

RODRIGO VALDÉS Y RODRIGO VERGARA
editores

Aspectos
económicos en la
Constitución

Alternativas y propuestas para Chile



RODRIGO VALDÉS Y RODRIGO VERGARA
EDITORES

Aspectos económicos de la Constitución

ALTERNATIVAS Y PROPUESTAS PARA CHILE



CEP | CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS
www.cepchile.cl

Primera edición, FCE Chile, 2020
Segunda edición, FCE Chile, 2021

Valdés, Rodrigo, Rodrigo Vergara (eds.)

Aspectos económicos de la constitución. Alternativas y propuestas para Chile / ed. de Rodrigo Valdés, Rodrigo Vergara. – 2ª ed. – Santiago de Chile : FCE, CEP, 2021

208 p. ; 23 x 17 cm – (Colec. Economía)

ISBN 978-956-289-226-1

1. Chile [Constituciones] -2021 2. Economía – Chile – Políticas públicas 3. Economía – Historia – Chile 4. Chile – Política y gobierno I. Vergara, Rodrigo, ed. II. Ser. III. t.

LC KHF2914

Dewey 342.83 V125a

Distribución mundial para lengua española

© Rodrigo Valdés, Rodrigo Vergara

D.R. © 2021, Centro de Estudios Públicos (CEP)
Monseñor Sótero Sanz 162, Providencia, Santiago, Chile

D.R. © 2021, Fondo de Cultura Económica Chile S.A.
Av. Paseo Bulnes 152, Santiago, Chile
www.fondodeculturaeconomica.cl
Comentarios: editorial@fcechile.cl
Teléfono: (562) 2594 4132

Fondo de Cultura Económica
Carretera Picacho-Ajusco, 227; 14738 Ciudad de México
www.fondodeculturaeconomica.com

Coordinación editorial: Fondo de Cultura Económica Chile S.A.
Cuidado de la edición: Centro de Estudios Públicos
Diseño de portada: Macarena Rojas Líbano
Foto de portada: ©José Luis Rissetti Zúniga

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra —incluido el diseño tipográfico y de portada—, sea cual fuere el medio, electrónico o mecánico, sin el consentimiento por escrito de los editores.

ISBN 978-956-289-226-1

Impreso en Chile • *Printed in Chile*

ÍNDICE

<i>Prólogo</i>	11
<i>Introducción</i>	15
<i>Agradecimientos.</i>	29

Capítulo I

INICIATIVA PRESIDENCIAL EXCLUSIVA EN MATERIA DE GASTO PÚBLICO

Jorge Rodríguez y Rodrigo Vergara

Resumen	31
1. Introducción	32
2. Iniciativa exclusiva de gasto en las constituciones de Chile	34
3. Evidencia comparada	37
4. Conclusiones	40
5. Referencias	43
6. Anexo	45
7. Comentarios del resto de los autores a la propuesta	46

Capítulo II

PROCESO PRESUPUESTARIO

Sebastián Claro y Andrea Repetto

Resumen	49
1. Introducción	50
2. Relevancia económica: ¿por qué es importante?	51
3. Breve historia constitucional de Chile	52
4. Evidencia comparada	54
5. Temas clave	56
6. Propuesta	58
7. Referencias	61
8. Comentarios del resto de los autores a la propuesta	62

Capítulo III

FORMA DEL ESTADO Y GESTIÓN FISCAL

Pablo Correa y Jorge Rodríguez

Resumen	67
1. Introducción	68
2. Evolución constitucional	71
3. Casos internacionales de interés	74
4. Conclusiones y recomendaciones	77
5. Referencias	81
6. Comentarios del resto de los autores a la propuesta	83

Capítulo IV

BANCO CENTRAL DE CHILE

Sebastián Claro y Rodrigo Valdés

Resumen	87
1. Introducción	88
2. El Banco Central de Chile en las constituciones	90
3. Experiencia comparada	91
4. Propuesta constitucional específica	99
5. Referencias	100
6. Comentarios del resto de los autores a la propuesta	101

Capítulo V

LA PROPIEDAD PRIVADA

Luis Eduardo Escobar y Rodrigo Vergara

Resumen	105
1. Introducción	106
2. La experiencia constitucional de Chile	107
3. Evidencia comparada	112
4. Conclusiones y propuesta	115
5. Referencias	116
6. Comentarios del resto de los autores a la propuesta	117

Capítulo VI

AGUA Y MINERÍA EN LA CONSTITUCIÓN

Andrea Repetto, Claudia Sanhueza y Rodrigo Valdés

Resumen	119
1. Introducción	120

2. Antecedentes y experiencias de interés	121
3. ¿Qué dice la Constitución y la tradición legal?	127
4. Algunos principios ordenadores	132
5. Propuesta	134
6. Referencias	135
7. Comentarios del resto de los autores a la propuesta	136

Capítulo VII

LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Sylvia Eyzaguirre y Claudia Sanhueza

Resumen	141
1. Introducción	142
2. Antecedentes de los derechos económicos y sociales en la historia constitucional chilena	147
3. Evidencia comparada	152
4. Propuestas	158
5. Referencias	163
6. Anexo	165
7. Comentarios del resto de los autores a las propuestas	167

Capítulo VIII

ESTADO SUBSIDIARIO Y ESTADO EMPRESARIO

Pablo Correa, Luis Eduardo Escobar y Sylvia Eyzaguirre

Resumen	173
1. Introducción	174
2. Evolución del rol del Estado a la luz de la historia constitucional	176
3. Evidencia comparada	181
4. Discusión política actual y propuesta	187
5. Referencias	190
6. Anexo	193
7. Comentarios del resto de los autores a la propuesta	199

Sobre los autores	205
-----------------------------	-----

PRÓLOGO

De alguna manera, el ejercicio que refleja este libro anticipa la conversación que se desplegará al interior de la Convención Constitucional que, a mediados de 2021, comenzará a discutir el nuevo texto que guiará a los chilenos. Porque si bien la Constitución es antes que nada un texto jurídico, es más que ello. Sus contenidos son extensos y diversos como la sociedad a la que pretende regir. Se intenta expresar en un lenguaje jurídico, claro, para darle una forma lo más inequívoca posible, con la intención de facilitar la certeza de su vigencia futura. Pero, por su carácter, los contenidos que subyacen en el texto constitucional pueden ser objeto de las más distintas disciplinas y enfoques.

Aquí, un conjunto de ocho economistas y una filósofa —una filósofa especialmente sensible a los dilemas que se derivan de la escasez de los recursos— se adentran en la ineludible dimensión económica que posee una Constitución.

Las instituciones pueden ser entendidas como un conjunto relativamente estable de reglas y recursos. Toda Constitución aspira a proyectar una luz institucional sobre la sociedad que la adopta. Necesariamente, por tanto, se referirá a los recursos que, por su esencial escasez, son el objeto central de la economía. Nada más pertinente, entonces, que los economistas se preocupen y se pronuncien sobre el diseño institucional.

Y en este libro lo han hecho de un modo sistemático, analizando buena parte de las materias que, con mayor relevancia económica, suelen recorrer nuestras constituciones, y realizando propuestas que contribuyen a su mejoramiento. Si dividimos el contenido constitucional del modo en que tradicionalmente se hace, advertimos dos partes. Una es la parte “orgánica” o “institucional”, mientras que la otra es la parte “sustantiva” o “dogmática”. La primera dibuja la arquitectura básica del Estado. La segunda se refiere a los derechos que se garantizan a las personas. Este libro atraviesa las dos.

En la parte orgánica, este libro recorre distintas materias que forman parte de lo que el jurista argentino Roberto Gargarella llama, con acierto, la “sala de máquinas” de la Constitución. Esas materias son la iniciativa

legislativa que en forma exclusiva posee la Presidencia de la República sobre el gasto fiscal y, estrechamente vinculado a ella, el proceso en virtud del cual se define y aprueba el Presupuesto de la Nación. También en un conjunto relacionado, figura el vínculo existente entre la distribución geográfica del poder del Estado y la gestión fiscal. Además, un capítulo refiere al Banco Central y su estatuto de autonomía constitucional.

En la parte dogmática, examina un derecho clásico de los llamados de “primera generación”: el derecho de propiedad. Y también explora los derechos usualmente llamados de “segunda generación”, como son los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Como es evidente, el punto de vista económico tiene aquí mucho que decir. El derecho de propiedad vincula a las personas con los recursos de un modo que es oponible a terceros. Y los DESC pueden llegar a tener un efecto intensamente redistributivo de recursos. Por último, estas páginas también se preguntan por la delicada cuestión relativa al tipo de Estado que podría o no estar definido en la Constitución.

La discusión sobre las dimensiones económicas de la Constitución se centra entonces en organizar los aspectos fundamentales del Estado, así como en establecer ciertos límites para el ejercicio de la democracia. Por una parte, el eje “orgánico” o “institucional” pareciera dibujar un plano cartesiano, similar a aquellos con que los profesores de economía desarrollan sus explicaciones en clases. En el eje horizontal se establece la doctrina de separación de poderes, especialmente la relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, así como el lugar que correspondería a organismos constitucionalmente autónomos, como el Banco Central o la Contraloría General de la República. En el eje vertical, a su vez, se discute la distribución territorial del Estado y la manera en que mayores niveles de descentralización afectarían los incentivos de quienes administran las finanzas públicas.

Por otra parte, el eje “sustantivo” o “dogmático” propone una discusión acerca de los límites de la democracia. Desde una perspectiva intergeneracional, pareciera existir un estándar material de vida, un conjunto de prestaciones sociales, cuya garantía no depende del Congreso o del Gobierno, sino que los jueces pueden ordenar directamente su satisfacción. Ello, sin embargo, pareciera encontrar un límite, también constitucional, en instituciones destinadas a preservar la democracia intergeneracional. Ciertamente, en un mundo con recursos escasos la capacidad de gasto de generaciones futuras depende de la sustentabilidad financiera que tengan las decisiones adoptadas en el presente.

Al empezar este prólogo se señaló que, de alguna manera, el ejercicio que registra este libro anticipa la conversación que animará la próxima deliberación constituyente, en el entendido de que ella será necesariamente multidisciplinaria. Pero, además, cabe expresar el deseo de que este libro anticipe el modo en que dicha deliberación se desplegará, porque las personas que

participaron en él lo hicieron de un modo atento a la historia y al hecho de que las instituciones que comprende la Constitución arrastran consigo su propia historia —muchas veces larga—, de la que vale la pena aprender, para mantenerla o modificarla con racionalidad. Así, pusieron en el lugar que corresponde la metáfora de la “hoja en blanco”: solo un mecanismo de reemplazo constitucional y no —por ser ilusorio e insensato— un llamado a comenzar desde cero, de espaldas a la tradición. Y dichas personas, también, se entregaron a este ejercicio con un genuino ánimo deliberativo, entregando razones para persuadir y dispuestos a ser persuadidos cuando las razones contrarias eran mejores.

Los ocho economistas y la filósofa que aquí escriben logran una virtuosa combinación entre un cierto candor académico y un evidente sentido de lo público.

DIEGO PARDOW
LUCAS SIERRA

INTRODUCCIÓN

Chile vive lo que se conoce como un “momento constitucional”: un período en que los ciudadanos deliberan intensamente sobre su norma común principal. Después del triunfo de la opción Apruebo en el plebiscito de octubre de 2020, 155 miembros de una Convención Constituyente serán elegidos en elecciones programadas para abril de 2021. Luego, los convencionales elegidos tendrán nueve meses prorrogables por otros tres meses para acordar, escribir y proponer una nueva Constitución para Chile, la que posteriormente será sometida a un plebiscito ratificatorio. De aprobarse, esta nueva Constitución reemplazará a la actual, la de 1980, que fue reformada de manera relevante en 1989 y 2005.

Son, sin duda, múltiples los temas y las aristas que tocará la discusión de la Convención, para lo que se necesita información y análisis si se quiere una deliberación constructiva. Entre otros temas, será parte del debate la definición misma de la Nación, además de las libertades, los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los ciudadanos, el régimen político, la organización del territorio, el régimen jurisdiccional y la potestad constituyente.¹ Según lo plasmado en la Constitución actual, luego de un acuerdo político a fines de 2019, la nueva Constitución se escribirá siguiendo reglas que acordará la propia Convención por 2/3 de sus miembros. Es esperable y deseable que existan diversas vertientes que contribuyan a la discusión y sirvan de antecedentes para la profunda deliberación requerida. Este libro es un esfuerzo en esa dirección.

El volumen se concentra en ocho aspectos económicos concretos que deberá enfrentar la discusión constitucional: 1) la iniciativa exclusiva presidencial en materia de gasto público; 2) las reglas del proceso presupuestario; 3) la forma del Estado y su gestión fiscal; 4) la autonomía y objetivos

¹ Por cierto, estas modificaciones se harán dentro de cierto marco general. Por ejemplo, en el cambio constitucional que regula este proceso se dice: “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”.

del Banco Central; 5) el régimen de protección y obligaciones de la propiedad privada; 6) las regulaciones constitucionales del agua y la minería; 7) la manera de presentar los derechos económicos y sociales; y 8) las directrices y límites sobre Estado subsidiario y Estado empresario.

La racionalidad detrás de escoger estos temas específicos son, por un lado, acotarlos de manera de lograr cierta profundidad en el análisis de cada uno. Por el otro, los autores de los capítulos son en su gran mayoría economistas y son los temas más cercanos a su experticia. Cabe también mencionar que la propia elección de los temas siguió un proceso de deliberación entre los autores y, en todo caso, dichos temas dicen relación con materias que son parte relevante del debate reciente sobre aspectos económicos de la Constitución en Chile. En términos generales, se relacionan con la política fiscal, con la política monetaria, con la propiedad privada y con los derechos económicos y sociales y su provisión (rol del Estado).

Por cierto, hay muchos temas constitucionales tanto o más importantes que los que se analizan en este libro. Por ejemplo, eventuales cambios al régimen político tendrían efectos en múltiples dimensiones. En algunos capítulos de este volumen se discute cómo cambiarían algunas conclusiones bajo modificaciones del sistema presidencial actual, pero no se analiza directamente. Tampoco se buscó ser exhaustivo en los temas económicos, pero sí tomar algunos de aquellos que parecen más candentes para la discusión.

Aunque el objetivo último del libro es contribuir a que la discusión constitucional en Chile (y eventualmente en otros países) sea lo más informada posible, el ejercicio realizado detrás de su preparación también representa una experiencia de deliberación colectiva de cierto valor. En efecto, si bien desde el punto de vista disciplinar el grupo es bastante homogéneo, los autores de este libro tienen opiniones políticas disímiles y reflejan un arco relativamente amplio de posturas. Los resultados muestran que, aunque muchas veces no hay opiniones unánimes, la dispersión de juicios es más acotada de lo que se podría suponer. En la mayoría de los casos se trata de matices. Y cuando hay diferencias más pronunciadas, también se pueden encontrar elementos comunes, lo que permite acercar posiciones.

METODOLOGÍA

El trabajo realizado para este libro se inspira en el proceso detrás de *Diálogos Constitucionales* (2015)² y *Propuestas Constitucionales* (2016),³ editados por Lucas Sierra, en que un grupo de abogados de distintas visiones políticas dialogaron sobre contenidos constitucionales. En este libro, cada capítulo tiene dos o tres autores que analizan cada materia desde una perspectiva económica. En cada caso, se discuten aspectos del tema desde el punto de vista teórico y se revisan las constituciones chilenas y la experiencia comparada más relevante (constitucional y práctica). Para esto último, se usa especialmente el material que ha reunido el Comparative Constitutions Project,⁴ que permite comparar constituciones y cuantificar ciertas prácticas, así como literatura técnica sobre los distintos temas, siempre cuidando las especificidades de cada realidad.

Cada capítulo termina con una propuesta concreta y razonada para la nueva Constitución, aunque no se propone una redacción jurídica específica. Asimismo, para cada uno de los capítulos se buscó parear autores que no estuvieran fácilmente de acuerdo *ex ante* y se les pidió que se esforzaran en acordar propuestas de contenido específico común cuando fuera posible.

Además de la propuesta constitucional de cada tema (o más de una si no hay consenso entre los autores, lo que se produjo en uno de los ocho capítulos y en un aspecto puntual de otro), se incluye en cada capítulo una breve opinión crítica del resto de los autores del volumen sobre las propuestas respectivas. Cada uno podía suscribir, suscribir con reservas, no suscribir o simplemente no manifestar una opinión. Se entiende que suscribir con reservas refleja que se está de acuerdo con gran parte de la propuesta del capítulo respectivo, pero se tiene alguna reserva o desacuerdo en algunos temas específicos. No suscribir, por el contrario, implica estar en desacuerdo con un aspecto sustantivo de la propuesta. No manifestar opinión puede deberse a diversas razones, entre ellas, a que no se ha estudiado suficientemente el tema. Es importante dejar claro que las opiniones son exclusivamente sobre la propuesta y no sobre el resto del contenido del capítulo. En la mayoría de los casos hay una suscripción con algunas reservas.

Se debe subrayar que nuestro objetivo no es entregar opciones de redacción de ciertos aspectos de la Constitución. No somos expertos en ello. El propósito es entregar lineamientos (generales, pero también específicos) sobre lo que debiera incluir una nueva Constitución. Por cierto, este debate

² Sierra, L. (editor). (2016). *Diálogos Constitucionales*, Centro de Estudios Públicos, Santiago.

³ Sierra, L. (editor). (2016). *Propuestas Constitucionales*, Centro de Estudios Públicos, Santiago.

⁴ Ver Elkins, Z., Melton, J., y T. Ginsburg. *The Constitutive Project*.

también nos llevó a aquellos aspectos que no debieran ir en una Constitución y que tendrían que ser más bien objeto del debate político y las leyes. En los distintos capítulos se encuentran diversas opiniones al respecto.

