gobierno con el acuerdo de la minoría para poder operar en el diseño institucional antes detallado. Si es continuista, el Congreso es inocuo. El Gobierno se puede ejercer por medio de las facultades presidenciales administrativas (especialmente la potestad reglamentaria), sin necesidad de una relevancia política determinante del Congreso. En este juego institucional el único que es fortalecido es el presidente(a), pero no necesariamente resulta beneficiado³².

Lo anterior tiene relación con la debilidad del sistema de partidos en nuestro sistema político. Luego del golpe de Estado de 1973, se prohibió toda organización y actividad partidaria. Los partidos políticos al reestructurarse en el proceso de transición democrática lo hicieron de forma precaria y sin

30 Huneus, Carlos *El régimen de Pinochet* (Editorial Sudamericana), 2000, p. 670.

31 Ruíz-Tagle Vial Pablo, “El presidencialismo chileno: evolución de sus atribuciones constitucionales”, en *Revista de Derecho Público* 76 (2012).

32 Atria, Fernando, Constanza Salgado y Javier Wilenmann, *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional* (Editorial LOM), 2017.

legislación que fortaleciera su desarrollo institucional. Los partidos se reordenaron como entidades con personalidad jurídica privada, sin financiamiento público relevante -sino empresarial-, sin mecanismos de control democrático externo ni interno, y tampoco de transparencia activa. A esto se sumó un escenario de un sistema electoral binominal, con primarias en la selección de candidatos, y con listas abiertas, lo que en conjunto debilitó el rol de los partidos en la selección de candidaturas con el consecuente efecto en términos de la disciplina partidaria y su actuación en el Congreso.

La reforma de 2005 destrabó la democracia tutelada. El acuerdo político entre el Gobierno del expresidente Ricardo Lagos y el Congreso logró eliminar los enclaves autoritarios, permitiendo el ejercicio de una democracia mínima, pero conservando su carácter consensual³³.

El problema del régimen político actual: trabado y bloqueado

Junto a Nicolás Eyzaguirre y Tomás Jordán³⁴ hemos planteado que el problema del régimen político chileno son los bajos incentivos de cooperación entre los poderes ejecutivo y legislativo, y un sistema de partidos debilitado. Esto, está dado por un diseño constitucional basado en el temor hacia la incidencia de los partidos y la ciudadanía.

Lograr conformar gobiernos de mayoría es el gran desafío inconcluso³⁵. Para que la democracia sea fuerte, el presidente(a) de la República y la coalición gobernante, debe poder realizar el mandato popular a partir de la legitimidad que le da el acto electoral. La discusión pública sobre cuál es el proyecto político para el país se debe resolver en las elecciones periódicas y con base al sufragio popular, no a partir de las trabas institucionales. Nuestro país se ha transformado en una sociedad diversa, con expresión en múltiples partidos y organizaciones sociales. En ese contexto, lograr mayorías que se alejen demasiado de un consenso representativo de la diversidad ideológica existente, es virtualmente imposible.

Este es el gran dilema de la Constitución chilena en términos del régimen político: si ésta podrá habilitar para el juego democrático de mayorías y minorías o si, por el contrario, mantendrá su carácter de Constitución inhibitoria

33 Fuentes, Claudio. *El Fraude* (Editorial Hueders), 2013, p. 132; Claudio Fuentes, *El Pacto: poder, constitución y prácticas políticas* (Ediciones UDP), 2013, p. 263.

34 Eyzaguirre, N., Figueroa, P., & Jordán, T. *Crisis del Híper-presidencialismo chileno y la nueva constitución: ¿cambio de régimen político?*. (FLACSO-Chile), 2020

35 Dahl, *La Democracia*; Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política* (Editorial Trotta), 2009.

del mismo, por medio de un diseño que traba o impide en gran medida ese desenvolvimiento. El modelo de figura presidencial fuerte y Congreso débil conlleva a que la traba y bloqueo institucional entre Ejecutivo y Legislativo se traduzca en un diseño que afecta la gobernabilidad.

La principal dificultad que enfrenta el sistema presidencial chileno es la debilidad del sistema de partidos y un Congreso basado en liderazgos individuales. Esto no es responsabilidad del gobierno de turno ni de los parlamentarios, sino de la trama institucional. El objetivo original de la Constitución de 1980 de debilitar a los partidos políticos y radicarlos únicamente en el Congreso se expresó en que el régimen electoral binominal (donde se elegían las 2 primeras mayorías de las 2 principales fuerzas políticas, a menos que una doblara a la que le seguía en votos), llevó a una germinación y despliegue de un modelo de partidos sustentado en los liderazgos individuales. Un partido político al elaborar una lista parlamentaria, y sabiendo que sólo existía la posibilidad de elegir uno de los dos escaños en disputa, asignaba la postulación al líder local o nacional con mayores posibilidades electorales (popular). A la par, negociaba contra un compañero de lista débil, pero cuando esto no ocurría, se enfrentaban dos liderazgos del mismo sector político. El binominalismo, de esta manera, no sólo excluyó a terceras fuerzas políticas, sino que, en pos del éxito electoral, fortaleció a figuras individuales en competencias intra-coalición. Así, hoy, son los parlamentarios y no los partidos políticos, el centro del sistema de partidos. El sistema de partidos funciona con base al cacicazgo político, donde el parlamentario también es el líder del partido regional y comunal.

El Congreso se instituye entonces como una sede de líderes políticos cuya legitimidad se funda en su votación electoral individual. Esto ha promovido conductas que tienden a direccionar políticas públicas a sectores específicos de la población (territorios específicos), acción provocada por la presión de los congresistas para conseguir apoyo de sus votantes a través de la promoción de la inversión pública directa³⁶. El cambio al sistema electoral proporcional moderado, pero con listas abiertas, ha permitido la entrada de nuevas fuerzas políticas al Congreso, confirmando mayor pluralidad al mismo, pero la cultura de liderazgo individual reprodujo el modelo de cacicazgo y es muy probable que así continúe.

³⁶ Este tipo de acción política ha sido conocida en Estados Unidos como “pork barrel politics”, y se ha estudiado en política comparada en diferentes países. Una de las principales preocupaciones es el impacto negativo que esto tiene en el desarrollo de políticas públicas nacionales.

Lo anterior afecta la relación entre el poder Ejecutivo y Legislativo no sólo en el día a día sino también en el desarrollo político en general. No da cuenta de una institucionalidad constitucional que permita lograr consensos mínimos para los desafíos de futuro. Cualquier cambio requerido para el desarrollo del país se enfrenta a este bloqueo mutuo. ¿Cómo visualizar un acuerdo en torno al sistema de pensiones, salud, impuestos?

La gobernabilidad democrática en Chile necesita no sólo partidos políticos fuertes, sino que también una mayoría estable en el Congreso, más aún en un sistema de partidos multipartidista.

¿Cuáles han sido los debates sobre el régimen político en el Chile actual?

Es interesante observar que en general el debate sobre el régimen político ha sido muy acotado. Los debates del sistema político en Chile han girado en torno al sistema electoral, el sistema de partidos y más recientemente el financiamiento de la política. Al parecer, la tradición de una figura política central y fuerte, el presidente(a) de la República, ha inhibido un cuestionamiento mayor a la forma de nuestra organización del poder. La transición a la democracia fue un escenario propicio para este debate³⁷. Sin embargo, el foco de las reformas constitucionales y políticas durante la transición y luego de 2005, en una democracia más consolidada, se enfocaron en desarmar los enclaves autoritarios, y de acuerdo con la historia institucional de Chile, un cambio gradual de ampliación de ciudadanía.

A pesar de las reformas constitucionales de 1989 y 2005, fueron las reformas pendientes – las que no se hicieron - las que mostraron las debilidades del sistema político, cuando en 2006, 2011 y más recientemente en octubre de 2019, las movilizaciones sociales comenzaron a dejar al descubierto la poca capacidad que tenía la política y las instituciones, de entender y procesar las demandas ciudadanas por mayor justicia social.

En ese contexto, la etapa participativa del Proceso Constituyente impulsado por la presidenta Michelle Bachelet en 2016, nos da luces importantes sobre la percepción ciudadana en relación con el régimen político. La metodología de *Convergencia Deliberativa* centró el debate ciudadano en los tres contenidos generales que toda Constitución política considera: a) valores y principios, b) derechos y deberes, y c) instituciones del Estado. Estos temas se abordaron

37 Siavelis, *President and Congress in the Postauthoritarian Chile*, (Pen State Press), 2000.

mediante preguntas entregadas a las personas y grupos que participaron del proceso, y para guiar el debate, los materiales del proceso consideraron listas de conceptos a considerar, sobre las cuales los participantes priorizaron de acuerdo con lo que les parecía prioritario a incluir en el nuevo texto constitucional³⁸.

Para la pregunta: ¿qué instituciones del Estado debe contemplar la Constitución y que características debe tener?, los participantes debían elegir siete (7) alternativas de la siguiente lista.

Tabla 2: Listado de Instituciones del Estado de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente. Chile, 2016³⁹

Régimen de gobierno: Presidencial/Semi-presidencial/Parlamentario	Presidencia de la República
Jefatura de gobierno	Gobierno nacional (estructura y funciones)
Congreso o parlamento (estructura y funciones)	Juicio Político/Acusación constitucional
Poder Judicial (estructura y funciones)	Justicia constitucional
Justicia electoral	Forma del Estado: federalismo/autonomías regionales
División territorial Gobierno regional	Gobierno provincial
Gobierno local / Municipal	Ministerio Público/Defensoría Pública
Defensor del Pueblo/Ciudadano	Cambio o reforma constitucional
Contraloría general/Tribunales de cuentas	Fuerzas Armadas
Estados de excepción	Plebiscitos, referendos y consultas
Ninguna	Otros, especifique

La etapa participativa del Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía convocó a más de 200.000 personas, en Chile y el exterior. Con respecto al debate institucional, los conceptos mencionados en mayor frecuencia apuntaban a la valoración de instituciones democráticas como el gobierno, y el congreso. Pero proponían cambios sustantivos con el objetivo de mejorar la

38 Jordán, Tomás et al, *Guía Metodológica Para la Etapa Participativa Territorial* (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), 2016.

39 Jordán, Tomás et al, *Guía Metodológica Para la Etapa Participativa Territorial* (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), 2016.

democracia. Por ejemplo, si revisamos la figura a continuación, que incorpora las siete (7) preferencias en cuanto a las instituciones en los distintos niveles del debate constitucional efectuado en 2016, en todos los niveles la primera preferencia es: “plebiscitos, referendos y consultas”. También, se mencionan instituciones como el poder judicial, el Congreso, la Presidencia de la República, con mención también en específico al tipo de régimen político, las fuerzas armadas, el Gobierno regional, y se destacan otras instituciones como el defensor del pueblo/ciudadano, y en los niveles provinciales y regionales aparece una institución que resultó de la elección del ítem otros, la Asamblea Constituyente.