Después de los contactos iniciales para conformar el grupo de autores, nuestra primera reunión se produjo en enero de 2020, a la que invitamos a dos abogados expertos sobre estas materias, Luis Cordero y Sebastián Soto, para evaluar si tenía sentido iniciar este proyecto. Con su entusiasta apoyo, nos convencimos de que podíamos intentar hacer un aporte. A partir de entonces, se inició un proceso extenso de discusión que incluyó dos sesiones de presentación y de diálogo sobre cada tema, una preliminar y otra final, de manera de recibir retroalimentación del resto de los autores. La mayoría de las reuniones fue telemática, debido a la pandemia de coronavirus. Luego, los autores circularon la versión final del capítulo respectivo sobre el cual el resto pudo reaccionar de manera escrita. Son esas reacciones las que se incluyen al final de cada capítulo.

Durante las sesiones de presentación y discusión, el grupo contó con la presencia, paciencia y enseñanzas de los abogados Diego Pardow y Lucas Sierra, a quienes agradecemos sinceramente. Su rol principal fue ayudarnos con dudas legales, delimitar contenidos cuando el grupo se alejaba de cuestiones constitucionales y, especialmente, acotar el riesgo de que un grupo de economistas no entienda a cabalidad los matices y también el sentido profundo de temas que van mucho más allá de nuestra área específica de conocimiento. De las muchas cosas que aprendimos, una especialmente significativa fue que, para las distintas materias, el peso de la prueba está en si debe incorporarse el tema en la Constitución; no todo puede estar en ella. También, que una cosa es la letra y otra su aplicación práctica. Les agradecemos también su cuidado de no interferir con sus propias opiniones. Desde luego, ellos no son responsables de los eventuales errores que puedan persistir.

LOS CAPÍTULOS

Los tres primeros capítulos, iniciativa exclusiva de gasto, proceso presupuestario y forma del Estado y gestión fiscal, están relacionados con la política fiscal. El cuarto, Banco Central, con la política monetaria. Los capítulos V y VI se relacionan con la propiedad. El primero de ellos con la propiedad privada, en términos generales, y el segundo con dos bienes que tienen un tratamiento especial en la Constitución y en el ordenamiento jurídico en general, y que además han sido por un buen tiempo motivo de discusión pública: los recursos mineros y el agua. El capítulo VII es sobre derechos económicos y sociales; el VIII, sobre Estado subsidiario y Estado empresario.

En el capítulo I, Jorge Rodríguez y Rodrigo Vergara analizan la iniciativa exclusiva presidencial en materia de gasto público. La intención de esta regla es que el responsable de las finanzas públicas —tarea que en el ordenamiento chileno recae en el Presidente de la República— tenga el control efectivo de las herramientas para ello. La iniciativa presidencial exclusiva, entonces, está íntimamente relacionada con el tipo de régimen político.

En Chile esta regla tiene larga data. Hay antecedentes desde la Constitución de 1925, reforzados con las reformas de 1943 y 1970, y ampliados en la Constitución de 1980. Desde 1990 ha funcionado razonablemente bien, contribuyendo a la solidez de las cuentas fiscales, puesto que se han generado incentivos para que el Gobierno asuma la responsabilidad sobre la sostenibilidad del gasto. A pesar de ello, no se puede desconocer que esta norma ha generado una creciente tensión política, en especial de parte de un Congreso que se siente con pocas atribuciones para incidir en política pública, por lo que ha comenzado a ser desafiada.

Los autores del capítulo proponen mantener la iniciativa presidencial exclusiva de gasto público, asumiendo el contexto de un régimen presidencial. Manteniendo la norma, se propone darle un mayor rol al Legislativo, permitiendo que pueda presentar iniciativas que conlleven gasto, pero con el requisito de ser suscritas por un cierto porcentaje de parlamentarios y que la mesa de la cámara respectiva la entregue al Gobierno para su patrocinio o para que fundamente su rechazo, en un plazo de 30 días, pudiendo seguir su tramitación solo en caso de que el Gobierno la patrocine. Es interesante notar que incluso en países con regímenes parlamentarios o semipresidenciales, donde en teoría esta norma sería menos relevante, hay varios casos donde se tiene algún grado de iniciativa exclusiva del Gobierno.

El rango de opiniones del resto de los autores, más allá de quienes la suscriben, va desde reservas orientadas a darle este mayor rol al Legislativo, prefiriendo mantener la situación actual, hasta eliminar la iniciativa exclusiva de gasto, pero introduciendo elementos para asegurar la responsabilidad fiscal. Una posibilidad que se menciona es que cada iniciativa lleve aparejada un financiamiento.

Sebastián Claro y Andrea Repetto, en el capítulo II, analizan el proceso presupuestario, que es el conjunto de normas y leyes que distribuyen las competencias entre los poderes del Estado en el diseño, discusión, aprobación y ejecución del Presupuesto de la Nación. La Constitución chilena, siguiendo con su tradición histórica, otorga al Poder Ejecutivo las mayores atribuciones en este proceso, buscando que las herramientas de control y manejo presupuestario estén radicadas en quien tiene la responsabilidad en la administración financiera del Estado. En ese sentido, es un tema muy relacionado con la iniciativa exclusiva tratada en el capítulo I. La Constitución actual le entrega casi todo el poder al Ejecutivo y el Congreso solo

puede aprobar o reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos (salvo los que estén establecidos por ley permanente). Los autores proponen mantener los aspectos esenciales del esquema actual, pero con modificaciones que concedan al Congreso una mayor incidencia en la discusión sobre la composición del gasto. Buscan un debate presupuestario basado en mejor información y supuestos más robustos, que resguarde la sostenibilidad fiscal y abra un espacio para reflejar las preferencias de la ciudadanía implícitas en la elección tanto del Presidente de la República como de los parlamentarios.

Entre sus propuestas principales para la nueva Constitución están las siguientes ideas: 1) que si el presupuesto no es aprobado en los tiempos legales, rija el presupuesto aprobado en el ejercicio anterior; 2) que se extienda el período de discusión a tres meses; 3) que se otorgue al Congreso atribuciones para modificar de manera acotada el presupuesto presentado por el gobierno, sin afectar bajo ninguna circunstancia el nivel agregado de gasto y con varias restricciones; 4) atenuar las amplias facultades de veto que posee el Ejecutivo en este ámbito, manteniendo solo la posibilidad de un veto parcial para referirse a glosas o artículos específicos y no al presupuesto completo, o alternativamente reduciendo el *quorum* requerido para rechazar el veto; 5) introducir en la Constitución un principio de transparencia y rendición de cuentas en la gestión del proceso presupuestario, y 6) restringir los espacios de discrecionalidad del gobierno para modificar *ex post* el presupuesto.

Los demás autores suscriben en general estas propuestas, aunque con algunas reservas. Varios tienen dudas sobre la conveniencia de modificar la forma de operación del veto presidencial y sobre la idea de entregar la posibilidad al Congreso para reasignar, incluso con salvaguardas. Algunos preferirían dejar el mecanismo presupuestario sin grandes cambios, especialmente si el régimen presidencial se mantiene (hubo una opinión que estuvo por no suscribir). También se propone, de otro lado, entregar más herramientas al Congreso en la medida que se avance hacia un sistema político menos presidencialista.

Forma del Estado y gestión fiscal es el tema del capítulo III, escrito por Pablo Correa y Jorge Rodríguez. A lo largo de su historia, Chile ha sido un país unitario, con un régimen fuertemente centralizado respecto de la organización político-administrativa del Estado, lo que se ha reflejado en una gestión presupuestaria y financiera coherente con dicha estructura. Esta definición responde, en parte y de igual forma a lo planteado en los dos capítulos previos, a la responsabilidad que tiene el Presidente de la República sobre la gestión presupuestaria del Estado y la sostenibilidad fiscal. No obstante, la Constitución política vigente también establece un mandato claro y directo a los órganos del Estado de promover un desarrollo que sea

equitativo y solidario entre los territorios, es decir, a nivel regional, provincial y comunal.

Los autores del capítulo sostienen que, a la luz de los datos, es posible concluir que la forma de Estado vigente —unitaria y centralizada— ha sido exitosa en cumplir con el primer mandato —el control fiscal—, pero ha fallado en lograr un desarrollo equitativo entre los diversos territorios. Proponen reformas constitucionales que avancen en la descentralización financiera dentro de un Estado unitario, sin descuidar la responsabilidad fiscal, entendiendo que también existen variadas materias complementarias que es preferible que sean regladas a nivel de ley. Así, recomiendan que a nivel constitucional se establezcan principios que guíen la relación entre el gobierno central y los gobiernos subnacionales, los que a su vez propicien leyes que los concreten. Algunos de los principios más relevantes tienen que ver con introducir la subsidiariedad competencial, la solidaridad interregional, la obligación del gobierno central de dotar de financiamiento a las competencias regionales y comunales para poder ejercerlas, el que los territorios sean compensados por las externalidades negativas que los afectan y que tengan su origen en otros territorios, y el principio de responsabilidad fiscal aplicable a los tres niveles de gobierno. Esto tiene asociado una serie de desafíos, siendo la creación de un mecanismo efectivo de solución de competencias uno de los más relevantes.

El rango de opiniones a esta propuesta, más allá de quienes la suscriben, va desde reservas por lo referido a las compensaciones entre territorios por externalidades negativas, hasta la necesidad de introducir la posibilidad de impuestos locales más allá de los nacionales, manteniendo las restricciones al endeudamiento local y el principio de responsabilidad fiscal. Al mismo tiempo, se menciona que estos principios deben ir de la mano de mayor descentralización política y que el tema de los pueblos originarios podría poner un límite a cuán unitaria puede ser la organización del país.

Sebastián Claro y Rodrigo Valdés abordan en el capítulo IV el tema del Banco Central. Revisan las razones teóricas y la amplia evidencia empírica que muestran que su autonomía contribuye a un mejor funcionamiento de la economía, y no solo a lograr una inflación menor y más estable. A pesar de que un número elevado y creciente de países les ha otorgado autonomía a sus bancos centrales, es menos común que estén en su respectiva Constitución; se trata de un avance institucional relativamente reciente. De hecho, los países que han adoptado nuevas constituciones o que las han reformado significativamente, tienden a incluirlos en su Carta Fundamental. El capítulo también permite ver los elementos que son más habituales en países que sirven de modelo en este tema y los contrasta con los que existen en la institucionalidad chilena.

A partir de un análisis de las distintas dimensiones de autonomía, Claro y Valdés proponen que la Constitución consagre los siguientes elementos para el Banco Central de Chile (BCCCh): 1) que lo defina un organismo autónomo, de carácter técnico y patrimonio propio, cuyo objetivo principal es la estabilidad de precios, sin perjuicio de otros que pueda establecer la ley, aunque subordinados al objetivo principal; 2) que pueda realizar operaciones solo con instituciones financieras, privadas o públicas; 3) que tenga la prohibición de entregar créditos o préstamos directos al fisco; 4) que sea regido por un órgano superior cuyo mecanismo de nombramiento será definido por ley, pero que, específicamente, establezca que la remoción de un consejero solo podrá ser iniciada por el Presidente de la República si la actuación del miembro del Consejo implica un grave y manifiesto incumplimiento de los objetivos del Banco, y la que deberá ser refrendada favorablemente por una mayoría del Senado, y 5) que entregue su cuenta pública.

Aunque varios de los autores suscriben la propuesta, algunos preferirían equiparar la autonomía del Banco Central a la de la Corte Suprema o el Contralor General de la República, en un aspecto preciso y limitado, esto es, que el Congreso también tenga la capacidad de iniciar un proceso de destitución por casos especificados en la ley, como es la facultad del Presidente en la actualidad. Una autora prefiere que la Constitución mencione que el Banco Central será un órgano autónomo y dejar a la ley la regulación de dicha autonomía. Hay también una opinión de mantener los objetivos del Banco Central como están descritos hoy en su Ley Orgánica.

El capítulo V, cuyos autores son Luis Eduardo Escobar y Rodrigo Vergara, trata sobre la propiedad privada. Esta, como uno de los derechos fundamentales del ser humano, es un concepto que está presente desde los orígenes de las constituciones. Tiene sus antecedentes más emblemáticos en la Carta Magna inglesa (1215), en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y en la Constitución de los Estados Unidos (1791). Es parte fundamental en el adecuado funcionamiento de las economías modernas.

En Chile está consagrada en las constituciones de 1833, 1925 y 1980. En la primera, la propiedad privada estaba garantizada y solo en caso de “utilidad del Estado”, establecida por ley, podía ser objeto de expropiación. Y para ejecutar la expropiación, el dueño debía ser indemnizado adecuadamente y en forma previa. La de 1925 era muy similar en esta materia, aunque se le daba un rol social a la propiedad. La Carta Fundamental de 1980 incluye los elementos anteriores, es decir, su función social y la expropiación por casos de utilidad pública, por una ley, a precio justo y al contado, y la posibilidad de acudir a tribunales.

Los autores proponen: 1) mantener el derecho de propiedad en la Constitución, conservando, tal como está en la actualidad, su función social;

2) en cuanto a la expropiación, mantener el actual texto, en el sentido que debe ser en virtud de una ley que la autorice por causa de utilidad pública o de interés general de la Nación; 3) sobre la compensación por la expropiación, conservar que sea antes del traspaso de la propiedad, al contado, si no hay acuerdo en contrario, a un precio acordado y con la posibilidad de recurrir a la justicia.

La propuesta la suscribe gran parte de los autores. Dos manifiestan reservas: una de ellas propone reforzar el actual principio de libre disposición de la propiedad privada en la Constitución, de manera que las restricciones impuestas por la actual legislación a las donaciones y herencia sean en el futuro consideradas inconstitucionales. Otra se refiere a la conveniencia de que la regulación sobre la expropiación contenga buena parte de los elementos anteriores, pero sea más bien breve.

Andrea Repetto, Claudia Sanhueza y Rodrigo Valdés, en el capítulo VI, abordan la temática de los recursos mineros y el agua. La mayoría de las constituciones más actuales en el mundo se refieren a la propiedad de estos y otros recursos naturales. Chile no es una excepción. En la actualidad, respecto de la minería, la Constitución establece la propiedad estatal y el permiso de exploración y explotación por parte de privados a través de concesiones, y quienes se las adjudican están obligados a desarrollar la actividad para satisfacer el interés público. En el caso del agua, otorga propiedad a los dueños de los Derechos de Aprovechamiento del Agua (DAA) que hayan sido reconocidos o constituidos en conformidad a la ley.

Los autores del capítulo proponen un conjunto de principios orientadores para la regulación de estos recursos en la Constitución o en leyes, según corresponda. Estos principios incluyen la idea de que se trata de recursos de propiedad de la Nación toda y que su explotación puede ser realizada por el Estado o por privados, con límites y orientaciones. Si hay rentas (*ex ante*), estas deben ser apropiadas de manera relevante por el Estado; y los eventuales cambios legislativos deben considerar los costos de transitar de un régimen a otro.

Sobre la minería, se plantea perfeccionar la regulación minera a nivel legal, para alinearla al espíritu de los principios constitucionales propuestos, aunque se sugiere no realizar cambios sustantivos a la Constitución, pues el texto actual, que tiene gran similitud con la reforma constitucional de 1971 sobre nacionalización, ya contiene las ideas de los lineamientos orientadores propuestos. Esto además está en línea con el proyecto constitucional enviado al Congreso por la presidenta Bachelet el año 2017.

En el caso del agua, los autores proponen que la Constitución establezca que es un bien nacional de uso público, cuyo uso se hará conforme a la ley, con dos consideraciones explícitas constitucionales: 1) asegurar el derecho humano al consumo de agua y 2) promover el resguardo ecológico de

las cuencas y protección de los ecosistemas. Se propone mantener el concepto actual de derechos de aprovechamiento del agua, aunque Repetto y Sanhueza consideran innecesario que se mantenga en la Constitución (de manera que la forma de asignación se determine a nivel legal, en el Código de Aguas), mientras que Valdés propone mantenerlos en ella.

El rango de opiniones sobre las propuestas es relativamente acotado. Para la minería se propone incorporar en la Constitución la obligación del Estado de capturar las rentas que genere la actividad en la forma que señale la ley y los contratos con los concesionarios. A su vez, se estima importante hacer explícito que las obligaciones que tendría el que explora/explota un yacimiento deben ser materia de ley. Más en general, también se propone llevar al cuerpo constitucional los principios que propone el capítulo, de manera que se apliquen a distintos bienes, y se presenta la duda respecto de utilizar el concepto de propiedad sobre la naturaleza, planteándose hablar más bien de una relación de potestad.

Los derechos económicos y sociales son el tema del capítulo VII, escrito por Sylvia Eyzaguirre y Claudia Sanhueza. La incorporación de derechos económicos y sociales en la Constitución es algo relativamente reciente, pero de gran importancia y, en particular, de fuerte significancia en la discusión constitucional actual en Chile. La mayoría de las primeras constituciones estaba centrada en establecer los que ahora se conocen como “derechos de primera generación” o “derechos civiles y políticos”, que están principalmente definidos en términos de límites procesales y sustantivos al ejercicio del poder estatal. Sin embargo, esto cambió después de la Segunda Guerra Mundial con la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) en 1966, que ha sido ratificado por 167 países y por Chile en 1969. La discusión en el mundo sobre este tema no se circunscribe solo a qué derechos deben estar en la Constitución, sino también a la forma de consagrar (tutelar) estos derechos.

A diferencia del resto de los capítulos, aquí las dos autoras hacen propuestas conceptualmente diferentes, si bien ambas abogan por una expansión de estos derechos con responsabilidad fiscal. La propuesta de Eyzaguirre mantiene los actuales derechos económicos y sociales en la Constitución, así como los deberes y obligaciones del Estado, aunque incluye el derecho a la protección de la infancia y el deber del Estado de proveer una vivienda digna. Asimismo, recomienda que la tutela de dichos derechos se circunscriba a nivel de leyes y reglamentos, y limita los deberes y obligaciones del Estado a los recursos disponibles. El planteamiento de Sanhueza consiste en establecer estos derechos en forma de preámbulo, a través de la definición del Estado como social y democrático de derecho, protector de la dignidad humana, y adoptar las recomendaciones del Pidesc, dejándolos establecidos

en la Constitución de la misma forma, para que sean garantizados de manera progresiva, en consonancia con el principio de responsabilidad fiscal.

En las opiniones sobre este capítulo, el resto de los autores se manifestó en favor de una u otra de las posiciones de las autoras, con algunos que tomaron partes de cada una.