Consulta Individual	Encuentros Locales Autoconvocados	Cabildos Provinciales	Cabildos Regionales
Plebiscitos, referendos y consultas	Plebiscitos, referendos y consultas	Plebiscitos, referendos y consultas	Plebiscitos, referendos y consultas
Poder Judicial (estructura y funciones)	Congreso o parlamento	Defensor del pueblo/ciudadano	Congreso o parlamento
Congreso o parlamento	Defensor del pueblo/ciudadano	Congreso o parlamento	Defensor del pueblo/ciudadano
Presidencia de la República	Poder Judicial (estructura y funciones)	Poder Judicial (estructura y funciones)	Poder Judicial (estructura y funciones)
Cambio o Reforma Constitucional	Fuerzas Armadas	Fuerzas Armadas	Asamblea Constituyente
Defensor del pueblo/ciudadano	Gobierno regional	Gobierno regional	Fuerzas Armadas
Gobierno regional	Régimen de gobierno presidencial/semipresidencial/parlamentario	Asamblea constituyente	Gobierno regional

Tabla 3: Resultados de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente, con respecto a las Instituciones del Estado. Chile, 201640

Además de priorizar las instituciones del Estado que debía considerar la nueva Constitución, de acuerdo con la metodología el debate se dio en torno a

40 Elaboración propia basada en *Síntesis de resultados cuantitativos de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía* (Santiago: Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2017).

las características de dichas instituciones. El análisis cuantitativo, que refleja frecuencia de menciones, fue complementado con un análisis cualitativo que permite analizar el contenido de la reflexión frente a dichos conceptos. Es así como, los plebiscitos, referendos y consultas se asocian a la participación ciudadana y a la necesidad de que esta sea vinculante. Con respecto al Congreso, se lo menciona como una institución fundamental, y lo interesante es que aparece la propuesta de un Congreso unicameral. Luego, la institución del Defensor del pueblo o defensor ciudadano se menciona como una institución autónoma y relevante para la defensa de los derechos del pueblo. El Poder Judicial se describe como un poder autónomo y democrático, fundamental para que se cumpla la ley y la justicia. Los gobiernos regionales se mencionan en cuanto a la necesidad de la descentralización y de mayor autonomía de gestión de las regiones⁴¹.

Mirado en perspectiva, el debate dado por la ciudadanía entre abril y agosto de 2016, ya mostraba con claridad los niveles de acuerdo sobre la necesidad de un cambio en nuestro país, y también delineaba la dirección de esos cambios. En lo referido a las instituciones, los acuerdos sociales demandaban instituciones democráticas y que aseguren la justicia, la descentralización, la autonomía entre los poderes y la incidencia de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones.

Las propuestas en la Convención Constitucional

Para la elección de Convencionales Constituyentes, realizada el 15 y 16 de Mayo de 2021, se inscribieron 1.468 candidaturas. A partir de los programas de cada una de dichas candidaturas, el Observatorio Nueva Constitución elaboró un estudio comparado que analiza las principales propuestas constitucionales. Esto permite identificar las principales temáticas y enfoques del debate constitucional en Chile.

A partir de los datos sistematizados por el Observatorio Nueva Constitución, y presentados en su documento de Observación N°3 podemos observar el tipo de propuestas de las y los convencionales constituyentes, y la frecuencia de éstas.

⁴¹ Cristina Escudero, María, Ignacio Irrazábal y Rodrigo Márquez, *Informe Ejecutivo Sistematización de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía*, (Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2017).

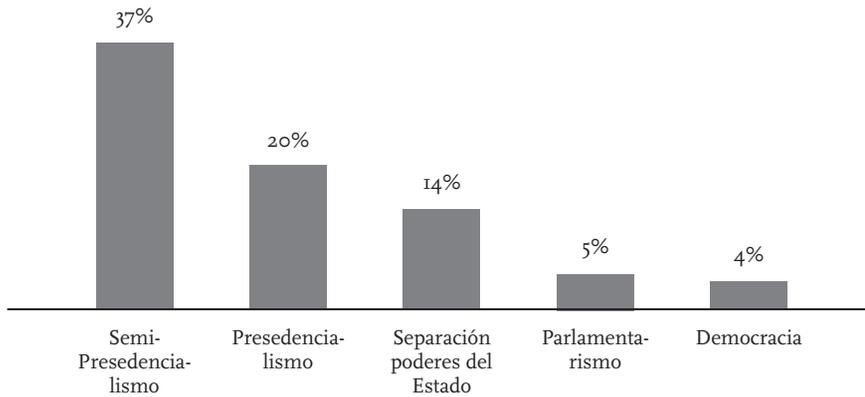


Gráfico 1: Materias más mencionadas en propuestas sobre régimen político (%)⁴²

Al analizar las dos propuestas de régimen político más recurrentes según origen de candidaturas, se puede destacar lo siguiente: a) El presidencialismo y el semi-presidencialismo son las medidas más mencionadas en los distintos tipos de candidaturas, b) En dos tipos de candidaturas - candidaturas independientes y pueblos indígenas -, se observa un empate en las preferencias en las dos medidas mencionadas, c) La medida de semi-presidencialismo se impone como la más mencionada en las candidaturas de lista de candidaturas independientes, independientes en lista de partidos políticos y en candidatos/as provenientes de partidos políticos, d) En las listas de candidaturas independientes se observa la mayor diferencia entra la primera mención y la segunda (29 puntos porcentuales), mostrando con ello una concentración de medidas relacionadas con la instauración de un sistema semi-presidencial.

⁴² Fuente: Elaboración propia con datos de candidaturas a la Convención Constitucional elaborados por el Observatorio Nueva Constitución. Nota: El número total de propuestas asciende a 770.

Origen candidaturas	Propuesta	#	%
Candidaturas independientes	Presidencialismo	6	43%
	Semi-Presidencialismo	6	43%
Lista candidaturas independientes	Semi-Presidencialismo	159	45%
	Presidencialismo	55	16%
Lista partidos - independientes	Semi-Presidencialismo	41	27%
	Presidencialismo	33	22%
Partidos políticos	Semi-Presidencialismo	68	32%
	Presidencialismo	48	22%
Pueblos indígenas	Presidencialismo	11	30%
	Semi-Presidencialismo	11	30%

Tabla 4: Propuestas de régimen político más recurrentes según origen de candidaturas. Fuente: Observatorio Nueva Constitución. Observación N°3 (2021)

Al analizar las materias propias del régimen político más mencionadas por las candidaturas se observa: a) una tendencia marcada a modificar el presidencialismo chileno actual. Ello se evidencia en que, tanto en el semi-presidencialismo como en el parlamentarismo, el 100% de dichas propuestas están a favor de aumentar prerrogativas para dejar atrás el presidencialismo; b) el 70% de las propuestas sobre presidencialismo, apuntan a reducirlo, mientras que un 20% señala que desea mantenerlo, y sólo un 6,5% desea aumentar el presidencialismo.

Sobre la tercera materia más mencionada sobre régimen político, se observan dos aspectos relevantes en relación a la separación de poderes del Estado: a) existe un alto consenso (86%) en que las ramas del Estado deben equilibrar sus poderes (funciones y atribuciones); b) se encuentra el hecho de la cooperación entre las mismas.

En específico, estas propuestas apuntan a una deseable relación de cooperación entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, proponiendo mecanismos que aseguren los gobiernos de mayoría, es decir, que eviten el gobierno dividido.

Al analizar las propuestas de acuerdo a las listas en que se presentaron las candidaturas, la Tabla 5 muestra que existe un claro acuerdo sobre reducir el presidencialismo en todas las listas, sobre todo en las listas del Apruebo y listas de independientes. Segundo, tanto Apruebo Dignidad como Vamos por Chile están por reducir el presidencialismo, lo cual se aprecia en que dichas propuestas se inclinan por sobre el 70% de las propuestas. Tercero, la lista de Vamos por Chile es la única lista donde existe una medida a favor de profundizar el presidencialismo.

Listas	A favor	Mantener	Reducir	Otro	Total
Apruebo Dignidad	---	8 (24%)	25 (76%)	---	33
Lista del Apruebo	---	1 (9%)	9 (82%)	1 (9%)	11
Vamos por Chile	1 (4%)	7 (25%)	20 (71%)	---	28
Listas de independientes	---	3 (5%)	52 (95%)	---	55
Pueblos indígenas	---	4 (36%)	11 (64%)	---	11
Candidaturas independientes	---	3 (50%)	3 (50%)	---	6

Tabla 5: Presidencialismo según propuestas y listas. Fuente: Observatorio Nueva Constitución. Observación N°3 (2021)

Las preferencias ciudadanas parecen coincidir con los planteamientos de Convencionales Constituyentes, y con los diálogos ciudadanos de 2016. En una encuesta realizada entre el viernes 9 y el martes 13 de julio de 2021⁴³ se consultó sobre cuál debiera ser la figura central en el régimen político. Un 43% de los consultados está a favor de que sea el Presidente o Presidenta de la República, mientras que un 26% estaría de acuerdo en que sea el Congreso. En tanto, un 30% contestó que no sabía.

Al desglosar los resultados por identificación política, un 63% de los encuestados que se identifica con la derecha estuvo por que el poder del régimen

43 Segunda edición de la Encuesta Zoom de ReConstitución -realizada por La Tercera, Critería y la Cámara Chilena de la Construcción. <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/encuesta-zoom-de-reconstitucion-43-esta-a-favor-de-regimen-donde-la-figura-central-sea-el-presidente-y-no-el-congreso/YZTGD643TVFSHEYD32NFFYYPBI/>

político estuviera centrado en la figura del Presidente de la República; mientras que solo un 37% de quienes se identifican con la izquierda respaldaron mantener el poder político en un Mandatario. En tanto, un 45% que se siente de centro opinaba que el poder debía estar en manos de un Presidente. Al contrario, del 26% que apoya que el poder recaiga en el Congreso, un 41% se identifica con la izquierda, siendo el mayor porcentaje de apoyo, y solo un 16% de quienes se identifican con la derecha apoyaba que el poder fuera a parar a los diputados y senadores (y en este caso un 28% de los encuestados que se percibía de centro respaldaba al Congreso).

Del 43% de quienes respaldan centrar el poder en el Presidente, un 49% fueron hombres, y un 39%, mujeres. Revisado según tramo de edad, las personas de 45 y 54 años eran -con un 51%- la que más apoyaban que el Mandatario o Mandataria sea la figura central.

Reflexiones finales

La Convención Constitucional de Chile es una de las principales innovaciones democráticas de las últimas décadas. El proceso constituyente de Chile ha permitido canalizar el malestar social frente al sistema político y el modelo económico, por vía democrática e institucional.

Las reglas electorales que regularon la elección de la Convención Constitucional, permitieron que ésta integrara un número importante de nuevas y nuevos actores al debate público. Este órgano constituye una innovación democrática porque por primera vez en el mundo existe un órgano constituyente paritario (78 hombre y 77 mujeres). Es innovador para Chile por que por primera vez se integra a las naciones originarias mediante escaños reservados. De los 155 integrantes de la Convención, 17 escaños fueron reservados para representar a los 10 pueblos originarios de Chile. Además, se incorporó una norma para que candidaturas independientes pudieran inscribir listas, lo que los hizo más competitivos. Es así que un 63% de las y los electos para la Convención, no tienen militancia política activa. Algunos de ellos se eligieron en listas de partidos, otros en listas de independientes.