Por último, el capítulo VIII, de Pablo Correa, Luis Eduardo Escobar y Sylvia Eyzaguirre, aborda el Estado subsidiario y Estado empresario. Una de las principales críticas que se le hace a la actual Constitución es su concepción (sin designarla directamente) del Estado como subsidiario. El principio de subsidiariedad hace referencia a la distribución de poder tanto al interior del Estado (descentralización), como entre este y la sociedad civil. Aquí se trata del principio de subsidiariedad únicamente en este segundo plano. En particular, se revisan dos aspectos de la idea de Estado subsidiario: la provisión de ciertas prestaciones públicas esenciales para la población (educación, salud y pensiones) y el rol empresarial del Estado.

Los autores revisan el concepto de subsidiariedad y sus orígenes históricos. Luego constatan que las constituciones de 1833 y 1925 se hacían cargo de los derechos políticos de los ciudadanos y la conformación del Estado, pero no definían el rol del Estado en función de otros principios fundacionales. Destacan que la Constitución de 1980 aplica el principio de la subsidiariedad en los dos ámbitos de análisis y hacen un examen comparativo respecto de cómo se trata la provisión de prestaciones públicas y las empresas estatales en las constituciones de varios países.

Correa, Escobar y Eyzaguirre sostienen que la forma de provisión de estas prestaciones no debiese estar presente en una nueva Constitución, sino que su definición debe ser tarea de la política y, por lo tanto, materia de ley. Argumentan que la evidencia internacional muestra que existen distintas formas de proveer estas prestaciones, resguardando siempre su rol social. Por otra parte, los distintos diseños de provisión responden a legítimas preferencias políticas. No obstante, estiman que es importante incluir en la Constitución principios orientadores para que la provisión social con recursos fiscales o cotizaciones obligatorias logre cumplir su fin social, como por ejemplo el principio de no discriminación negativa y transparencia. Esto permitiría mantener el principio de libre elección entre entes estatales y privados, resguardando la finalidad social de la prestación. En esta línea, consideran que las leyes que norman estas provisiones no debieran tener *quorum* supramayoritarios, aunque sí *quorum* calificado, esto es, la mitad más uno de los parlamentarios en ejercicio. En cuanto a las empresas del Estado, recomiendan mantener que su creación sea aprobada por una ley de *quorum* calificado y se rijan por la ley común aplicable a los particulares, manteniendo las excepciones, tal como lo contempla la actual Constitución. Finalmente, sugieren eliminar el inciso tercero del artículo 1, que según los

autores es la base (junto con las interpretaciones del Tribunal Constitucional) del rol subsidiario del Estado en la actual institucionalidad económica y social.

En este tema existe más dispersión de opiniones sobre las propuestas. De un lado, se propone mantener el inciso tercero del artículo 1, aunque agregando una aclaración: que el reconocimiento y protección a las organizaciones de la sociedad civil no deben entenderse como contrarias a la acción regulatoria del Estado en la búsqueda del bien común. De otro lado, hay dos personas que no suscribieron el capítulo. En esencia, estiman que la Constitución debiera permitir que cada gobierno, a través de leyes discutidas en el Congreso, pueda asegurar esa provisión de los bienes analizados a través del mecanismo que le parezca más adecuado, y la propuesta no garantizaría aquello. Buscan que sea posible un fortalecimiento de lo público (por ejemplo, de la educación) sin que ello sea inconstitucional. Algunos consideran que es innecesario tener *quorum* calificados en las leyes que organizan estos temas, incluida la creación de empresas públicas. También se argumenta que, en el caso de la provisión de servicios de salud, pensiones y educación, el principio de transparencia que proponen los autores debiera incluir explícitamente la rendición de cuentas en materias financieras y de resultados, ya sean prestadores públicos o privados.

UNA REFLEXIÓN FINAL

Ojalá existieran recetas fáciles, pero lamentablemente el camino al desarrollo no tiene atajos. Aunque pueden vislumbrarse distintas rutas posibles, no cualquier camino tiene las mismas probabilidades de éxito. De hecho, la evaluación formal de la experiencia internacional demuestra que existen condiciones habilitantes para el progreso. Entre esas condiciones necesarias (aunque insuficientes) se incluye el imperio de la ley, un Estado efectivo y eficiente, un régimen democrático y estabilidad macroeconómica (inflación baja y cuentas fiscales sostenibles). Detrás de estas condiciones existen diseños institucionales específicos que les dan soporte. De hecho, si algo hemos aprendido en las últimas décadas, es que la forma de las instituciones es uno de los determinantes fundamentales de los resultados que logran los países. Como lo muestra el trabajo de Acemoglu y Robinson,⁵ las instituciones inclusivas favorecen el desarrollo, mientras que las instituciones extractivistas lo retardan. Y la Constitución es, por definición, un eje central en esa estructura.

⁵ Ver, por ejemplo, Acemoglu D. y J. A. Robinson (2012). *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York. Crown Publishing Group.

En los capítulos de este libro, y de manera diversa, se presentan ejemplos y propuestas de diseños institucionales que, a juicio de los autores, favorecen esas condiciones habilitantes. No se trata, por cierto, que una mirada desde la economía deba tener supremacía en la discusión constitucional. Hay otros ángulos que tendrán que interactuar con los que dan soporte a los capítulos de este libro. Tampoco se trata de que exista una verdad incontrovertible desde la economía, como lo demuestran las distintas opiniones que se ven a lo largo de los capítulos. Sí parece importante subrayar que la gran mayoría de las veces estas opiniones no se encuentran tan distantes unas de otras.

Chile vive un momento muy particular de su historia. Muchas personas están llenas de ilusión, otras llenas de aprensiones. Esperamos que este volumen sea una contribución, entre muchas otras, a que la deliberación que estamos llevando a cabo ayude a materializar las esperanzas y a disminuir los temores.

LOS EDITORES,
NOVIEMBRE DE 2020

AGRADECIMIENTOS

Hay muchas personas a las cuales, como editores, tenemos que agradecer por su apoyo para llevar a cabo este proyecto que se concretó en este libro. Primero, a los autores de los capítulos. Cada uno no solo participó directamente en la elaboración de dos capítulos, sino que además comentó los borradores de todos los otros trabajos y entregó una opinión sobre las propuestas contenidas en ellos. El trabajo individual y colectivo, este último reflejado en numerosas reuniones de presentaciones, discusiones y comentarios, fueron invaluable para ir mejorando este volumen. Sin su dedicación y esfuerzo, este proyecto no hubiera sido posible.

Agradecemos también a Leonidas Montes, director del CEP, por el entusiasta apoyo brindado durante este trayecto. A Diego Pardow y Lucas Sierra, que como ya dijimos, nos acompañaron durante todo este tiempo, participando en cada una de las reuniones, leyendo varios de los manuscritos originales y corrigiendo nuestros innumerables errores. A Luis Cordero y Sebastián Soto por su apoyo, decisivo a la hora de embarcarnos en este proyecto, y por sus certeros comentarios a algunos de los artículos. También agradecemos a Rodrigo Mardones, por leer los capítulos y corregir algunos temas legales, y a Álvaro Matus, por su paciente y laboriosa tarea de editor de estilo. Finalmente, a Rafael López, por el interés y apoyo del Fondo de Cultura Económica.

CAPÍTULO I
INICIATIVA PRESIDENCIAL EXCLUSIVA
EN MATERIA DE GASTO PÚBLICO

Jorge Rodríguez y Rodrigo Vergara***

RESUMEN

EN EL CONTEXTO del régimen político fuertemente presidencialista imperante en Chile, la Constitución define materias que son de iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República, entre ellas, las que generen gasto público. De ahí que comúnmente se señale que existe “iniciativa presidencial exclusiva en materia de gasto”. La intención de esta regla es que el responsable de las finanzas públicas —tarea que en el ordenamiento chileno recae en el Presidente de la República— tenga el control efectivo de las herramientas para ello. En este sentido, la iniciativa presidencial exclusiva está íntimamente relacionada con el tipo de régimen político.

En Chile esta regla tiene larga data. Hay antecedentes desde la Constitución de 1925, reforzados con las reformas de 1943 y 1970, y ampliados en la Constitución de 1980. Desde 1990 ha funcionado razonablemente bien, contribuyendo a la solidez de las cuentas fiscales, a través de generar incentivos para que el Gobierno asuma la responsabilidad sobre la sostenibilidad del gasto. A pesar de ello, no se puede desconocer que esta norma ha generado una creciente tensión política, en especial de parte de un Congreso que se siente con pocas atribuciones para incidir en política pública, por lo que ha comenzado a ser desafiada.

Revisando la evidencia comparada se verifica que hay casos similares al chileno; otros en los que parlamentarios tienen iniciativa en materias que impliquen mayores gastos, y otros con situaciones intermedias. En estos

N. de los A.: Los autores agradecen los valiosos comentarios de José Pablo Arellano, Álvaro Cordero, Macarena Lobos, Diego Pardow y Lucas Sierra. De igual forma agradecen a los otros autores de este libro, por sus comentarios y por las fructíferas discusiones. También a las embajadas de Alemania, España y Francia en Chile, por su cooperación para entender cómo funciona este tema en sus respectivos países. Los errores u omisiones que hayan persistido son de nuestra responsabilidad.

* Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile.

** Centro de Estudios Públicos.

últimos, generalmente se permite que parlamentarios presenten un proyecto que implique gasto, pero se requiere que en alguna etapa de su tramitación logre el patrocinio del Gobierno.

Sobre la base de las alternativas analizadas y validando el objetivo último de tener un gasto público sostenible, nuestra propuesta es mantener la iniciativa presidencial exclusiva de gasto público, asumiendo el contexto de un régimen presidencial. Manteniendo la norma, proponemos darle un mayor rol al Legislativo, permitiendo que pueda presentar iniciativas que conlleven gasto, pero con el requisito de ser suscritas por un cierto porcentaje de parlamentarios, y que la mesa de la Cámara respectiva las entregue al Gobierno para su patrocinio o para que fundamente su rechazo, en un plazo de 30 días, pudiendo seguir su tramitación solo en caso de que el Gobierno las patrocine.

Sin desmedro de esta propuesta, es pertinente preguntarse cuál sería la opción más conveniente si Chile cambiase su régimen político a uno semi-presidencial o parlamentario. En ese caso, lo primordial es mantener el principio de hacer coincidir la responsabilidad del manejo de las finanzas públicas con quien ostenta las herramientas y atribuciones adecuadas para ello.

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto del régimen político fuertemente presidencialista imperante en Chile, la Constitución define una serie de materias que son de iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República, entre ellas, las que generen gasto público. De ahí que comúnmente se señale que existe “iniciativa presidencial exclusiva en materia de gasto”. En términos prácticos, esto implica que solo los proyectos de ley iniciados en mensajes del Presidente de la República pueden implicar un aumento del gasto público. En contraste, tanto las mociones parlamentarias como las indicaciones de parlamentarios a mociones o a mensajes presidenciales, para ser admisibles, no pueden, entre otras restricciones, implicar aumentos en el gasto público.

La intención de esta regla es que el responsable de las finanzas públicas —tarea que en el ordenamiento chileno recae en el Presidente de la República— tenga el control efectivo de las herramientas para ello. De esta manera, acorde a las reglas imperantes, se espera que el gasto público ejecutado no sea mayor que aquel propuesto por el Gobierno. En este sentido, la iniciativa presidencial exclusiva está relacionada con el tipo de régimen político.

Por tanto, consideramos que el fin último de la “iniciativa presidencial exclusiva en materia de gasto” es contribuir a la responsabilidad fiscal, entendida como mantener un nivel de gasto público sostenible, coherente

con los ingresos, de forma que la deuda pública se mantenga en rangos razonables. Ello, bajo la concepción de un Poder Ejecutivo que, en un régimen presidencial, tiene una visión más amplia para tomar decisiones sobre disciplina fiscal, versus la visión más parcial que tendría cada parlamentario (o bien, una visión nacional versus una territorial). En efecto, un gasto específico impulsado por un grupo parlamentario en particular puede ser marginal, pero el gasto agregado impulsado por el conjunto de los parlamentarios puede tornarse insostenible (tragedia de los comunes).¹ Complementariamente, esta norma también puede contribuir a dar una mayor gobernabilidad, en particular en regímenes presidenciales donde el Ejecutivo y el Legislativo pueden ser de signos opuestos.

Ciertamente, esta norma por sí sola no asegura la responsabilidad fiscal, por lo que el sistema de administración financiera del Estado chileno impone contrapesos, como el rol de la Contraloría General de la República, y reglas, como las contenidas en el DL N°1.263 Orgánico de Administración Financiera del Estado, la Ley N°20.128 de Responsabilidad Fiscal y la propia Constitución, por ejemplo, exigiéndose *quorum* calificado para la contratación de empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial (artículo 63, número 7). Es evidente que todas estas normas tampoco aseguran que siempre se actúe con responsabilidad fiscal, por lo que es posible seguir perfeccionando la institucionalidad existente sobre la materia.²

Si bien es complejo aislar el efecto específico de la iniciativa presidencial exclusiva en materia de gasto en los resultados fiscales de Chile, conceptualmente se puede considerar que ella ha contribuido a que el país se destaque por su sostenibilidad fiscal, reflejada en niveles de deuda pública como porcentaje del PIB por debajo tanto de países emergentes como desarrollados.

A pesar de ello, no puede desconocerse que esta norma ha generado una creciente tensión política, en especial de parte de un Congreso que se siente con pocas atribuciones para incidir en las políticas públicas, considerando que parte importante de ellas implica gasto. De hecho, la regla ha comenzado a ser desafiada y, en ocasiones, vulnerada. Por ello, es probable que esta norma sea un tema relevante en el debate constitucional.

En este contexto, presentamos una revisión de este mecanismo constitucional, tanto los antecedentes para el caso de Chile, como de la experiencia comparada. A partir de ello, hacemos nuestra recomendación.

¹ Para una exposición simple de la denominada “tragedia de los comunes”, ver Stiglitz (2015). Alesina y Tabellini (1990), por otra parte, analizan la dificultad de lograr equilibrios fiscales bajo reglas de mayoría.

² Propuestas recientes al respecto pueden verse en Arend y Sánchez (2020), en Irarrázaval *et al.* (2020) y en Medina *et al.* (2019).

2. INICIATIVA EXCLUSIVA DE GASTO EN LAS CONSTITUCIONES DE CHILE

La iniciativa exclusiva de gasto del Presidente de la República debe entenderse como un elemento dentro de un régimen político fuertemente presidencialista, el cual está configurado en la Constitución Política de la República. En este sentido, la “iniciativa presidencial exclusiva en materia de gasto” se encuentra definida a nivel constitucional, junto con otras materias en las cuales el Presidente también tiene esta potestad exclusiva. Pero en ningún caso esta es una norma aislada, sino que forma parte de un conjunto de instituciones jurídicas coherentes para la administración financiera del Estado.³

Adicionalmente, la exclusividad de iniciativa en el manejo financiero y presupuestario del fisco tiene antecedentes constitucionales previos a 1980, pero que se volvieron más exigentes con el paso del tiempo. En efecto, el artículo 45 de la Constitución de 1925, inciso segundo, referido a la formación de las leyes, disponía que “los suplementos a partidas o ítem de la Ley General de Presupuestos solo podrán proponerse por el Presidente de la República”. Además, en su artículo 44 número 4°, primer inciso, establecía que “solo los gastos variables pueden ser modificados por ella (la Ley de Presupuestos); pero la iniciativa para su aumento o para alterar el cálculo de entradas corresponde exclusivamente al Presidente de la República”. Complementariamente, el mismo artículo 44 número 4°, establecía que “no podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a dicho gasto”.

Esta normativa fue fortaleciéndose en el tiempo. Es así como en la reforma constitucional de 1943 se incluyeron restricciones adicionales a la iniciativa legislativa parlamentaria. En materia de administración financiera del Estado, dicha reforma definió la iniciativa exclusiva presidencial para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para aumentar sueldos o gratificaciones del personal de la administración del Estado.

Esta tendencia continuó con la reforma constitucional de 1970, la que nuevamente amplió las materias de iniciativa exclusiva presidencial relacionadas con la administración financiera del Estado. Así, al artículo 45 de la Constitución se le añadió como potestad presidencial el proponer suprimir, reducir o condonar tributos; fijar sueldos o salarios mínimos de los trabajadores; establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social, y conceder o aumentar por gracia pensiones u otros beneficios pecuniarios.

³ Para un análisis de este tema en el caso chileno, ver Soto (2007). Para una discusión entre juristas chilenos, ver Sierra (2016).

De esta manera, esta tradición constitucional fue recogida y ampliada en la Constitución de 1980, y se mantiene vigente hasta hoy. En particular, el artículo 65 de la Constitución de 1980 define la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en una serie de materias. Para efectos de este análisis, nos centraremos en aquella definida en el inciso tercero, que señala que “corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, ...” (el énfasis es nuestro).⁴

También, es muy relevante notar que el mismo artículo 65 de la Constitución, en su inciso final, define el rol del Congreso en las materias de iniciativa exclusiva del Presidente, estableciendo lo siguiente: “El Congreso Nacional solo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República”.

Sin desmedro de lo anterior, cabe destacar que existen caminos para “hacer frente” a la iniciativa presidencial exclusiva en el Congreso, aunque con normas de rango menor al constitucional. Así, acorde a la Ley Orgánica Constitucional (LOC) del Congreso, artículos 15, 24 y 25, corresponde al presidente de la comisión o cámara respectiva, resolver las cuestiones de admisibilidad. Adicionalmente, a petición de cualquiera de sus miembros, la comisión o la sala correspondiente, podrá reconsiderar de inmediato la resolución de su presidente. A ello se suma que el reglamento de la Cámara

⁴ Adicionalmente, el artículo 65 define la iniciativa presidencial exclusiva en otras materias, que no son objeto de análisis en este texto, en particular: “1°.- Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión; 2°.- Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones; 3°.- Contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas en favor del fisco o de los organismos o entidades referidos; 4°.- Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, con excepción de las remuneraciones de los cargos indicados en el inciso primero del artículo 38 bis, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes; 5°.- Establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar, y 6°.- Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”.

de Diputados, en su artículo 14, señala: “Si se pidiere reconsiderar la declaración de inadmisibilidad, ella se someterá a votación, previo debate por diez minutos, del que usarán por mitad, hasta dos diputados pertenecientes a comités de distintos partidos que la apoyen y hasta dos, en iguales condiciones, que impugnen dicha declaración”.⁵ En la práctica, esto ha llevado a que muchas veces las cuestiones de admisibilidad se resuelvan siendo sometidas a votación de la comisión o sala respectiva, mediante mayoría simple.

Con todo, el Presidente de la República tiene dos herramientas adicionales para hacer valer su iniciativa exclusiva de gasto. La primera es la posibilidad de vetar (parte o toda) la ley aprobada por el Congreso, acorde a lo normado en los artículos 72 y 73 de la Constitución. El veto se puede ejercer dentro de los 30 días siguientes al despacho del proyecto de ley, y para su aprobación requiere el mismo *quorum* de la materia que trata el proyecto vetado. Si el Congreso rechaza el veto, no hay ley en esa parte, salvo que logre insistir por 2/3 de los miembros presentes en lo por ellos despachado, haciendo primar en ese caso su voluntad por sobre la del Presidente.⁶

La segunda herramienta: de aprobarse una ley en el Congreso que el Presidente de la República considere que incumplió la normativa de iniciativa exclusiva, existe la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional (TC), según lo normado en el artículo 93 de la Constitución. Es importante señalar que el Presidente puede recurrir al TC en cualquier minuto de la tramitación y hasta antes del quinto día de despacho por el Congreso o la promulgación de la ley si esta fuere antes.⁷ Sin desmedro de ello, la práctica habitual ha sido que se acuda al TC solo una vez despachado el proyecto.⁸

⁵ Otras disposiciones que tratan sobre el tema se encuentran en el Reglamento del Senado (artículos 80, 118 y 122) y en el Reglamento de la Cámara de Diputados (artículo 274).

⁶ En casos de reformas constitucionales, la insistencia del Congreso requiere 2/3 de los miembros en ejercicio para aprobarse; si se logra, el Presidente debe promulgar la ley, o bien, someterla a un plebiscito (artículo 128 de la Constitución).

⁷ El TC deberá resolver dentro de 10 días desde que reciba el requerimiento, prorrogable hasta por otros 10 días. El requerimiento no suspende la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada de este no podrá ser promulgada hasta que el TC se pronuncie. Si el proyecto (todo o parte) es declarado inconstitucional por el TC, no podrá ser promulgado en esa parte.

⁸ Una excepción ocurrió con la Ley N°20.545 sobre protección a la maternidad y permiso posnatal parental, donde el Gobierno acudió al TC previo al despacho del proyecto (sentencia ROL N° 2025-11 del TC).

3. EVIDENCIA COMPARADA⁹

En la evidencia comparada se observan tres casos: 1) países, principalmente con regímenes presidencialistas, en que, como en Chile, el Gobierno tiene la iniciativa exclusiva en materias que implican mayor gasto público; 2) países, mayoritariamente con regímenes parlamentarios, donde el Poder Legislativo tiene iniciativa en este tipo de proyectos, y 3) casos intermedios, donde los parlamentarios pueden presentar iniciativas que impliquen mayor gasto, pero con ciertas limitaciones o condiciones que deben cumplirse, como por ejemplo, conseguir en algún momento el apoyo del Gobierno, o identificar, al momento en que ingresan el proyecto, una fuente de financiamiento.

En el primer grupo, con iniciativa exclusiva del Gobierno, está gran parte de los países de América Latina, de tradición presidencialista. Ello probablemente tiene relación con la larga experiencia en esta parte del mundo de altos déficits fiscales, elevada deuda pública y, más generalmente, con persistentes problemas con la solidez de sus cuentas fiscales.

El segundo caso, más común en regímenes parlamentarios, se refiere a países donde hay iniciativa del Legislativo. En estos regímenes, la iniciativa de gasto es un tema que, en principio, tiene menos relevancia. En efecto, desde el momento en que la coalición mayoritaria tiene el control del Gobierno y del Legislativo, cabría esperar que hubiera acuerdo en los proyectos que se presentan.

Entre los ejemplos de países donde hay iniciativa de gasto del Legislativo y el control simplemente es la votación en el Parlamento, se cuentan Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Noruega, Suecia y los Países Bajos. Por lo general, en esos casos se menciona en las respectivas constituciones y normativas parlamentarias la facultad del Legislativo para presentar proyectos de ley, sin mencionar materias excepcionales a dicha potestad, la exigencia de algún apoyo por parte del Gobierno ni un mecanismo de este para controlar el trámite legislativo de una ley referida a ciertos temas. Por ejemplo, en la sección 39 de la Constitución de Finlandia se menciona explícitamente que los representantes pueden presentar iniciativas de gasto. Adicionalmente, en la sección 83, referente al presupuesto del país, se explicita que los parlamentarios pueden incorporar enmiendas a la propuesta del Gobierno creando gasto público. A su vez, en la Constitución de Dinamarca se establece en el artículo 41 numeral 1 que “todo miembro del Folketing tiene el derecho de presentar proposiciones de ley u otras disposiciones”, sin mencionar restricciones ni exigir contrapartidas.

⁹ Referencias importantes para comparar constituciones y legislaciones son Elkins *et al.* (2015), y Fish y Kroenig (2009).

Dentro del grupo de países que permite iniciativa de gasto por parte del Legislativo destaca Estados Unidos, un país con un régimen presidencial.¹⁰ Sin embargo, en este caso el Presidente cuenta con la facultad de vetar una iniciativa del Congreso, lo que constituye una poderosa herramienta del Ejecutivo, en cuanto dicho veto solo puede ser anulado por dos tercios de cada una de las cámaras.¹¹

Por último, se encuentran los casos intermedios. Es interesante que varios países con regímenes parlamentarios están en esta situación, en cuanto establecen resguardos para que en algún momento la iniciativa no siga su trámite sin el apoyo del Gobierno. Por ejemplo, en Australia, España, Alemania y Canadá, entre otros, para avanzar en la tramitación de un proyecto presentado por el Legislativo que implique gasto, debe contarse con el apoyo del Gobierno. En otras palabras, se puede presentar una propuesta que involucre gasto y, en algunos casos, avanzar en ella, pero en algún momento se requiere que cuente con el visto bueno del Ejecutivo. Así, en Australia el proyecto tiene que presentarse en la Cámara de Representantes y debe contar con la aprobación del Gobierno para avanzar en su trámite legislativo (artículos 53 a 56 de *Commonwealth of Australia Constitution Act*).¹²

En el artículo 134, numeral 6, de la Constitución española, por otra parte, se establece lo siguiente: “Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación”. Así, sin el apoyo del Gobierno el proyecto en cuestión no puede prosperar, aunque la no entrega de la conformidad debe ser justificada.

En Alemania se puede tramitar una ley de este tenor, pero no puede ser aprobada o implementada de no contar con el apoyo del Gobierno. En efecto, en el artículo 113 de la Constitución Federal se establece, en sus numerales 1 y 2: “(1) Requieren la aprobación del Gobierno Federal las leyes que aumenten los gastos presupuestarios propuestos por el Gobierno Federal o que

¹⁰ El caso de Estados Unidos es interesante, porque los únicos que pueden ingresar proyectos de ley al proceso legislativo son los representantes del Congreso, dentro de los que pueden existir los recomendados por el Ejecutivo, a través de mensajes anuales (“*State of the Union*”). El Presidente, por su parte, cuenta con las “Órdenes Ejecutivas”, que tienen el poder de una ley federal y pueden ser denegadas por el poder judicial.

¹¹ Un caso reciente —aunque de disminución de gasto— fue en 2015, cuando el Presidente Obama vetó un proyecto aprobado por ambas cámaras, que reducía los beneficios del llamado *Obamacare*. El veto es un instrumento ampliamente utilizado en el caso de Estados Unidos, lo que en términos prácticos hace que el proyecto pueda tener su origen en el Legislativo, pero si finalmente no cuenta con el apoyo del Ejecutivo, tiene pocas esperanzas de prosperar.

¹² Un caso interesante, que ejemplifica este funcionamiento, es un proyecto de ley de 2008 para aumentar los montos de las pensiones. Si bien este proyecto se originó en el Senado, logró llegar hasta la Cámara. Sin embargo, en dicha etapa no recibió el apoyo del Gobierno y no fue aprobado (quedó dos años en la Cámara y finalmente se descartó con el cambio de representantes).

impliquen nuevos gastos o los involucren para el futuro. Lo mismo regirá respecto de las leyes que impliquen disminuciones de los ingresos o que las involucren para el futuro. El Gobierno Federal podrá exigir que el Bundestag postergue su decisión sobre tales leyes. En este caso, el Gobierno Federal deberá hacer llegar al Bundestag un dictamen en el plazo de seis semanas; (2) El Gobierno Federal podrá exigir en un plazo de cuatro semanas, a contar desde la aprobación de la ley por parte del Bundestag, que este vuelva a adoptar una nueva decisión”. Es interesante destacar que en el caso alemán se habla explícitamente sobre gastos presentes o futuros, lo que no es del todo explícito en otros casos.

En Canadá se permite que la Cámara de Representantes presente proyectos que aumenten gastos o impuestos, pero, al igual que en Australia y España, solo pueden avanzar una vez que cuenten con el apoyo del Gobierno. En la práctica, a partir de lo dispuesto en el artículo 54 del *Constitution Act* (1867) y el artículo 79 de la normativa de la Cámara (*Standing Orders*), este tipo de proyectos se presenta y puede ser discutido antes de que ingrese la recomendación, y es el *speaker* el que debe determinar si se transgrede el principio o no.¹³

Se puede inferir que estos casos “intermedios”, en términos prácticos, son más cercanos a los de iniciativa exclusiva del Gobierno, en cuanto la última palabra proviene de aquel. La diferencia es que el proyecto se puede presentar, y puede avanzar su tramitación en algunos casos, pero si finalmente no logra el apoyo del Gobierno, no llega a convertirse en ley.

Otro caso interesante es Francia, que tiene un régimen semipresidencial. La Constitución francesa, en su artículo 40, dice que “no se admitirán a trámite las proposiciones y enmiendas formuladas por los miembros del Parlamento cuando su aprobación tuviera como consecuencia una disminución de los ingresos públicos o bien la creación o aumento de un gasto público”. En la práctica, no obstante, en Francia los parlamentarios pueden presentar una iniciativa que reduzca ingresos, pero se debe simultáneamente presentar otra que compense dicha disminución. En el caso del mayor gasto es más restrictivo, porque no se puede compensar una propuesta de mayor gasto con una “prenda” por menor gasto, a menos que se trate estrictamente de una misma partida (o carga). De ahí que la definición de carga es clave.

Portugal, también con un régimen semipresidencial, contempla en su Constitución (artículo 167, numeral 2) lo siguiente: “Los Diputados, Grupos Parlamentarios, las Asambleas Legislativas de las Regiones autónomas y los

¹³ En 2006 hubo una propuesta que extendía las coberturas estudiantiles, implicando un gasto público. Debido a que el proyecto no provenía del Gobierno, y este no le entregó su apoyo, en determinado momento se decidió extraer los aspectos que incluían recursos públicos, para que así la iniciativa pudiera continuar el proceso legislativo. De todas formas, una vez reformulado el proyecto, no prosperó.

grupos de ciudadanos electores, no pueden presentar proyectos de ley, proposiciones de ley o proposiciones de modificación que supongan en el año económico en curso, aumento de los gastos o disminución de los ingresos, previstos en el presupuesto”.¹⁴ Lo consideramos un caso intermedio porque, en este caso, sí pueden presentar proyectos con aumentos de gastos futuros.

A modo de resumen, el cuadro del anexo clasifica a algunos países seleccionados de acuerdo a los tres tipos de opciones presentadas en cuanto a iniciativa de gasto, incluyéndose además el régimen de gobierno en cada caso.

4. CONCLUSIONES

En términos generales, podemos decir que la sociedad trata de protegerse de la tendencia a un gasto público insostenible, limitando la iniciativa de aumentos de gastos —y usualmente también la de modificación de impuestos— a la instancia de gobierno a la cual la institucionalidad le ha asignado la responsabilidad de las finanzas públicas. De esta forma, se busca vincular la tarea a cargo con las herramientas adecuadas para poder cumplirla, y así alinear la toma de decisiones con hacerse cargo y rendir cuenta de sus efectos.

En el caso de un régimen presidencialista, como el chileno, el supuesto es que el Gobierno tiende a ser más responsable porque es quien paga más directamente las consecuencias por la eventual administración descuidada de las cuentas públicas. En la práctica, es más difícil que la ciudadanía haga responsables a un grupo de parlamentarios por un alto endeudamiento público, o incluso de la posibilidad de caer en *default* debido a ello, que al Gobierno.

Teniendo en cuenta la discusión respecto de la responsabilidad pública del manejo de las cuentas fiscales, la relevancia de contar con cifras fiscales sólidas para cada país y la experiencia comparada aquí presentada, existen, en el marco de la actual discusión constitucional en Chile (y en términos generales), tres grandes opciones.

La primera, dejar tal como está hoy en la Constitución la iniciativa presidencial exclusiva de gasto, en el contexto de un régimen presidencialista. Esto se puede sustentar en que ella tiene larga data en Chile, ha funcionado razonablemente bien, contribuyendo a la solidez de las cuentas fiscales, da los incentivos adecuados para que el Gobierno asuma la responsabilidad sobre la sostenibilidad del gasto y, además, junto al rol de la Contraloría General de la República, el DL Orgánico de Administración Financiera del

¹⁴ Se debe destacar que en el caso de Portugal, los parlamentarios tienen iniciativa de gasto durante la discusión del presupuesto (ver capítulo II de este volumen). Una vez aprobado este, se aplica la norma aquí descrita.

Estado, la Ley de Responsabilidad Fiscal y las exigencias de *quorum* calificado para el endeudamiento público, generan un todo coherente que contribuye a incentivar la necesaria responsabilidad fiscal. Sin embargo, tal como se ha visto en los últimos años, la norma ha empezado a ser desafiada. Se sostiene que le da un rol menor al Congreso, que con gobiernos débiles la norma se puede sobrepasar, que puede generar *impasses* legislativos cuando el Gobierno no tiene mayoría parlamentaria, y que genera una suerte de profecía autocumplida, pues los costos para los parlamentarios de ser “fiscalmente irresponsables” son menores.

La segunda opción es darle iniciativa de gasto también al Legislativo, sin mayores restricciones. Ello tiene el efecto de darle un mayor rol al Congreso en la formación de las políticas públicas, lo que se espera llevaría a hacer compartida la responsabilidad del gasto entre ambos poderes del Estado. Con todo, no es claro que genere incentivos suficientemente fuertes en los parlamentarios para ser fiscalmente responsables en un régimen presidencialista, a la vez que el Gobierno perdería control sobre el presupuesto de la Nación, lo que en otros países en desarrollo ha generado experiencias con resultados fiscales menos sostenibles.

Por último, está la opción intermedia. Esto es, darle algún grado de iniciativa de gasto al Legislativo, pero con ciertas restricciones. Por ejemplo, 1) que los parlamentarios puedan presentar proyectos que impliquen gasto, pero que, en alguna instancia de la discusión, tengan que lograr el patrocinio del Gobierno; 2) que puedan generar solo gastos menores, o 3) que, al generar gastos, deban proponer también una fuente de financiamiento, ya sea vía nuevos ingresos o vía reasignaciones.

La primera de estas alternativas intermedias se ve como más factible, pues hay bastantes países que la utilizan, incluyendo regímenes parlamentarios. Se debe destacar que bajo esta opción el Gobierno mantiene la palabra final. Pero claramente implica más poder al Legislativo que el que tiene hoy en Chile, porque los parlamentarios pueden presentar iniciativas que conlleven gastos, el Gobierno debe fundamentar su posición, a la vez que hay espacio para un debate entre ambos poderes, en que el Legislativo tiene más herramientas para persuadir al Ejecutivo. En todo caso, sigue presente el menor incentivo parlamentario a la disciplina fiscal y, además, se puede generar un conflicto mayor entre ambos poderes del Estado, cuando existan mociones parlamentarias que implican mayor gasto, que hayan avanzado con amplio apoyo y en forma significativa en su tramitación en el Congreso, y que son finalmente desechadas porque el Gobierno no las respalda. Por lo mismo, es clave que la posición del Gobierno (patrocinio o rechazo) sea temprana, como es el caso en España, para minimizar potenciales conflictos.

La segunda opción intermedia, la de generar solo gastos menores, puede transformarse en una cantidad enorme de iniciativas “pequeñas”, pero que

en total suman mucho; esto es, que en términos agregados igual podrían afectar de manera significativa el presupuesto.

La tercera alternativa intermedia, en teoría, mantendría el equilibrio fiscal, al calzar gastos con ingresos, pero en el caso de que las propuestas parlamentarias vengan financiadas con nuevos impuestos, implicaría darle también atribuciones al Congreso en materia tributaria, hoy de iniciativa presidencial exclusiva. Además, ello significaría la pérdida del control del presupuesto por parte del Gobierno. Si esta opción se restringe a financiar los nuevos gastos solo con reasignaciones, habría que agregarle restricciones adicionales, tales como no reasignar desde gastos por una vez hasta gastos permanentes.

A partir de las alternativas analizadas, y considerando que el objetivo último de la norma es contribuir a tener un gasto público sostenible, nuestra propuesta es mantener la iniciativa exclusiva presidencial en materia de gasto público, en el contexto de un régimen presidencial. Ello, por cuanto estimamos importante que esta iniciativa esté donde se perciben y reflejen mejor los efectos (positivos y negativos) de las decisiones de gasto, que es en el Gobierno. Consideramos que esta es una forma institucional de aumentar las probabilidades de responsabilidad fiscal.