Lo anterior se refleja en una Convención plural, donde no hay ninguna fuerza política que represente la mayoría. La Constitución política señala, a partir de la reforma de 2019 que regula el proceso constituyente, que el reglamento de votaciones y cada una de las normas deberán ser aprobadas por dos tercios (2/3) de los votos de la Convención. En el contexto de fragmentación

actual, la Convención tiene el gran desafío de construir esos acuerdos, y las materias de régimen político no son una excepción.

Lo que está claro es que parte importante de la ciudadanía reclama cambios importantes. En el plebiscito de octubre de 2020, el cual ratifica el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución de noviembre de 2019, un 78% de quienes participaron aprobaron iniciar el debate constitucional por medio de una Convención Constitucional plenamente electa por la ciudadanía.

En cuanto al régimen político, hay un consenso en el diagnóstico: la necesidad de atenuar el hiperpresidencialismo. Esto implica no sólo acotar las facultades del presidente(a), si no también fortalecer al Congreso como espacio de representación y deliberación, para lo que se requiere fortalecer el sistema de partidos políticos. La incorporación de la ciudadanía mediante mecanismos de democracia directa, permitirá que la representación democrática sea complementada con instancias de participación y deliberación ciudadana.

De acuerdo a los datos del Observatorio Nueva Constitución, las propuestas programáticas de las y los Convencionales van en ese rumbo. Queda por ver si al calor de la deliberación constitucional, se avanza en equilibrar los poderes ejecutivo y legislativo, e incorporar a la ciudadanía como actor clave en el nuevo ciclo político de Chile.

MÁS ALLÁ DE LA PARIDAD

Mariana Canales S.¹

Resumen

El presente artículo es una reflexión en torno a la paridad en la Convención Constitucional. El punto central es que dicho mecanismo no alcanza a superar los obstáculos para que las mujeres participemos en política, pues no apunta a las causas sociales y culturales de ese problema. En ese sentido, el principal objetivo es ofrecer una posible explicación a la baja participación femenina que permita encontrar elementos para superarla de manera estructural y permanente.

Introducción

La constante demanda por mayor participación femenina en los distintos espacios de la vida social ha adquirido gran fuerza durante los últimos años. En efecto, no es una preocupación que aqueje solo a las mujeres, sino que se ha extendido al punto de que empresas, instituciones políticas, el mundo del arte, la academia y otras esferas están haciendo un esfuerzo por incorporarlas, introduciendo mecanismos para promover dicha participación y en algunos casos corregir tal déficit.

Como es sabido, la política es una de las instancias en que la presencia femenina es mucho más escasa que la masculina. En ese marco, no era de extrañar que, una vez iniciado el proceso constituyente, la preocupación por asegurar la participación de las mujeres tomara un lugar central. Así, después de haber decidido embarcarse en este proceso, nuestro país se vio ante el desafío de diseñar la composición y funcionamiento del órgano que discutirá la

¹ Investigadora del Instituto de Estudios de la Sociedad. mcanales@ieschile.cl

eventual nueva constitución, tarea que supuso hacerse cargo de esa brecha. Finalmente, se llegó al mecanismo paritario que conocemos y que, más allá de la discusión que rodeó su instauración², ha sido reconocido mundialmente: de aprobarse una nueva constitución, sería la primera en todo el mundo redactada por un órgano paritario³.

Ahora, de tanto repetir que existe un problema, se suelen olvidar sus causas; en consecuencia, las soluciones muchas veces se orientan a dimensiones laterales del asunto. La pregunta es, entonces, si acaso el método elegido apunta a derribar las barreras más profundas que hacen difícil la llegada de las mujeres al sistema político. Dicho de otro modo, si este método efectivamente logra superar el déficit de participación de manera estructural y permanente. Si la respuesta es negativa, como sugeriremos a continuación, no significa necesariamente que los esfuerzos de este tipo sean superfluos, el punto es apuntar los dardos en la dirección correcta para generar cambios culturales más significativos.

El presente trabajo es una reflexión a propósito del mecanismo paritario que se adoptó para la Convención Constitucional. En primer lugar, desarrollaremos un breve comentario sobre el mecanismo específico que adoptamos en nuestro país. El punto central es que esta paridad (y otros mecanismos similares) no se orienta a superar las causas más profundas del problema, que hunden sus raíces en ciertos patrones culturales de la sociedad. En este sentido, veremos que, por sí mismo, es incapaz de producir los cambios necesarios para asegurar la presencia de las mujeres en las instancias en que se delibera sobre la vida común. En segundo lugar, entonces, buscamos ensayar una explicación a la baja participación femenina, con el objetivo de encontrar elementos que permitan incrementarla.

1. Paridad en la Convención Constitucional: un breve comentario

La paridad en la Convención Constitucional surgió para asegurar que las mujeres, que tradicionalmente han participado menos en política que los

2 La instauración de la paridad no fue pacífica. En primer lugar, la mesa técnica que estuvo a cargo de proponer la reforma constitucional para iniciar el proceso no llegó a acuerdo respecto a este asunto, y no incorporó ningún mecanismo paritario. Tampoco hubo acuerdo en incluirlo cuando se votó la reforma en el Congreso. Se adoptó, entonces, mediante una votación separada que supuso una amplia discusión.

3 [24horas.cl, Chile tendrá la primera constitución del mundo redactada por un órgano paritario, https://www.24horas.cl/politica/chile-tendra-la-primera-constitucion-del-mundo-redactada-por-un-organoparitario-4508006](https://www.24horas.cl/politica/chile-tendra-la-primera-constitucion-del-mundo-redactada-por-un-organoparitario-4508006)

hombres, estuviesen representadas en dicho órgano⁴. En efecto, la solución consistió en asignar un porcentaje determinado en las listas de candidatas, y luego un mecanismo de corrección en la distribución de escaños.