Complementariamente, proponemos darle un mayor rol al Legislativo, aunque con restricciones. En específico, proponemos permitir que parlamentarios puedan presentar iniciativas que conlleven mayor gasto, pero con el requisito de ser suscritas por un cierto porcentaje de parlamentarios de la Cámara respectiva (digamos 15% o 20%),¹⁵ y que la mesa de dicha Cámara la entregue al Gobierno para su patrocinio o para que fundamente su rechazo en un plazo acotado. Así, el Gobierno tendría 30 días para tomar una opción, y si al final de dicho período no ha manifestado su parecer, se asume que apoya la iniciativa. En caso de entregar su rechazo fundamentado, la mesa de la Cámara respectiva debe desechar la moción.¹⁶ Esta opción mantiene la decisión final en manos del Gobierno, pero permite un mayor grado de participación del Poder Legislativo en la formación de las políticas públicas. Ciertamente esta opción intermedia no asegura que no existan controversias ni que el Congreso en ocasiones intente desafiar la norma, por lo que de todas maneras se hace necesaria una instancia a la cual las partes puedan

¹⁵ Nótese que hoy en la Constitución (artículo 65) las mociones parlamentarias requieren de un máximo de firmas (no más de 10 diputados ni por más de 5 senadores), y no de un mínimo. Por lo tanto, nuestra propuesta cambia la lógica actual en esta materia, aunque solo respecto de aquellas iniciativas que generen gasto.

¹⁶ Es importante notar que en el pasado se han presentado diversas mociones parlamentarias con una propuesta similar, no solo en materia de gasto sino también en otras de iniciativa exclusiva del Gobierno (ver, por ejemplo, las mociones identificadas en los boletines 4428-07, 7294-07, 11030-07 y 16634-07, disponibles en www.bcn.cl).

acudir en caso de conflicto de competencia, tarea que en la actualidad cumple el Tribunal Constitucional.

Bajo el mismo argumento, si bien no es la materia principal analizada en este artículo, se podría también aplicar la propuesta descrita a las iniciativas legales que reduzcan ingresos fiscales, es decir, que exista un espacio de iniciativa parlamentaria, pero que la palabra final la siga teniendo el Gobierno. De hecho, en muchos países ambas materias se tratan de forma similar.

Sin desmedro de la propuesta descrita, cabe preguntarse también cuál sería la opción más conveniente en el caso de que Chile cambiase su régimen político a uno semipresidencial o parlamentario. En ese caso, lo primordial es mantener el principio de hacer coincidir la responsabilidad del manejo de las finanzas públicas con quien ostenta las herramientas y atribuciones adecuadas para ello. Con todo, es difícil pensar que la responsabilidad del Gobierno pueda atenuarse demasiado, incluso en regímenes parlamentarios o semipresidenciales. De ahí que, tal como se explicó en la sección respectiva, muchos países con ese tipo de regímenes igual tienen reglas que contemplan el apoyo del Gobierno en alguna instancia para que avancen los proyectos de gastos. Por lo mismo, se sugiere que, en caso de adoptarse un régimen parlamentario o semipresidencial, se consideren para esta materia las experiencias de países como Alemania, Australia, Canadá o España, donde existiendo un rol para el Legislativo, se requiere el patrocinio del Gobierno en aquellas iniciativas que impliquen mayor gasto público.

5. REFERENCIAS

- Alesina, A. y G. Tabellini. (1990). "Voting on the budget deficit". *American Economic Review*, Vol. 80 N°1, páginas 37-49.
- Arend, M. y P. Sánchez. (2020). "Revisión de Diagnósticos y de Propuestas de Perfeccionamiento de la Metodología y Procedimientos para el Cálculo del Balance Estructural". Documento de Trabajo N°1, Consejo Fiscal Autónomo, Chile.
- Constituciones y normativas del Parlamento de diferentes países.
- Elkins, Z., Melton, J. y T. Ginsburg. (2015). *The Constitute Project*. Visitado en abril de 2020.
- Fish, M. S. y M. Kroenig. (2009). *The Handbook of National Legislatures*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Irrarrázaval, I., O. Larrañaga, J. Rodríguez, E. Silva y R. Valdés. (2020). "Propuestas para una mejor calidad del gasto y las políticas públicas en Chile". En *Temas de la Agenda Pública* N°120, Centro de Políticas Públicas UC.

- Medina, J. P., E. Silva, S. Soto y R. Valdés. (2019). “Institucionalidad y Política Fiscal en Chile: hacia un nuevo ecosistema de responsabilidad fiscal”. Centro de Políticas Públicas UC.
- Sánchez, I. M. G. (2020). “Evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de «veto presupuestario» del Gobierno”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 40, N°118, páginas 273-305.
- Sierra, L. (editor). (2016). “Cuestión III. Régimen Político”. En *Propuestas Constitucionales*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, páginas 135-178.
- Soto, S. (2007). “Iniciativa Exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC para su Interpretación”. En *Sentencias Destacadas*, A. Fermandois (editor). Santiago: Libertad y Desarrollo.
- Stiglitz, J. y J. Rosengard. (2015). *Economics of the Public Sector*. Nueva York: WW Norton & Company, cuarta edición.

6. ANEXO

Evidencia comparada en iniciativa de gasto público

<i>País</i>	<i>Régimen político</i>	<i>Clasificación de iniciativa exclusiva de gasto</i>
Alemania	Parlamentario	Intermedio
Australia	Parlamentario (MC)	Intermedio
Austria	Parlamentario (MC)	Sin iniciativa exclusiva
Bélgica	Parlamentario (MC)	Sin iniciativa exclusiva
Bolivia	Presidencial	Intermedio
Brasil	Presidencial	Iniciativa exclusiva gobierno
Canadá	Parlamentario (MC)	Intermedio
Chile	Presidencial	Iniciativa exclusiva gobierno
Colombia	Presidencial	Iniciativa exclusiva gobierno
Dinamarca	Parlamentario (MC)	Sin iniciativa exclusiva
Ecuador	Presidencial	Iniciativa exclusiva gobierno
Eslovenia	Parlamentario	Sin iniciativa exclusiva
España	Parlamentario (MC)	Intermedio
Estados Unidos	Presidencial	Sin iniciativa exclusiva
Estonia	Parlamentario	Sin iniciativa exclusiva
Finlandia	Parlamentario	Sin iniciativa exclusiva
Francia	Semipresidencial	Intermedio
Países Bajos	Parlamentario (MC)	Sin iniciativa exclusiva
Hungría	Parlamentario	Sin iniciativa exclusiva
Noruega	Parlamentario (MC)	Sin iniciativa exclusiva
Nueva Zelanda	Parlamentario (MC)	Intermedio
Perú	Presidencial	Iniciativa exclusiva gobierno
Portugal	Semipresidencial	Intermedio
Reino Unido	Parlamentario (MC)	Intermedio
Suecia	Parlamentario (MC)	Sin iniciativa exclusiva
Uruguay	Presidencial	Intermedio

Nota: MC corresponde a "Monarquía Constitucional".

Fuente: elaboración propia a partir de Elkins *et al.* (2015) y de constituciones, legislaciones y normativas de cada país.

6. COMENTARIOS DEL RESTO DE LOS AUTORES
A LA PROPUESTA

Resumen

Suscriben: Sylvia Eyzaguirre y Rodrigo Valdés.

Suscriben con reserva: Sebastián Claro, Pablo Correa, Luis Eduardo Escobar y Andrea Repetto.

No suscribe: Claudia Sanhueza

Comentarios específicos

- Sebastián Claro

La Constitución vigente, siguiendo la tradición constitucional de Chile en buena parte del siglo XX, establece que el Presidente de la República tiene iniciativa exclusiva legal en una serie de materias, dentro de las que se incluye la posibilidad de proponer cambios legales que signifiquen aumentos en el gasto público. Esto obedece a un principio fundamental, a saber: que las herramientas para incrementar el gasto público estén radicadas en las autoridades que tienen la responsabilidad de la administración financiera del Estado. En el ordenamiento político actual en Chile, esta responsabilidad recae sobre el Presidente de la República. La iniciativa exclusiva en materia de gasto buscó evitar que el Parlamento legislara incrementos de gastos de manera irresponsable, y es una condición necesaria —más no suficiente— para mantener cuentas fiscales ordenadas y sólidas.

La propuesta plantea ampliar, de manera limitada, la iniciativa de gasto a parlamentarios, aunque la palabra final sigue radicada en el gobierno. Ella se basa en la idea de que el proceso político está deteriorado, y que podría mejorarse dando un mayor espacio de acción al Parlamento en esta materia. Discrepo de la bondad de tal medida, y de su capacidad para solucionar el problema planteado. Más bien, puede generar una presión fiscal indeseada, sin contribuir a mejorar el debate. Existen otros mecanismos más adecuados para aumentar el rol del Congreso —tanto en el ámbito político como presupuestario— que mantienen las principales herramientas de control de gasto en la institución responsable ante el país.

- **Pablo Correa**

Suscribo la alternativa propuesta por los autores, con algunas restricciones adicionales. Considero que la propuesta debe agregar un mecanismo que sancione a la mesa o a parlamentarios que, pese al rechazo fundamentado al patrocinio por parte del Gobierno, perseveren en la tramitación de la moción. En caso contrario, solo se entregan más herramientas al Congreso para el diseño de políticas públicas (cosa en que concuerdo), pero sin que exista ningún incentivo adicional a cumplir con la norma respecto del marco vigente. Se considera necesario que se imponga algún grado de responsabilidad compartida con el Ejecutivo. Una alternativa sería establecer en la Constitución el principio de preservar la sostenibilidad fiscal en la iniciativa legal, tanto para el Ejecutivo como para el Congreso.
- **Luis Eduardo Escobar**

Coincido con los autores en que es conveniente alinear la responsabilidad por la política fiscal con la capacidad de tomar decisiones e implementarlas. En Chile, los primeros grandes pasos en esa dirección se dieron durante la vigencia de la Constitución de 1925. Sin embargo, es necesario reconocer que este mecanismo no ha dado los resultados esperados. En particular, no ha asegurado la sostenibilidad fiscal de nuestros países. Por lo tanto, creo que, compartiendo el criterio general sobre la conveniencia de alinear responsabilidades con medios, es necesario admitir que parece ser una condición necesaria, pero insuficiente, para asegurar la sostenibilidad fiscal.
- **Andrea Repetto**

Como bien destacan los autores en el artículo, la iniciativa exclusiva en materia de gastos no parece ser suficiente para asegurar la sostenibilidad fiscal. Por algo, de acuerdo a información recopilada por el Fondo Monetario Internacional, cerca de 100 economías en el mundo han adoptado reglas que restringen la política fiscal. Estas reglas son compartidas por países con distintos sistemas políticos, ya sean presidenciales, semipresidenciales o parlamentarios. Esto es, la dificultad para la sostenibilidad fiscal no es una problemática que se les puede atribuir únicamente a los congresos.

De este modo, la iniciativa exclusiva no asegura los beneficios que se esperan de ella. Asimismo, la iniciativa exclusiva, junto a otras medidas descritas por Claro y Repetto en el capítulo II, configura un balance en las competencias presupuestarias en Chile

demasiado favorable al Ejecutivo en desmedro del Legislativo. ¿Por qué solo el Ejecutivo puede tomar decisiones de priorización de gastos, siendo que el Legislativo también ha sido elegido democráticamente?

Al igual que los autores, me parece que se puede avanzar en dar una mayor relevancia al Congreso en este ámbito, sin perder la preocupación por la sostenibilidad fiscal. Pero iría un poco más allá: que los parlamentarios puedan hacer propuestas de gasto siempre que estas sean acompañadas de propuestas de financiamiento. Asimismo, y si bien no es materia constitucional, para entregar estas eventuales capacidades de iniciativa al Congreso, sería muy importante dotarlo de capacidades técnicas que permitan una evaluación independiente del impacto de sus iniciativas.

- Claudia Sanhueza

En mi opinión, la principal consecuencia de la iniciativa exclusiva en la actual Constitución es que, sumado a un régimen presidencial, le da un poder excesivo al Ejecutivo en el sistema político, el que el resto de las instituciones políticas no puede contrarrestar. Esto, en el caso de malas decisiones, tensiona negativamente todo el sistema. Ahora bien, esto eventualmente puede cambiar en una nueva Constitución: en el caso de modificar el sistema político a uno semiparlamentario, como ocurre en Francia por ejemplo, sí tendría sentido mantener la iniciativa exclusiva de gasto.

En cambio, si se mantiene el sistema presidencial (como supone este texto) sería conveniente avanzar hacia un sistema sin iniciativa exclusiva de gasto del Ejecutivo pero con responsabilidad fiscal, como en Estados Unidos, o hacia una iniciativa intermedia como la de Uruguay.

Adicionalmente, creo que independiente de lo antes dicho, debe haber mayores niveles de democracia ciudadana o elementos de democracia directa. Por ejemplo, a través de iniciativas populares de ley, como en Suiza, aunque si las iniciativas superan un límite de gasto debe haber referéndum.

CAPÍTULO II

PROCESO PRESUPUESTARIO

Sebastián Claro y Andrea Repetto***

RESUMEN

EL PROCESO presupuestario se refiere al conjunto de normas y leyes que distribuyen las competencias entre los poderes del Estado en el diseño, discusión, aprobación y ejecución del presupuesto de la Nación. La manera en la que se distribuyan estas responsabilidades tiene impacto sobre la sostenibilidad de las cuentas fiscales, la distribución y priorización del gasto entre sectores y la asignación de los recursos públicos.

La Constitución chilena, siguiendo con su tradición histórica, otorga al Poder Ejecutivo las mayores atribuciones en este proceso, buscando que las herramientas de control y manejo presupuestario estén radicadas en quien tiene la responsabilidad en la administración financiera del Estado. En el ámbito constitucional, ello implica, en lo fundamental, que la determinación de ingresos y gastos la tiene el Ejecutivo, y que el Congreso solo puede aprobar o reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por una ley permanente.

En estas páginas se propone mantener los aspectos esenciales del esquema actual, pero introduciendo modificaciones que concedan al Congreso una mayor incidencia en la discusión, y que propendan a una discusión presupuestaria basada en mejor información y supuestos más robustos. Los objetivos principales son que, resguardando la sostenibilidad fiscal, la discusión presupuestaria abra un espacio para reflejar las preferencias de la ciudadanía implícitas en la elección tanto del Presidente de la República como de los parlamentarios, y que el debate presupuestario sea más informado y dé cuenta del buen uso de los recursos públicos. Específicamente, se propone que: i) si el presupuesto no es aprobado en los tiempos legales, rija

N. de los A.: Los autores agradecen los valiosos comentarios y sugerencias de Diego Pardow, Lucas Sierra, Sebastián Soto y de los demás autores de este volumen.

* Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile.

** Escuela de Gobierno, Universidad Adolfo Ibáñez.

el presupuesto aprobado en el ejercicio anterior; ii) se extienda el período de discusión a tres meses; iii) se otorgue al Congreso atribuciones para modificar de manera acotada el presupuesto presentado por el Gobierno, sin afectar bajo ninguna circunstancia el nivel agregado de gasto, modificaciones que quedarán restringidas a ciertas partidas, deberán cautelar el respeto de leyes permanentes, las diferencias entre gasto transitorio y permanente, y entre partidas de gasto corriente e inversión, y que requerirán del apoyo de un porcentaje de parlamentarios; iv) atenuar las amplias facultades de veto que posee el Ejecutivo en este ámbito, manteniendo solo la posibilidad de un veto parcial para referirse a glosas o artículos específicos y no al presupuesto completo, o alternativamente reduciendo el *quorum* requerido para rechazar el veto; v) mantener las atribuciones del Ejecutivo para definir gastos e ingresos presupuestarios, y a la vez establecer una institucionalidad técnica e imparcial dependiente del Congreso que pueda entregar una opinión sobre los supuestos detrás del presupuesto, sin que sus opiniones sean vinculantes, y cuya institucionalidad no sea constitucional; vi) introducir en la Constitución un principio de transparencia y rendición de cuentas en la gestión del proceso presupuestario, incluyendo información referida al desempeño de los programas; vii) restringir los espacios de discrecionalidad del Gobierno para modificar *ex post* el presupuesto; viii) definir el límite al endeudamiento fiscal que apruebe el Congreso en términos netos y no brutos, manteniendo el *quorum* calificado actual, de manera de evitar mayores espacios de cambios presupuestarios sin aprobación del Congreso, y ix) mantener la restricción contemplada en la actual Constitución para que el Congreso no pueda aprobar nuevos gastos sin que se indique su fuente de financiamiento.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso presupuestario en el ámbito constitucional se entiende como el conjunto de normas que distribuyen las competencias entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en la discusión presupuestaria. Este tema define una parte relevante del balance entre estos poderes del Estado, en particular considerando que la Ley de Presupuestos es, posiblemente, la ley más importante de la Nación.

El balance de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo en relación con el presupuesto, enmarcado en un conjunto más amplio de atribuciones, ha estado presente en la discusión constitucional en Chile desde los albores de la República. Durante el siglo XX se presentaron sucesivas reformas constitucionales que fueron cambiando este balance al aumentar las competencias del Poder Ejecutivo. La Constitución actual recoge y ratifica tales tendencias.

En tal sentido, la lógica imperante en esta materia en la Constitución es similar a la presente en la discusión sobre iniciativa del Ejecutivo en materias de gastos e impuestos, al radicar en el Poder Ejecutivo la responsabilidad por la administración financiera del Estado. Es sobre este principio —el que quien asume la responsabilidad financiera tenga también las principales atribuciones— que descansa la división de poderes en esta materia.

El concepto de proceso presupuestario es amplio, e involucra las etapas de preparación, discusión, ejecución y control del presupuesto general de la Nación. La gran mayoría de las leyes y normas que regulan el proceso presupuestario no están en la Constitución, la que establece el alcance de esta división de poderes principalmente en la etapa de discusión parlamentaria del proyecto de presupuestos.¹ Este es el foco de esta nota, referida a los plazos de la discusión, las atribuciones de los distintos poderes en la definición de la Ley de Presupuestos, así como en la introducción de modificaciones al proyecto.² Finalmente, se discuten las atribuciones de veto del Presidente de la República.

2. RELEVANCIA ECONÓMICA: ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE?

En todo sistema de separación de poderes, el establecimiento de pesos y contrapesos es lo que define el balance o desbalance entre aquellos poderes. En el caso de la Ley de Presupuestos es fundamental otorgar facultades al Ejecutivo y Legislativo de modo de definir una distribución adecuada. Como se explica a continuación, no es deseable que uno de los poderes concentre buena parte de las competencias presupuestarias.