Dentro de las alternativas que se barajaron, esta ofrecía la posibilidad de garantizar una conformación del órgano que tuviese correlación con la composición de la sociedad. De este modo, la paridad se asemejaría en cierto sentido a un espejo de la sociedad. La lógica es que, si más o menos la mitad de la población son mujeres, entonces la mitad de la Convención deben ser mujeres. Como se ve, este mecanismo entiende la representación como una “descripción” de la sociedad⁵.

Ciertos grados de “descripción” colaboran a que las demandas específicas de quienes viven experiencias similares puedan estar representadas en los espacios en que se discuten los asuntos comunes. En efecto, quienes viven determinadas experiencias y se enfrentan a problemas del mismo tipo, pueden entenderlos mejor y comprender más acabadamente su urgencia y el modo de solucionarlos. Esto es particularmente cierto cuando algunas voces tienen dificultades de acceso al espacio público, y tal perspectiva es importante para la deliberación. Hasta un punto, eso sucede con las mujeres: el solo hecho de ser mujer en este mundo entrega una mirada, herramientas y un cierto modo de ser que se traduce en énfasis y prioridades específicos⁶. Las mujeres, por decirlo de alguna manera, entienden mejor los problemas de las mujeres.

Con todo, de ahí no se sigue necesariamente que los distintos grupos que componen la sociedad estén mejor representados por el solo hecho de que algunos de sus miembros estén proporcionalmente presentes en las instancias representativas. En efecto, tener las mismas características o vivir experiencias similares a quienes se encuentran en los espacios deliberativos no significa que se esté de acuerdo con sus posiciones políticas. Esto se debe a que el juicio respecto de lo bueno, la elección de un fin y de los medios para alcanzarlo no dependen de determinados rasgos físicos o sociales comunes ni de la experiencia de vida. Dicho de otra manera, pertenecer a cierto colectivo —una etnia, raza, clase social o sexo— no implica poseer necesariamente ciertas posiciones, sobre todo en materia política, donde los criterios de prudencia bien pueden variar.

4 Ver moción parlamentaria.

5 Ver Pitkin Hannah, *The concept of representation*, (University of California Press), 1967, cap. IV.

6 Ver el trabajo de Lena Wägnerud. Para un resumen de sus planteamientos: <https://www.youtube.com/watch?v=vsP6suMsLIA>

Una mujer legítimamente puede discrepar de otra en temas que para ambas son relevantes. El aborto es un ejemplo claro: ahí donde muchas mujeres ven un derecho y un signo de libertad, otras ven un acto aborrecible. Y aunque con diferente intensidad, en la discusión sobre la paridad ocurrió algo parecido. Ahí ni siquiera hubo acuerdo entre las propias parlamentarias, pues no todas votaron a favor del proyecto, incluso algunas de las que lo hicieron, votaron reconociendo explícitamente que el mecanismo no era el que más las convencía⁷. Ejemplos de ese tipo hay muchos⁸. Así, ni siquiera es posible afirmar que exista unanimidad en qué significa ser “pro-mujer”, pues hay tanta variedad de mujeres – y por lo tanto de ideas y percepciones del mundo – como mujeres existen.

En consecuencia, no es posible decir genéricamente que las mujeres estamos mejor representadas en la Convención porque hay en ella la misma proporción de mujeres que encontramos en la sociedad. Aquello es caer en un simplismo radical, y supone una mirada demasiado esencialista de lo femenino. La lógica de la descripción, entonces, es insuficiente en ese sentido.

Adicionalmente, el mecanismo de paridad elegido tiene el inconveniente de que distorsiona la elección democrática, cuestión que es especialmente delicada si consideramos la distancia entre los órganos representativos y la ciudadanía. Con el mecanismo actual, el resultado de una elección cambia si no se han elegido la misma cantidad de mujeres y hombres, de modo tal que un candidato o candidata electos puede quedar fuera en favor de alguien que no recibió el apoyo popular necesario. Así, por un lado, se transgrede la voluntad de la ciudadanía y, por otro, el sistema electoral se hace más difícil de asir. Esto último es relevante porque los ciudadanos deben ser capaces de entender su sistema electoral y ver cómo su voto se traduce en resultados concretos. De lo contrario, percibirán que su participación nunca llega a materializarse en algo, profundizándose la distancia entre representantes y representados.

7 Ver la discusión de la ley en: bcn.cl, Historia de la Ley. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7733/>. Para ver la votación: cnnchile.com, Marcela Sabat se abstuvo: Los diputados y diputadas que votaron contra la paridad género y escaños reservados, 18 de diciembre de 2019, https://www.cnnchile.com/pais/diputados-votaron-contra-paridad-genero-escaños-reservados_20191218/ t13.cl, Así votaron los senadores la aprobación de paridad de género para el órgano constituyente, 4 de marzo de 2020, <https://www.t13.cl/noticia/plebiscito-2020/politica/asi-votaron-senadores-aprobacion-paridad-genero-organo-constituyente>

8 Para un análisis de este tema en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ver Catalina Salem, “Las decisiones de las ministras del TC en materia de discriminación en contra de la mujer” en Actualidad jurídica N°41 (UDD), 2020. En ese trabajo, Salem concluye que “no fue posible comprobar que por el hecho de ser mujeres ejerzan un papel representativo de su sexo influenciando la deliberación del TC en favor de la mujer, a través de una sola voz femenina”.

A esto se podrá responder que todos los sistemas electorales distorsionan en algún grado la voluntad popular en la medida en que utilizan diversas fórmulas que modifican las simples mayorías. Si bien eso es cierto –y, en muchos casos los sistemas electorales complejos adolecen del mismo error que comentamos –, la diferencia del sistema de paridad que adoptamos es que opera ex post, es decir, cambia el resultado mismo de la elección, no el modo en que se llega a él.

Los problemas expuestos pueden considerarse menores y aceptarse por diversas razones. Hay, sin embargo, un punto que merece mayor atención: no es claro que la paridad esté apuntando en la dirección indicada. En sus inicios, el proyecto buscaba que el órgano constituyente fuera representativo, de modo tal “que no se excluya a grupos que de manera histórica no han tenido una participación acorde al porcentaje real que ellos detentan en la sociedad”. Las mujeres, según la moción parlamentaria, conformarían uno de los grupos que merecía ser protegido a través de este tipo de “discriminación positiva”⁹.

Pareciera, entonces, que el problema de la baja participación femenina se soluciona otorgándoles más espacios en estas instancias. La dificultad que subyace a este razonamiento, sin embargo, es que las mujeres participan poco en política, no necesariamente porque tengan menos acceso a esos espacios (aunque algo de eso existe), sino porque el modo en que opera nuestra sociedad hace que ello sea mucho más costoso para las mujeres que para los hombres. Se trata, entonces, de causas sociales mucho más profundas, de dinámicas culturales que no pueden ser erradicadas solo con poner a disposición de las mujeres escaños desde los cuales influir.

2. Un problema profundo

Una mirada a nuestra sociedad basta para darse cuenta que, para las mujeres, estar presente en determinados espacios muchas veces supone una elección que implica grandes renunciaciones. Dichas renunciaciones usualmente son mayores que aquellas que deben hacer los hombres. Los ejemplos son múltiples, pero pensemos en la clásica disyuntiva entre tener un trabajo demandante y tener una familia (el asunto se vuelve más dramático en aquellos casos en que ni siquiera hay una elección, y las mujeres se ven obligadas a alejarse de sus familias para sustentarlas). O, más acorde al tema que comentamos, dedicarse de manera profesional a la política y tener una familia. El problema tiene dos

⁹ Moción parlamentaria, ver: bcn.cl, Historia de la ley. https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7733/HLD_7733-749aod2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

dimensiones. Por un lado, pareciera siempre haber una elección, como si no se pudieran compatibilizar distintas opciones de vida; y por otro, la elección parece ser más costosa para la mujer.

Una parte del problema se puede explicar por lo que el filósofo francés, Pierre Manent, llama la organización de las separaciones¹⁰, lógica que según él impera en las sociedades modernas. En efecto, éstas últimas tienden a parcelar, distinguir y separar las distintas dimensiones de la vida social, de manera que ella nunca es vista como un todo - como una -, sino que solo se entiende a través de sus distintas esferas. Así, la vida familiar es una dimensión específica y separada del mundo laboral, la política corre por carril separado a la vida privada, y la educación es absolutamente distinguible de la ética. Dichas esferas no tienen ningún canal de comunicación con las demás, y lo que ocurre en una, se piensa, no debiese influir en las otras. La vida en sociedad, entonces, toma un orden diferente según la esfera de la vida desde la que se mire, y muchas veces se vuelve difícil el diálogo entre los diversos subsistemas sociales. Como consecuencia, el desarrollo humano no se concibe como algo integral, sino que se separa en parcelas independientes. Así, las sociedades modernas crean una suerte de exclusión entre los distintos bienes que lo componen. En el ejemplo que veíamos, el servicio al país a través de la política se presenta como incompatible con entregarse a los hijos (u otra alternativa).

Sin embargo, el desarrollo humano es complejo y supone una gran variedad de bienes, como el esfuerzo, la entrega a otros o la amistad. Al ignorar ese hecho y mirar la existencia humana solamente desde una dimensión, se construye una falsa dicotomía entre todos esos bienes. La vida humana, por el contrario, se desenvuelve en múltiples ámbitos, por lo que cualquier aproximación a ella necesariamente debe pensar cómo la misma persona opera en sistemas distintos.

Desde luego, esa lógica tiene efectos en todos, pero repercute de manera especial en las mujeres, para quienes el sacrificio de optar por una u otra alternativa suele ser mayor al del hombre. La pregunta es por qué.

Esta segunda dimensión del problema tiene que ver con la estricta separación de roles asociados a mujeres y hombres. En nuestras sociedades, las responsabilidades de cuidado, crianza y educación suelen asociarse mucho más a las mujeres, transformándolas muchas veces en responsables exclusivas

10 Manent Pierre, *Curso de filosofía política*, (IES), 2016, Cap. I.

de tales labores¹¹. Parte de esto se explica por el modo en que se ha comprendido la maternidad. Es cierto que hay elementos naturales que la hacen incompatible, al menos momentáneamente, con otras actividades. Pero hay otros que, aunque no se siguen de la maternidad, se atribuyen a ella. Así, por ejemplo, la responsabilidad en el cuidado se asocia a la madre o a la hija mucho más que al padre o al hijo. En el ámbito de la crianza, la baja responsabilidad solo contribuye a cargar más la mano a la mujer, para quien se vuelve entonces más difícil el desarrollo en otras dimensiones de la vida. Sin duda, si es que tales responsabilidades se compartieran, se recibiera más ayuda o existiera un entramado institucional y social que lo hiciera factible, más mujeres participarían en política y en otras instancias. Sin embargo, al no poder distribuir las responsabilidades, el costo para la mujer de participar en esos espacios es mayor.