El arreglo institucional que se defina en este ámbito tiene incidencia en materias de suma relevancia para los países. Por un lado, la dinámica de la responsabilidad fiscal depende de que el presupuesto que se apruebe y ejecute sea, en buena parte, el resultado de un proceso de deliberación que

¹ Ver Granados *et al.* (2009) para una descripción detallada del funcionamiento de la institucionalidad presupuestaria en Chile.

² Esta nota se refiere solo al balance de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo en el proceso de definición del presupuesto general de la Nación. Por ello no incluye otras materias, como la posibilidad de establecer presupuestos participativos que algunos países aplican a nivel local (OCDE 2019). Tampoco revisa la posibilidad de establecer presupuestos plurianuales, ni la posibilidad del Ejecutivo de regular por medio de la Ley de Presupuestos gastos nuevos, en vez de por medio de una ley especial de efectos permanentes. Este tema reviste particular interés si se considera la creciente tendencia a “legislar a través de glosas”, esto es, aprobar partidas presupuestarias de proyectos de ley que no han sido legislados. La inclusión de recursos y glosas en la Ley de Presupuestos permite sustraer de la debida discusión parlamentaria la puesta en marcha de proyectos analizados solo por el Gobierno, algo que debe limitarse.

incorpore adecuadamente las perspectivas de mediano y largo plazo que determinan la sostenibilidad de las cuentas fiscales. Entre otros aspectos, la definición de balances y delimitación de responsabilidades determina los incentivos a aumentar los beneficios a las generaciones actuales a costa de las generaciones futuras. También depende de que el debate sea lo más riguroso e informado posible, que haya simetría en la información disponible, y que exista claridad ante la ciudadanía sobre los diferentes programas públicos, tanto lo que refiere a los beneficiarios de estos programas como a los impactos de estos.

Por otro lado, el equilibrio de poderes afecta el balance programático del gasto, pues fija prioridades dentro de los sectores del presupuesto, las que finalmente reflejan las preferencias de quienes participan en el debate, de quienes ellos representan y sus facultades relativas.

Las reglas de resolución en la discusión presupuestaria —esto es, los mecanismos que rigen en caso de un conflicto entre los poderes del Estado—, pueden afectar el funcionamiento del Estado y la eficiencia en el uso de los recursos públicos. En caso extremo, por ejemplo, hay países —como Estados Unidos— donde se puede paralizar parte de la actividad gubernamental cuando no existe acuerdo en la materia.

3. BREVE HISTORIA CONSTITUCIONAL DE CHILE

El esplendor de la influencia parlamentaria en la elaboración del presupuesto se dio a comienzos del siglo XX, luego de que la Guerra Civil de 1891 instaurara en Chile un sistema parlamentario. Sin embargo, las crecientes tensiones entre el Gobierno y el Congreso en las primeras décadas del siglo XX llevaron a una creciente pérdida de hegemonía del Congreso en materia presupuestaria. La Constitución de 1925, marcada por las tensiones entre el Ejecutivo y el Legislativo, tensiones que obstaculizaron en innumerables ocasiones la labor del Gobierno, introdujo las primeras restricciones al quehacer parlamentario. Se estableció en su artículo 44 número 4 que, si a la fecha de expiración del plazo en que debía comenzar a regir el nuevo presupuesto, este no se había aprobado, “regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República”.³

Sucesivas reformas a la Carta Fundamental de 1925 fueron restringiendo aún más las potestades del Parlamento en estas materias. La reforma de 1943 estableció que “el Congreso Nacional solo podrá aceptar, disminuir o

³ Paralelamente, el Gobierno convocó a la misión Kemmerer para que lo asesorara en el diseño de la administración financiera del Estado, creándose la Oficina de Presupuestos y la Ley Orgánica de Presupuestos.

rechazar los servicios, empleos, emolumentos o aumentos” que propusiera el Ejecutivo, fortaleciendo con ello la iniciativa exclusiva presidencial en una serie de materias. Además, se instauró el 2% constitucional, pero circunscribiéndolo a la invocación de situaciones de emergencia y limitando así los gastos sin autorización legal. La reforma de 1943 también aumentó el rol de la Contraloría General de la República en el control de gastos.⁴ Finalmente, la reforma de 1970 fortaleció aún más la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en materia de gasto fiscal, restringiendo la iniciativa parlamentaria de gasto.

Esta tendencia no es un fenómeno exclusivo de Chile. Muchos países fueron transitando durante el siglo XX hacia regímenes de mayor preponderancia del Poder Ejecutivo en las definiciones presupuestarias. Independiente del sistema político imperante, a nivel comparado, se observa que el jefe de Gobierno concentra cada vez un mayor poder en las decisiones del presupuesto.⁵

La Constitución actual basa sus lineamientos del proceso presupuestario en el texto constitucional de 1925.⁶ En particular, la distribución de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo se establece principalmente en el artículo 67, que establece que:

El proyecto de Ley de Presupuestos deberá ser presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional, a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir; y si el Congreso no lo despachare dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República.

El Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; solo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente. La estimación del rendimiento de los recursos que consulta la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente, previo informe de los organismos técnicos respectivos.

No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto. Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servicio o insti-

⁴ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25609>.

⁵ Soto (2016).

⁶ <https://www.senado.cl/ley-de-presupuesto-como-se-forjo-la-institucionalidad-que-rige/senado/2013-08-09/165612.html>

tución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza.

Otros dos artículos de la Constitución complementan el artículo 67 en materias relevantes. Por una parte, el artículo 63, número 7, establece que:^{7, 8}

Se requerirá de una ley de *quorum* calificado para autorizar la contratación de aquellos empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial.

Adicionalmente, el artículo 32, número 20, establece que:

El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna... El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos.

4. EVIDENCIA COMPARADA

Al igual que en el caso de Chile, en una amplia mayoría de países el proceso presupuestario está delineado, al menos en parte, en la Constitución. De acuerdo a la base de datos del Comparative Constitutions Project, 124 de las 146 constituciones analizadas, vigentes en el año 2013, prevén un proceso legislativo especial para la definición del presupuesto nacional.

La información recopilada en la base de datos International Budget Practices and Procedures, de la OCDE, permite comparar aspectos más detallados del proceso presupuestario en las economías de la organización. Un primer elemento se refiere a las facultades que tiene el Legislativo para modificar el presupuesto planteado por el Ejecutivo. En una muestra de 34 países de

⁷ Este artículo se entiende junto con los numerales 8 y 9 del artículo 63, que señalan que el endeudamiento es materia de ley.

⁸ El artículo 19, número 20, establece: “Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado”. Aunque la discusión sobre impuestos no es parte de este capítulo, el principio de no afectación es importante por cuanto se relaciona directamente con la posibilidad de incrementar la flexibilidad en la discusión presupuestaria en términos de la asignación de recursos públicos, así como en fomentar la eficiencia en su uso, al considerar en esta discusión la evaluación de los programas. La afectación de impuestos, al asignar impuestos a programas específicos, atenta contra este objetivo.

la OCDE, en un 56% de los casos el Congreso no enfrenta restricción alguna para modificar la propuesta, y en un 24% puede hacer alteraciones siempre que no se afecte el balance fiscal. Como se describió previamente, en Chile los congresistas solo tienen la facultad de reducir gastos, derecho que comparte solo con sus pares de Israel. Asimismo, únicamente en Canadá las restricciones son más fuertes: el Parlamento canadiense solo puede aprobar o rechazar el presupuesto.

Un segundo aspecto se refiere a las consecuencias de no aprobar el presupuesto a tiempo. En la mayoría de los países OCDE (63%), cuando ello sucede sigue vigente el presupuesto del año previo, hasta que no se termine el debate presupuestario. Solo en Chile, Finlandia y Polonia rige la propuesta del Ejecutivo en caso de que no haya aprobación dentro del plazo legal.

Un tercer ámbito se refiere a si el Ejecutivo tiene la facultad de vetar el proyecto aprobado por el Congreso. En un 74% de las economías OCDE, el Ejecutivo no cuenta con tal derecho. En Chile, en cambio, al igual que en Australia y Estonia, el Ejecutivo puede vetar tanto el presupuesto aprobado en su conjunto, como partidas específicas de él.

Finalmente, la base de datos permite determinar el tiempo del que dispone el Congreso para la discusión y aprobación del presupuesto. En el 80% de los casos, los legisladores cuentan con un plazo superior a los dos meses. En Australia, Chile e Israel se dispone de dos meses; en Austria, Grecia y Portugal, solo de uno y medio.

No es simple interpretar la experiencia comparada, puesto que depende crucialmente del régimen político. La mayoría de los países de la OCDE tienen un régimen parlamentario, lo que limita, ciertamente, la comparación con Chile, donde rige un sistema fuertemente presidencialista. En un sistema parlamentario, la separación de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo está atenuada, toda vez que la conducción del país radica en una mayoría del Congreso basada en acuerdos políticos para formar gobiernos. Por ello, no es sorprendente encontrar mayores facultades parlamentarias.

En la base de datos OCDE analizada, solo tres países se rigen por sistemas presidencialistas: Chile, México y Turquía.⁹ En México la legislatura no tiene restricciones para alterar el presupuesto, mientras que el Ejecutivo puede vetar el conjunto del presupuesto aprobado, pero no líneas específicas. En caso de no aprobarse el presupuesto a tiempo, rige uno de emergencia que permite al Gobierno funcionar a una escala mínima. En Turquía, por su parte, el Ejecutivo no puede vetar el presupuesto aprobado por el

⁹ El otro caso es el de Estados Unidos, para el cual, lamentablemente, la información requerida está incompleta.

Legislativo, y en caso de no haber una aprobación dentro del tiempo legal, sigue rigiendo el presupuesto del año previo.¹⁰

En Francia, donde el régimen es semipresidencial, el Legislativo puede modificar gastos siempre que no altere el presupuesto global (esto es, puede mover gastos entre partidas). Además, rige el presupuesto del año previo mientras no haya aprobación de uno nuevo, y el Ejecutivo no posee la facultad de veto. Finalmente, en Portugal, donde el régimen también es semipresidencial, la regulación es la misma que en Francia, excepto que el Parlamento puede realizar cambios al presupuesto sin limitaciones.

5. TEMAS CLAVE

El diseño del proceso presupuestario en la Constitución obedece, *grosso modo*, a un diseño que busca promover la gobernabilidad, evitando que la disputa entre Congreso y Ejecutivo paralice el normal funcionamiento de las instituciones del Estado. De igual forma, busca promover la responsabilidad fiscal, al dotar a quien detenta la responsabilidad de la administración financiera del Estado con mayores atribuciones en las definiciones en el proceso presupuestario. Esto ha contribuido a destacar a Chile como un país con una sólida posición fiscal durante varias décadas. Este aspecto es central, por lo que este trabajo propone mantener los aspectos esenciales del esquema actual.

No obstante, existen algunas materias del ordenamiento actual sobre las cuales es posible introducir modificaciones. La revisión de la experiencia comparada sugiere que en Chile las restricciones al actuar del Legislativo en materias de definición del presupuesto están entre las más severas.

Un primer ámbito es la posibilidad de introducir un mayor balance entre poderes en la determinación de los gastos, sin por ello afectar los incentivos a la responsabilidad fiscal. En este punto, el objetivo es que el resultado de la discusión presupuestaria refleje de mejor manera las preferencias de la ciudadanía implícitas en la elección tanto del Presidente de la República como de los congresistas. En particular, cabe considerar la posibilidad de que el Congreso participe de alguna manera en la distribución de los gastos en aquellas materias que no están legisladas. Sin embargo, de dar esta facultad al Congreso, debe hacerse de modo de no afectar el nivel agregado de presupuesto público, y a la vez, distinguiendo los gastos transitorios de los que son permanentes, y gasto corriente de gasto en inversión, de manera de evitar que modificaciones presupuestarias puntuales comprometan gastos

¹⁰ La base de datos no reporta cuáles son las atribuciones con las que cuenta el Congreso en Turquía para afectar el presupuesto.

permanentes. Este problema podría producirse, por ejemplo, si se aumentara la cobertura de salud para la tercera edad a costa de menor inversión en infraestructura. Lo primero compromete recursos permanentes, mientras que lo segundo libera recursos transitorios. En la misma línea, puede considerarse el poder de veto que el Ejecutivo tiene sobre las decisiones del Legislativo.

Un segundo aspecto dice relación con los supuestos y la información detrás del presupuesto público. La Constitución establece que el Gobierno es responsable de hacer una estimación de los ingresos fiscales, que debe contar con un informe previo de organismos técnicos (en los hechos, de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda). El Congreso, en cambio, no tiene atribuciones para modificar los supuestos tras la estimación de los ingresos. Este esquema parece en términos generales positivo, aun cuando la introducción de algún mayor balance técnico en la determinación de ingresos e informes financieros podría introducir mayores grados de objetividad en el proceso presupuestario, fortaleciendo el objetivo de mantener un sistema presupuestario que cautele la solvencia y transparencia fiscal.

Relacionado con los temas de información, surge la necesidad de fomentar mejores prácticas en términos de transparencia y rendición de cuentas en la gestión fiscal.¹¹ El objetivo es robustecer la discusión presupuestaria y promover un uso mejor y más transparente de los recursos públicos. Aunque el Estado de Chile produce los reportes estándares en esta materia, no existen revisiones independientes de ellos, y tampoco existe un cruce efectivo entre la evaluación económica y social de los proyectos públicos y la discusión presupuestaria.¹² Avanzar en estas prácticas contribuiría a una mejor eficiencia en la asignación de recursos, así como a una profundización y legitimación del proceso presupuestario.

Un tercer aspecto refiere a las restricciones que enfrenta el Ejecutivo *ex post*, esto es, una vez aprobado el presupuesto. Aunque muchas de estas materias no están establecidas en la Constitución sino en leyes, y corresponde que así sea, existe un espacio para que, a través de reasignaciones o cambios en los ingresos efectivos con posterioridad a la aprobación del presupuesto, los gobiernos puedan introducir modificaciones sustanciales en el presupuesto de la Nación sin la aprobación del Congreso. Como menciona Soto (2020), las fuertes atribuciones del Gobierno se constatan con mayor intensidad durante la etapa de ejecución del presupuesto, es decir, una vez vigente. El rol del Congreso Nacional, al igual que en otros sistemas, ha ido reduciéndose de manera paulatina.

¹¹ OCDE (2015).

¹² OCDE (2019).

En este punto, cobra especial relevancia el artículo 67, número 7 de la Constitución actual, que establece que el Congreso deberá aprobar la contratación de empréstitos, esto es, el máximo endeudamiento bruto que podrá tomar el Gobierno. Esta facultad es una de las principales herramientas del Congreso para limitar el gasto por parte del Gobierno. Sin embargo, de aparecer nuevas fuentes de ingreso (por un mayor crecimiento económico, por ingresos extraordinarios o por la existencia de ahorros como los fondos soberanos), estos recursos pueden ser gastados con posterioridad, sin pasar a llevar la restricción de financiamiento establecida en la Ley de Presupuestos. Introducir modificaciones en estos aspectos puede delimitar de mejor manera los espacios para que el Gobierno, de manera posterior a su aprobación, modifique sustancialmente el presupuesto sin la aprobación del Congreso.¹³

Por último, cabe evaluar si el plazo que la actual Constitución establece para la discusión del presupuesto (dos meses), así como la restricción de que, en caso de no aprobarse en el tiempo requerido, regirá el proyecto presentado por el Gobierno, necesitan alguna modificación para permitir un mayor debate, o mejores incentivos.

6. PROPUESTA

La revisión de la evolución temporal de la experiencia chilena y su comparación con la regulación internacional sugiere que el balance actual en Chile en el proceso presupuestario es excesivamente favorable al Ejecutivo en desmedro del Legislativo. Nuestras propuestas intentan ofrecer un nuevo equilibrio, sin afectar la dinámica de la responsabilidad fiscal ni la eficiencia en el uso de recursos. También sugieren una revisión de algunas de las facultades con las que el Ejecutivo cuenta en la implementación del presupuesto, una vez que este es aprobado. Cabe destacar que las propuestas suponen que el régimen político sigue teniendo un importante carácter presidencial.¹⁴

En primer lugar, planteamos que si el presupuesto no es aprobado en el plazo legal, siga vigente el aprobado en la discusión del año previo mientras la ley no se despache, como sucede en buena parte de los países desarrolla-

¹³ El trato asimétrico entre el endeudamiento del Gobierno —que requiere ley— y el desahorro —que no la requiere— puede también distorsionar la estructura óptima de financiamiento del Estado. Ver Parrado *et al.* (2012).

¹⁴ Como discutimos más arriba, al presentar la evidencia comparada, los sistemas parlamentaristas se caracterizan por la búsqueda de acuerdos para formar gobiernos de mayoría. Allí la distancia entre las preferencias en el Congreso y aquellas en el Ejecutivo naturalmente se reducen, lo que permite disminuir la eventual tensión entre poderes en la discusión presupuestaria. Ello explicaría las mayores atribuciones que tienen los parlamentos en esta materia.

dos. Se trata de un presupuesto que ya fue acordado recientemente y que, a nuestro juicio, representa una base razonable mientras no se logre un nuevo acuerdo.¹⁵ Al mismo tiempo, y también en línea con la experiencia internacional, sugerimos extender el plazo para su discusión de dos a tres meses, adelantando su inicio en un mes. Esta posibilidad otorga un equilibrio más balanceado entre el Ejecutivo y el Legislativo que la combinación actual de un plazo corto para la revisión y el despacho, junto a una regla en que por defecto prima la propuesta del Ejecutivo. Estas modificaciones permitirían transformar el proceso en uno de mayor deliberación entre poderes.¹⁶

En segundo lugar, recomendamos una revisión de las restricciones que el Congreso enfrenta para realizar cambios a la Ley de Presupuestos. En la actualidad puede aprobar o reducir gastos, en un intento de evitar presiones fiscales indeseables. Nos parece, sin embargo, que ello sucede a costa de la participación de los legisladores en la fijación de prioridades dentro del presupuesto. Por ello, promovemos que se permita al Congreso, además de reducir, reordenar algunos gastos entre asignaciones presupuestarias, con límites de monto por definir y con restricciones que aseguren el respeto de leyes permanentes, las diferencias entre gasto transitorio y permanente, y entre partidas de gasto corriente e inversión. Más específicamente, las reasignaciones deben ser suscritas por un porcentaje mínimo de los parlamentarios de la Cámara respectiva (por ejemplo, un 20%), las que deben identificarse a nivel de asignaciones específicas, tanto lo que se aumentaría como lo que se reduciría. Bajo ninguna circunstancia, las reasignaciones pueden implicar aumentos de remuneraciones ni de dotaciones de funcionarios públicos. A su vez, las leyes que regulen estas atribuciones en mayor detalle debieran ser de *quorum* calificado y debieran incluir, como contrapartida a las nuevas atribuciones parlamentarias, algún tipo de sanción para quienes las incumplan.