Ahora bien, ambas dimensiones del problema, la necesidad de siempre elegir entre alternativas que se presentan como excluyentes y la estricta distinción de roles, se alimentan mutuamente y agravan el problema. Por ejemplo, como la vida familiar está separada de todas las otras instancias de la vida social, y las labores de cuidado de la familia suelen asociarse a la mujer, más se perpetúan los roles que se atribuyen a ella y; al revés, mientras más se asocian, por ejemplo, las labores de crianza a la mujer, menos espacio hay para que se desarrolle en instancias distintas. Así, las sociedades contemporáneas no pueden sino ser ciegas a las causas de la baja participación femenina, pues ellas se ordenan según aquella lógica que separa y divide. Basta pensar en los horarios de trabajo, las dinámicas de la política o los parámetros para medir el éxito, para darse cuenta de que las posibilidades de realizar otras actividades o cultivar otras dimensiones de la vida son bajísimas.

Las trabas, entonces, para que las mujeres participen en las diversas instancias de la vida social, y en especial en política, son más profundas que la sola falta de espacios para hacerlo. El punto es que no basta ofrecer espacios o puestos para que ella participe, porque aun teniendo la posibilidad

¹¹ Esto se ha agudizado durante la pandemia, como demuestran diversos estudios. Así, por ejemplo, el Centro de Encuestas y Estudios Longitudinales de la UC evidencia que las mujeres dedicaron 9 horas semanales más que los hombres a tareas domésticas, y 14 horas más en el cuidado de niños de 14 años. “Estudio Longitudinal empleo covid-19: datos de empleo en tiempo real” 13 de agosto 2020. Disponible en: <https://www.uc.cl/site/efs/files/11364/presentacion-estudio-empleo-covid19-13082020.pdf> Según un estudio del ESE Business School de la Universidad de Los Andes, la pandemia aumentó la carga de trabajo dentro del hogar de las mujeres debido a la igual distribución de dichas tareas, la falta de redes de apoyo y el impacto en el empleo femenino. “La brecha de género de la pandemia”, Centro de Estudios Financieros Ese Business School, N° 38 septiembre. Disponible en: https://ese.cl/ese/site/artic/20200921/asocfile/20200921101435/tema_analisis_oct_2020.pdf

de ocuparlos, su presencia ahí puede suponer renunciar a otro lugar; y hay muchas mujeres que no están dispuestas a incurrir en ese costo o que simplemente no pueden permitirse hacerlo. Esto último supone un problema adicional que se relaciona con la homogenización de los espacios. Si la solución que encontramos a la baja participación femenina en política es poner a su disposición escaños o puestos de responsabilidad, pero no hacemos nada más, dichos espacios serán ocupados solo por aquellas mujeres que no tienen que elegir entre otras opciones, o bien, dicha elección no supone para ellas un costo. Por ejemplo, mujeres sin familias o con los recursos suficientes para contratar apoyo en las labores que ella implica. Así, las instancias de participación perderán en riqueza de puntos de vista en la medida en que solo un tipo de mujeres llega a ellas. Como advierte Jean Claude Michéa, puede que tengamos asambleas políticas con porcentajes altos de mujeres, pero tremendamente homogéneas¹². Si dichos espacios deben reflejar la diversidad de puntos de vista presentes en una sociedad, tal escenario es un contrasentido.

Reflexiones finales

No es necesario buscar razones que justifiquen la participación de las mujeres en política, pues el solo hecho de ser parte de una comunidad la faculta para participar en la decisión de los asuntos comunes en igualdad de condiciones. En ese sentido, es un asunto de justicia que la mitad de la población tenga la oportunidad de influir en aquellas cuestiones que afectan a todos. Dicho de otro modo: aunque no tuviesen nada distintivo que aportar en los espacios políticos, las mujeres han de participar en ellos por su sola pertenencia a la sociedad.

Con todo, y dada su ausencia en lugares relevantes para la vida en común, todos los miembros de la sociedad debiesen estar interesados en promover su presencia en dichas instancias. No solo por un asunto de justicia, como decíamos, sino porque con la presencia de las mujeres toda la sociedad gana. Por un lado, las mujeres poseen una cierta especificidad que introduce una nota distintiva en los espacios deliberativos que es positiva para la democracia. Por otro, si las mujeres no se incorporan adecuadamente, inevitablemente se desperdician talentos, preparación y miradas que aportan al desarrollo integral del país. En último término, la presencia de las mujeres en las diversas

¹² Dissentmagazine.org, An interview with Jean Claude Michéa, 7 de junio, 2019, https://www.dissentmagazine.org/online_articles/an-interview-with-jean-claude-michea

instancias de la vida social implica un aporte que beneficia a todos y, por eso, trabajar por la mujer es en definitiva trabajar por toda la sociedad¹³.

Así, si por distintas razones consideramos justo y deseable que las mujeres tengan una presencia más significativa en espacios relevantes dentro de la sociedad, como el político, debemos esforzarnos por erradicar las causas que le impiden participar en ellos. De este modo, debemos apuntar, en primer lugar, a superar la mentalidad según la cual los distintos ámbitos de la vida son absolutamente independientes unos de otros. En ese sentido, urge replantearse, por ejemplo, nuestra cultura laboral, que con frecuencia no deja espacio para ninguna otra actividad. En segundo lugar, es imprescindible promover y fortalecer la corresponsabilidad y las ayudas a las madres y mujeres que se dedican al cuidado de adultos mayores, hijos y otros, de manera que no sea la mujer la que cargue sola con responsabilidades que no tienen por qué ser exclusivamente suyas. Cambios en esos sentidos son los que permitirán que las mujeres tengan una presencia significativa no solo en la política, sino en otros espacios de toma de decisiones y en distintas instancias de la vida social. Y cuánto ganaría nuestro país con eso.

13 Siles y Caviedes, “El cuerpo en disputa: hacia una experiencia común de lo femenino” en *Primera persona singular*, (IES), 2019, pg. 108.