Esta facultad, bajo ninguna circunstancia podrá significar un cambio en el nivel agregado de gasto en la Ley de Presupuestos en relación con lo propuesto por el Poder Ejecutivo. Para consolidar el control de las cuentas fiscales, proponemos mantener la restricción contemplada en la actual Constitución (últimos incisos del capítulo 67), respecto de que el Congreso no podrá “aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto. Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servi-

¹⁵ Esta continuación del presupuesto quedaría definida en términos nominales.

¹⁶ Para ello, también es central otorgar capacidad técnica suficiente al Congreso, de modo de asegurar simetría en el debate. Ver propuesta en esta misma sección.

cio o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza”. Esta norma asegura un ajuste automático para mantener el nivel de gasto propuesto por el Ejecutivo, toda vez que establece sobre el Presidente de la República un “deber”, y no solo una “facultad”, de restringir de manera proporcional los gastos en la medida que el Congreso apruebe gastos no justificados.

En tercer lugar, formulamos la idea de atenuar las amplias facultades de veto que posee el Ejecutivo en la actualidad. Esto podría lograrse restringiendo las facultades de veto vigentes en la actualidad, permitiendo, por ejemplo, un veto parcial referido a glosas o artículos específicos, y no al presupuesto completo o, alternativamente, reduciendo el *quorum* requerido para que el Congreso pueda rechazar un veto presidencial. En cualquiera de estos casos, esto implicaría introducir en la Constitución una nueva forma de veto aplicable exclusivamente al proceso presupuestario.

Sobre el balance de poderes durante la discusión presupuestaria, nos parece que la estimación de ingresos y gastos debe seguir en manos del Ejecutivo. Sin embargo, el Congreso debiese contar con la capacidad técnica para contrastar aquellas estimaciones. Por ello, sugerimos la creación de una oficina de carácter técnico que, aunque no es materia constitucional, tenga una mirada de mediano y largo plazo y que sea independiente de las mayorías circunstanciales que se puedan dar en el Congreso.¹⁷ Cabe destacar que cerca de la mitad de los países OCDE cuentan con una Oficina de Presupuestos en el Congreso, la cual apoya la labor legislativa. En Chile, la dinámica del proceso presupuestario y la profundidad de la discusión legislativa —en esta y otras materias— podrían beneficiarse de una institucionalidad así, que pudiera cotejar algunos de los supuestos del presupuesto, así como de los informes financieros exigidos en otros proyectos de ley. En todo caso, sus recomendaciones no tendrían que ser vinculantes. A su vez, proponemos que la Constitución establezca la exigencia de algún principio de transparencia y rendición de cuentas en la gestión presupuestaria, que incluya información referida a desempeño y resultados de los programas.

Más allá del proceso de discusión del presupuesto, planteamos también modificaciones a la amplia capacidad de reasignación de gastos que posee el Ejecutivo *ex post*, esto es, una vez despachada la ley, y sin su deliberación

¹⁷ Para una propuesta específica, ver Agostini *et al.* (2016). Es importante notar que esta institucionalidad dependería directamente del Congreso, a diferencia del Consejo Fiscal Autónomo creado recientemente, que evalúa y monitorea la situación fiscal de corto, mediano y largo plazo, y que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda. Alternativamente, se podría evaluar la ampliación de facultades al Consejo Fiscal Autónomo, en línea con el rol que cumplen oficinas fiscales independientes en otros países. Ver Kopits (2011).

en el Congreso. Esta capacidad es importante en ciertas circunstancias; sin embargo, la normativa actual permite utilizarla sin mayores límites. Por ello, se propone restringir la capacidad del Ejecutivo para reasignar libremente partidas presupuestarias, ya sea a un porcentaje del presupuesto aprobado, así como a fondos dentro de partidas, manteniendo la regla del 2% constitucional o la flexibilidad actual para desviaciones de 10% en el presupuesto de inversión sin aprobación del Congreso. De esta manera, se busca no alterar significativamente el balance fiscal acordado ni la priorización de gastos aprobada, y a la vez permitir la flexibilidad que requiera una emergencia.

También proponemos que el límite al endeudamiento fiscal que aprueba el Congreso se refiera a su endeudamiento neto, y no bruto, como es en la actualidad. Así se limita la capacidad de modificar el nivel de gasto una vez aprobado el presupuesto, impidiendo el uso de activos financieros por parte del Ejecutivo como fuente de financiamiento extrapresupuestaria. Se propone mantener el actual *quorum* calificado para la aprobación del endeudamiento.

Finalmente, aspiramos a la incorporación de algún tipo de principio de responsabilidad fiscal en la Constitución. Aunque la experiencia en términos del grado de especificidad del ancla fiscal en la Constitución varía (ver, por ejemplo, Alemania, Dinamarca y Suiza), la exigencia de que el debate presupuestario se lleve a cabo, cuidando la sostenibilidad en el tiempo de las cuentas fiscales, debe ser parte relevante del proceso de discusión presupuestaria que tanto el Ejecutivo como el Legislativo deben mantener a la vista.¹⁸

7. REFERENCIAS

- Agostini, C., E. Engel, A. Repetto, F. Sara y R. Wagner. (2016). “Emparejando la cancha: Nueva institucionalidad para la acción legislativa”. Informe de Políticas Públicas 06, Espacio Público.
- Granados, S., F. Larraín y J. Rodríguez. (2009). “Planificación y presupuesto como herramientas de política pública”. En *Un mejor Estado para Chile: propuestas de modernización y reforma*, Centro de Políticas Públicas UC.
- Kopits, G. (2011). “Independent Fiscal Institutions: Developing Good Practices”. *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 11, N°3.
- Medina, J. P., E. Silva, S. Soto y R. Valdés. (2019). “Institucionalidad y política fiscal en Chile: hacia un nuevo ecosistema de responsabilidad fiscal”. En *Propuestas para Chile*, Concurso de Políticas Públicas UC, capítulo V.
- OECD (2015). Recommendation of the Council on Budgetary Governance.
- _____. (2019). Budgeting and Public Expenditures in OECD Countries.

¹⁸ Medina *et al.* (2019).

Parrado, E., J. Rodríguez y A. Velasco. (2012). “Responsabilidad fiscal en Chile: Propuestas para seguir avanzando”. *Estudios Públicos* Vol. 127, páginas 89-122.

Soto, S. (2016). *Pesos y contrapesos en la distribución de competencias presupuestarias entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional*. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Escuela de Derecho, Universidad de Chile.

_____. (2020). “La participación del Congreso Nacional en las modificaciones a la Ley de Presupuestos”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 33, N°1.

8. COMENTARIOS DEL RESTO DE LOS AUTORES A LA PROPUESTA

Resumen

Suscriben con reserva: Pablo Correa, Luis Eduardo Escobar, Jorge Rodríguez, Claudia Sanhueza, Rodrigo Valdés y Rodrigo Vergara.

No suscribe: Sylvia Eyzaguirre.

Comentarios específicos

- Pablo Correa

Valoro el trabajo y esfuerzo realizado por los autores para presentar el tema y proponer modificaciones en pos de mejorar la calidad técnica y legitimidad política del proceso. Sin embargo, aunque comparto algunas de las propuestas de los autores, tengo serias reservas con otras.

Particularmente, estoy de acuerdo con extender temporalmente el debate legislativo, así como modificar el límite al endeudamiento que autorice el Congreso para que se considere en términos netos y la inclusión de un principio de transparencia y rendición de cuentas por parte del Ejecutivo. También suscribo plenamente la idea de incorporar un ancla fiscal (el principio, no la regla puntual) en la Constitución.

No obstante, hay otras propuestas que presentan los autores que en el marco de un régimen político presidencialista —que de acuerdo al documento sería el escenario base— me parecen que debilitan la gobernabilidad. No me parece adecuada la posibilidad de que el Congreso pueda reasignar partidas presupuestarias en la manera que los autores proponen, así como la vigencia del presupuesto del año anterior (podría, por ejemplo, a un presiden-

te recientemente electo obligarlo a utilizar el de su antecesor). Tampoco los cambios en materia de vetos. Si el objetivo último es generar una readecuación de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, en primer lugar, creo que la discusión debe ser más amplia y, en particular, considero que esta no es la herramienta adecuada en un sistema político presidencialista y Congreso elegido con un mecanismo proporcional.

- Luis Eduardo Escobar

En el contexto de un régimen político presidencial, que es el que los autores desarrollan, no comparto la idea de que el Congreso pueda reasignar partidas dentro de un monto global, aun con las restricciones que proponen. En particular, la idea de que un Parlamento controlado por la oposición al Gobierno pueda reestructurar las prioridades que este ha fijado, presumiblemente en concordancia con su programa de gobierno, no me parece un buen criterio. Además, tiene el peligro de incentivar la elección de grupos opuestos en el Parlamento y el Gobierno, lo que dificulta la gobernanza y la asignación de responsabilidades.

- Sylvia Eyzaguirre

Considero que los cambios aquí presentados son apropiados para regímenes parlamentarios o semipresidenciales, pero no para un régimen presidencial y menos aún si se mantiene la combinación de un sistema proporcional en el Congreso con un régimen presidencial y Estado unitario. Se valora el acento en la responsabilidad fiscal y la eficiencia en el uso de los recursos, pero igualmente importante es que el nuevo equilibrio de fuerzas no afecte la gobernabilidad del país. Temo que las mayores atribuciones que se otorgan al Congreso dificultarán aún más la gobernabilidad política del país bajo el supuesto de que se mantiene el régimen político.

En concreto, no estoy de acuerdo con dos propuestas clave de este trabajo: 1) que rija el presupuesto del año anterior y 2) que los parlamentarios puedan reasignar entre asignaciones. La probabilidad de gozar de mayorías parlamentarias con un Congreso proporcional es baja; de ahí la necesidad de resguardar el rol del Ejecutivo en la Ley de Presupuestos por mor de la gobernabilidad. Un presidente, que goza de legitimidad democrática para implementar su programa de gobierno, debería tener las atribuciones suficientes para poder implementar dicho programa. Sin embargo, comparto con los autores la preocupación por el eventual abuso de poder por parte del Ejecutivo para crear leyes a través de glosas

presupuestarias, saltándose así el proceso legislativo. Para evitar este abuso, considero que ante la no aprobación del presupuesto debiera regir la propuesta del Ejecutivo relativa a las asignaciones presupuestarias existentes, pero no para las nuevas; la aprobación del Congreso para estas últimas debiera ser vinculante.

Comparto las propuestas de los autores para mejorar la deliberación en materia presupuestaria (extender el tiempo de la discusión, incluir el principio de transparencia y rendición de cuentas en la gestión presupuestaria, fortalecer la capacidad técnica del Congreso). Ahora bien, dado que la estimación del ingreso funciona como límite del gasto, sería recomendable limitar el poder discrecional del Ejecutivo en su estimación. Para ello se podría exigir a una institución independiente del Ejecutivo la tarea de estimar el ingreso o se podrían dar más atribuciones al Congreso para desafiar la estimación del Ejecutivo.

Por último, comparto las restricciones al Ejecutivo en materia de reasignaciones *ex post*, límite al endeudamiento fiscal y la incorporación de algún tipo de ancla fiscal.

- Jorge Rodríguez

Concuerdo con los autores en el objetivo de fortalecer el proceso presupuestario en Chile, pues constituye uno de los principales instrumentos para la materialización de las políticas públicas. Pero no concuerdo con algunas de sus propuestas específicas, que detallo a continuación.

Respecto de otorgar mayores atribuciones al Congreso para modificar la composición del presupuesto presentado por el Gobierno, ello se entiende bajo la lógica de darles un mayor rol a los parlamentarios en la formación de las políticas públicas, tal como se discute también en el capítulo sobre iniciativa presidencial exclusiva en materia de gasto. De avanzarse en ello, concuerdo con los autores en establecer las limitaciones que proponen.

En cuanto a restringir los espacios de flexibilidad del Ejecutivo para modificar el presupuesto durante su ejecución, considero que esa flexibilidad es necesaria y no existe evidencia suficiente que muestre que haya sido mal utilizada en el pasado. Sí considero pertinente avanzar más en la rendición de cuentas ante el Congreso en el uso de esas facultades.

Sobre restringir la capacidad de veto del Presidente de la República en lo referido a la Ley de Presupuestos, cabe notar que esta es una facultad que ha sido muy poco utilizada y solo se ha hecho a partes de la misma, nunca a su totalidad. Por ello, no considero

que sea necesario acotarla. Incluso, la Constitución Política de la República vigente hace una excepción adicional en una dirección diferente a la propuesta de los autores, y que considero necesario mantener, pues permite al Presidente vetar la Ley de Presupuestos y publicar la parte no vetada de la misma, lo que no sucede en el caso de otras leyes, en las que un veto implica suspender su tramitación hasta que este se resuelva.

- Claudia Sanhueza
Solamente quisiera notar que este trabajo supone que el sistema político continúa siendo presidencialista, lo que es muy posible que cambie. Si el régimen político cambia a uno semipresidencial o parlamentario, sería coherente darle más atribuciones al Parlamento para que pueda modificar la propuesta.
- Rodrigo Valdés
Valoro el esfuerzo que hacen Claro y Repetto en este capítulo para modificar el balance de poder entre el Ejecutivo y el Congreso acerca del proceso presupuestario, pero pienso que es mejor circunscribirlo en una discusión de cambio de régimen político. Si bien estoy de acuerdo con varias de sus propuestas, tengo reservas en algunas.
Primero, no estoy convencido de que todas sus propuestas deban ser materia constitucional. Específicamente, las restricciones a la flexibilidad presupuestaria y las consideraciones de transparencia, que comparto, podrían ser materia legal.
Segundo, y más de fondo, pienso que el proceso presupuestario tal como está, funciona adecuadamente en Chile y parece innecesario que el rebalanceo de poderes ponga un foco especial en el presupuesto. No creo que sea adecuado cambiar la estructura de vetos ni me convence que el Congreso tenga la posibilidad de reasignar recursos sin que el Ejecutivo lo proponga.
Apoyo con entusiasmo incluir el principio de responsabilidad fiscal en la Constitución, y estoy de acuerdo con alargar en un mes el debate presupuestario, con que el límite de la deuda sea un concepto neto y no bruto (con una redacción que permita que operen los estabilizadores automáticos), y con que sea el presupuesto nominal del año anterior el que rija si no se aprueba la ley en el período estipulado.

- **Rodrigo Vergara**
Valoro el trabajo realizado por los autores y en general suscribo sus propuestas. Tengo, no obstante, dudas sobre el veto presidencial. En particular, no estoy de acuerdo con reducir dicha facultad a quien, en un régimen presidencial, tiene la responsabilidad última del manejo fiscal.

CAPÍTULO III

FORMA DEL ESTADO Y GESTIÓN FISCAL

Pablo Correa y Jorge Rodríguez***

RESUMEN

A LO LARGO de su historia, Chile ha sido un país unitario, con un régimen fuertemente centralizado respecto de la organización político-administrativa del Estado, lo que se ha reflejado en una gestión presupuestaria y financiera coherente con dicha estructura. Esta definición responde, en parte, a la responsabilidad que tiene el Presidente de la República sobre la gestión presupuestaria del Estado y la sostenibilidad fiscal. No obstante, la Constitución política vigente también establece un mandato claro y directo a los órganos del Estado de promover un desarrollo que sea equitativo y solidario entre los territorios, es decir, a nivel regional, provincial y comunal.¹

A la luz de los datos, es posible concluir que la forma de Estado vigente —unitaria y centralizada— ha sido exitosa en cumplir con el primer mandato —el control fiscal— pero ha fallado en lograr un desarrollo equitativo entre los diversos territorios. Las brechas a nivel de ingreso per cápita y acceso a diversos servicios públicos son significativas y no se aprecia una clara convergencia en todas ellas, lo que nos lleva a concluir que, para poder cumplir con ambos objetivos, es necesario introducir reformas que promuevan mayor equidad territorial sin sacrificar la sostenibilidad fiscal.

La evidencia internacional muestra que es posible en un Estado unitario como el nuestro, contar con un régimen financieramente sostenible y que genere resultados más balanceados entre los gobiernos subnacionales. Aunque ciertamente también hay riesgos que deben evitarse, por ejemplo, el

N. de los A.: Los autores agradecen los valiosos comentarios de Isabel Aninat, Diego Pardow y Lucas Sierra. De igual forma, agradecen a los otros autores de este libro por sus comentarios y fructíferas discusiones. Todo error u omisión es de nuestra exclusiva responsabilidad.

* Horizontal.

** Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ Ciertamente, las definiciones de distribución de poder entre los territorios de un país también son determinadas por razones políticas e incluso culturales, pero el presente análisis se centra en sus aristas de gestión fiscal y resultados socioeconómicos.

que la sumatoria de déficits o deudas subnacionales se vuelva insostenible, o que la apropiación local de impuestos resulte en mayores brechas territoriales de desarrollo.

Por tanto, proponemos reformas constitucionales que avancen en la descentralización financiera dentro de un Estado unitario, sin descuidar la responsabilidad fiscal, entendiendo que también existen variadas materias complementarias que es preferible que sean regladas a nivel de ley. Así, proponemos que a nivel constitucional se establezcan principios que guíen la relación entre el gobierno central y los gobiernos subnacionales, los que a su vez gatillen leyes que los concreten. Algunos de los principios más relevantes tienen que ver con introducir la subsidiariedad competencial, la solidaridad interregional, la obligación del gobierno central de dotar de financiamiento a las competencias regionales y comunales para poder ejercerlas, y el principio de responsabilidad fiscal aplicable a los tres niveles de gobierno. Esto tiene asociado una serie de desafíos, siendo la creación de un mecanismo efectivo de solución de competencias uno de los más relevantes.

1. INTRODUCCIÓN

La forma del Estado, referida a su ordenamiento administrativo territorial, condiciona la manera en que se organiza su gestión fiscal. Existe, a la vez, una clara relación entre la descentralización político-administrativa y la fiscal. En general, los países federales entregan mayores grados de autonomía de gestión financiera a sus gobiernos subnacionales en comparación con los países unitarios. No obstante, dentro de los países unitarios se pueden observar distintos grados de descentralización territorial.²

En este sentido, Chile históricamente ha sido un Estado unitario, como se detalla en el análisis de su historia constitucional en la sección siguiente. Sin embargo, no se puede desconocer que incluso dentro de los Estados unitarios, Chile se caracteriza por tener un alto grado de centralización fiscal. En efecto, mediciones de la OCDE para un grupo de países unitarios³ identifican que, en promedio, el 27,4% de su gasto público corresponde a los gobiernos subnacionales, mientras que en Chile dicha proporción solo llega al 17,3%, incluyendo tanto a municipios (14,8%) como a gobiernos regionales (2,5%).⁴

² Para efectos del análisis en este documento, el concepto de descentralización está referido exclusivamente a su ámbito territorial, es decir, a los grados de autonomía financiera de los gobiernos subnacionales. Distinta es su aplicación al ámbito funcional, que se refiere a los grados de autonomía de las instituciones del gobierno central.

³ Ver OCDE (2019).

⁴ Ver Aninat *et al.* (2020).

Existe una extensa literatura referida a las ventajas y riesgos de una mayor descentralización.⁵ Muy resumidamente, en cuanto a sus beneficios, ella puede permitir una mejor asignación de recursos y bienes públicos locales debido a una mayor proximidad de las autoridades con la población, junto con una mejor rendición de cuentas ante la ciudadanía local. Pero también puede conllevar una pérdida de economías de escala, efectos redistributivos negativos, el rezago de ciertos territorios y un mayor riesgo de captura y clientelismo.

Corresponde que cada país evalúe, a la luz de sus ventajas y riesgos, el grado de descentralización más adecuado.⁶ En el caso de Chile, como se ha dicho, su tradición ha sido unitaria y centralista, aunque existen variadas voces que promueven una mayor descentralización.⁷ De hecho, recientemente se han aprobado reformas en esa dirección, como la Ley N°21.073, que regula la elección de gobernadores regionales que avanza en descentralización política, y la Ley N°21.074, que regula el traspaso de competencias desde el gobierno central a los gobiernos regionales, que avanza en descentralización administrativa, ambas de febrero de 2018.

En este contexto, y considerado que la primera elección de gobernadores regionales está prevista para el 11 de abril de 2021, la discusión sobre descentralización formará, muy probablemente, parte del debate constitucional, incluyendo su dimensión fiscal, no abordada en las reformas recientes. Para ello, consideramos fundamental abordar dos preguntas previas: 1) ¿cuál es el objetivo económico que se debe preservar al momento de decidir el grado de descentralización fiscal? y 2) ¿cuáles son los aspectos de esta que debiesen tener rango constitucional y cuáles deben ser materia de ley?

Respecto de la primera pregunta, la Constitución establece que la administración del Estado (unitario) recae en el Presidente de la República, quien tiene la atribución sobre las rentas y gastos públicos.⁸ Pero, a la vez, establece en su artículo 3° que “los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”, siendo esto un énfasis reciente, introducido en las reformas constitucionales de 2005.⁹

⁵ Ver por ejemplo, Bahl y Bird (2018), Letelier (2012), Prud'homme (1995) y Yáñez (1993).

⁶ Definiciones que en los hechos suelen estar influidas por aspectos políticos y culturales.

⁷ Ello incluye visiones académicas, ciudadanas y políticas, incluyendo demandas de mayor autonomía de pueblos originarios, como el Mapuche y el Rapanui, y de territorios específicos, como las regiones extremas.

⁸ Ver artículo 32 número 20 de la Constitución Política de la República.

⁹ No obstante, estos objetivos se pueden encontrar ya en el D.L. N°573 de 1974 sobre “Gobierno y Administración Interior del Estado”, que establecía la necesidad de que el Gobierno obedeciera a un criterio de descentralización, con participación de la población, igualdad de oportunidades y adecuados niveles de decisión territorial, entre otros.

En consecuencia, concluimos que el objetivo económico que persigue el arreglo constitucional vigente es lograr un desarrollo nacional territorialmente equitativo y compatible con la sostenibilidad fiscal. Por tanto, la descentralización fiscal debe cumplir ambos propósitos.

A continuación, cabe preguntarse si el ordenamiento fiscal chileno vigente ha cumplido con estos fines. Por una parte, se verifica que Chile se ha destacado en materia de sostenibilidad fiscal, sin que los gobiernos subnacionales hayan representado un problema significativo en este ámbito, debido en parte importante a su restricción a contraer empréstitos.¹⁰ Así, Chile ha mantenido en los últimos 20 años un nivel de deuda como porcentaje del PIB (tanto bruta como neta) por debajo del promedio de los países OCDE y de los países emergentes.¹¹ A la vez, ha mostrado un bajo nivel de riesgo país y ha conservado su grado de inversión acorde a las clasificadoras internacionales de riesgo. Si bien en años recientes ha tenido una perspectiva algo más negativa en estos indicadores, no hay indicios de que en ello haya incidido el comportamiento fiscal de los gobiernos subnacionales. De hecho, el nivel de deuda agregada de los municipios y de los gobiernos regionales es casi inexistente.¹²

Estos positivos resultados de sostenibilidad fiscal contrastan con los del segundo componente del objetivo señalado, referido al desarrollo territorial equitativo. En efecto, se identifica que hay disparidades importantes. Por ejemplo, el PIB per cápita anual varía entre \$22 millones en la Región de Antofagasta y menos de \$4 millones en la Región de La Araucanía. A su vez, la pobreza por ingresos varía desde 2,1% de la población en la Región de Magallanes hasta 17,2% en la Región de La Araucanía; brecha que es aún mayor a nivel de comunas, con una tasa de solo 0,1% en Vitacura (Región Metropolitana) y de 41,6% en Cholchol (Región de la Araucanía). Con todo, algunos estudios encuentran una tendencia convergente en el PIB regional per cápita, aunque no así para otros indicadores socioeconómicos, como pobreza, años de escolaridad o déficit habitacional.¹³

En consecuencia, concluimos que el ordenamiento fiscal chileno ha sido funcional a lograr una mayor estabilidad de las finanzas públicas, pero no así para alcanzar un desarrollo territorial equitativo, por lo que sugerimos

¹⁰ Como se elabora en otros capítulos de este libro, la sostenibilidad fiscal de Chile en las décadas recientes se ha construido sobre un conjunto de normas y prácticas que otorgan un rol preponderante al Poder Ejecutivo, las que en todo caso no aseguran por sí solas que dicha sostenibilidad se mantenga a futuro.

¹¹ Ver, por ejemplo, Arend y Sánchez (2020), quienes realizan comparaciones utilizando la base de datos de la World Economic Outlook Database del Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Naciones Unidas.

¹² De acuerdo con cifras de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, en 2018 la deuda de los gobiernos subnacionales llegaba aproximadamente solo a un 0,03% del PIB.

¹³ Ver Aninat *et al.* (2020).

analizar reformas que puedan avanzar en corregir estas brechas, sin arriesgar la sostenibilidad fiscal.¹⁴

De ahí surge la segunda pregunta que planteáramos, referida a identificar si es que alguna de estas reformas requeridas debiese tener rango constitucional o si pueden alcanzarse mediante leyes, debiendo quedar, por tanto, fuera del debate constitucional. Este aspecto se retoma en la sección final de este documento.

2. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL

En esta sección revisamos lo que han estipulado los textos constitucionales de la República,¹⁵ tanto respecto de la organización administrativa y competencias territoriales del Gobierno central, regional y municipal, como de la gestión fiscal del Estado consistente con ella.

En primer lugar, se destaca que ya la Constitución de 1823 establecía, en su artículo 1º, que “el Estado de Chile es uno e indivisible”, bajo un régimen sumamente centralizado en la figura del Supremo Director, quien concentraba toda la potestad fiscal. El régimen de administración interior se organizaba a través de delegados suyos, pero se entregaba un tratamiento especial a las municipalidades. En 1826 se redactaron las leyes federales, que buscaban desplazar la administración del Gobierno a cuatro asambleas provinciales, experimento que nunca se llegó a implementar. Por su parte, la Constitución liberal de 1828 estableció la creación de ocho asambleas provinciales, con más atribuciones, pero manteniendo la potestad administrativa en el Gobierno central¹⁶ y entregando cierta autonomía a las municipalidades.

La Constitución de 1833, retomando el lenguaje de 1823, estableció que “la República es una e indivisible”, y mantuvo la administración del Estado, incluyendo la atribución de la gestión sobre las rentas públicas en manos del Presidente. También mantuvo el tratamiento especial para las municipalidades.¹⁷

¹⁴ Cabe señalar que en las brechas territoriales de desarrollo incide la definición administrativa de los territorios, respecto de lo cual debe reconocerse que en general no se basa en criterios que determinen “el tamaño óptimo” en función de, por ejemplo, sus actividades productivas. En este sentido, una discusión relevante que no es abordada en este documento, se refiere a poder avanzar en estas definiciones óptimas, las que pueden no conversar con aspectos políticos y culturales.

¹⁵ Hemos obviado los reglamentos constitucionales de 1811, 1812, 1814, la Constitución provisoria de 1818 y la Constitución de 1822, ya que no se refieren a los temas en cuestión.

¹⁶ El Presidente de la República mantenía todo el control en materia de rentas y gasto público. Su capítulo X establecía el ordenamiento interior del Gobierno.

¹⁷ Ver artículos 3, 81, 82 número 12 y el capítulo IX sobre Gobierno y administración interior.

La Constitución de 1925 no innovó en lo sustancial sobre estas materias. Su artículo primero, por ejemplo, establece que “el Estado de Chile es unitario”, y mantiene el régimen de administración interior a través del esquema provincial, más un grado de autonomía de los gobiernos comunales. En materia fiscal sí hubo cambios significativos, al establecer por primera vez una regulación sobre la formulación presupuestaria, impuestos, contratación de deudas y ventas de activos públicos.¹⁸

La Constitución de 1980, en su versión original, siguió esta línea, al establecer en su artículo 3, que “el Estado de Chile es unitario”, pero incorporando adicionalmente que “su territorio se divide en regiones. La ley propenderá a que su administración sea funcional y territorialmente descentralizada”. De esta manera, por primera vez se introduce un objetivo de descentralización (junto con la creación de la administración regional), tanto respecto de la organización funcional como territorial del Estado. Como innovación a nivel constitucional, se crea el Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR) y se hace mención al Fondo Común Municipal (FCM), instrumentos, ambos, de financiamiento de los gobiernos subnacionales.

Las reformas constitucionales del año 2005 modificaron este texto, con el objetivo de reforzar el mandato descentralizador, estableciendo que la administración del Estado será “funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley”¹⁹ y que los órganos del Estado no solo promoverán la regionalización, sino también “el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”.

En cuanto a la gestión fiscal, la actual Constitución mantiene la administración del Estado concentrada en la figura del Presidente de la República, quien dentro de sus atribuciones tiene “cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley”.²⁰

Por su parte, el capítulo XIV de la Constitución regula el gobierno y la administración interior del Estado. Después de las reformas de 2018, en lo referente a gestión fiscal, la administración regional pasó a residir en un gobierno regional que “tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”, con sus atribuciones determinadas a través de una Ley Orgánica Constitucional (LOC), que “observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo”.²¹ Sobre sus fuentes

¹⁸ Ver artículos 1, 44 números del 1° al 4°, 60 y 72 número 10 y el capítulo IX sobre Gobierno y administración interior.

¹⁹ La diferencia principal entre un órgano desconcentrado y uno descentralizado es que el primero carece de autonomía, al no tener personalidad jurídica ni patrimonio propio, y estar jerárquicamente subordinado a la institución a la que pertenece.

²⁰ Ver artículo 32 número 20 de la Constitución Política de la República.

²¹ Ver artículo 111 de la Constitución Política de la República.

de financiamiento, la Constitución establece que provendrán del: 1) presupuesto anual de la Nación, que deberá contar con un componente especial para inversión sectorial regional; 2) Fondo Nacional de Desarrollo Regional; 3) fondos a los que hace referencia el inciso final del artículo 19 N°20,²² y 4) convenios plurianuales que los gobiernos regionales podrán establecer con otros organismos del Estado.²³ Como se observa, no forma parte de sus fuentes de financiamiento el contrato de empréstitos.

En cuanto a la gestión financiera de las municipalidades, la Constitución en su artículo 122 señala que estas:

Gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas. La Ley de Presupuestos de la Nación podrá asignarles recursos para atender sus gastos, sin perjuicio de los ingresos que directamente se les confieran por la ley o se les otorguen por los gobiernos regionales respectivos. Una ley orgánica constitucional contemplará un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal. Las normas de distribución de este fondo serán materia de ley.

El resto de las normas que regulan la administración financiera del Estado son, en su mayoría, LOC,²⁴ siendo las más relevantes la Ley N°18.575, de Bases Generales de Administración del Estado; la Ley N°19.175, sobre Gobierno y administración regional, y la Ley N°18.695, de Municipalidades.²⁵

En resumen, la tradición chilena es claramente de un Estado unitario.²⁶ En ese marco ha existido una fuerte centralización política, administrativa y fiscal, pese a que los gobiernos comunales siempre han gozado de un tratamiento diferente, con más autonomía. Así, en términos de la estructura del presupuesto público, los gobiernos regionales son parte del Gobierno

²² Que señala que *“la ley... podrá autorizar que los (tributos) que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo”*.

²³ Ver artículo 115 de la Constitución Política de la República.

²⁴ Si bien la centralización fiscal tiene su cimiento en el artículo 32 número 20 de la Constitución, la regulación fiscal tanto de los Gore como de los municipios, se encuentra mayormente determinada en sus respectivas LOC y en D.L. N°1.263 de administración financiera del Estado, y no en la Constitución.

²⁵ Respecto de la gestión fiscal, la primera establece que deben siempre seguirse los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia y coordinación, entre otros. La ley de Gore los sujeta al D.L. N°1.263 —de administración financiera del Estado— que en su artículo 15 establece que deben sujetarse a la Ley de Presupuestos y que *“cualquier nueva función o atribución que se les asigne a los gobiernos regionales deberá identificar la fuente de financiamiento y contemplar los recursos para su ejercicio”*. Por su parte, el artículo 14 de la Ley de Municipalidades establece que *“las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas”*.

²⁶ Con la excepción del experimento federal fallido de 1826.

central, lo que en la práctica significa que están incorporados en la Ley de Presupuestos y que son sujetos de esa normativa y, salvo algunas pocas excepciones, para efectos presupuestarios son tratados de manera similar a un servicio público. En el caso de los gobiernos comunales (incluyendo las corporaciones municipales), ellos cuentan con mayor autonomía financiera, dado que sus presupuestos no se encuentran en la Ley de Presupuestos y, por tanto, tienen mayores grados de independencia para su elaboración y ejecución. Con todo, dicha libertad no abarca atribuciones para fijar impuestos ni para contratar empréstitos.²⁷

3. CASOS INTERNACIONALES DE INTERÉS

En esta sección analizamos dos casos de interés para Chile. Estos son Colombia, país que, al igual que el nuestro, partió desde una tradición centralista, avanzó agresivamente en un proceso de descentralización y, posteriormente, hizo correcciones importantes al modelo. El segundo es España, país que ha avanzado gradualmente en descentralización hasta convertirse en un Estado híbrido con autonomías regionales, y que incluye en su Constitución una serie de principios que orientan la relación entre el Gobierno central y los subnacionales.

*3.1. Experiencia de descentralización en Colombia*²⁸

Colombia nace, en tanto Nación independiente, como un Estado Federal, situación que mantiene hasta 1886. Desde entonces, diseña un sistema sumamente centralizado, que tuvo como consecuencia extremas deficiencias en la provisión de servicios públicos en gran parte de los municipios del país. Esta situación llevó, a partir de 1968, a un proceso de descentralización política, administrativa y fiscal, siendo esta última materia de interés para el presente estudio.

Hasta ese año, las transferencias del gobierno central (GC) a los locales (GL) eran totalmente discrecionales. En 1968 se reguló la transferencia de una fracción de los ingresos corrientes del GC para el financiamiento de la

²⁷ Lo que comúnmente se conoce como “deuda municipal” suele referirse a retraso en pago de proveedores e, incluso, de pago de obligaciones de seguridad social, por lo que no corresponde al contrato de empréstitos. Adicionalmente, mediante autorización expresa caso a caso del Ministerio de Hacienda, algunos municipios han realizado operaciones de *leaseback*, lo cual tampoco es un empréstito propiamente tal. Sobre estas operaciones, ver Contraloría General de la República (2018).

²⁸ Ver Departamento Nacional de Planeación, Gobierno de Colombia (2002), Pening (2003), Konrad Adenauer Stiftung (2010) y Centro de Documentación Judicial, Corte Constitucional (2016).

salud y educación de los GL. Posteriormente, en 1983, se crearon los impuestos territoriales y se amplió la transferencia de la recaudación del IVA nacional a los GL. Todas estas transferencias eran automáticas, incondicionales y sin la necesidad de contrapartidas. Luego, en 1987, se reglamentó un aumento de funciones y responsabilidades de los GL, junto con una transferencia (o suspensión) de las mismas desde el GC. Uno de los mayores problemas de este proceso fue la falta de experiencia y capacidad institucional de muchos municipios para enfrentar estas funciones, pese a que hubiese un mecanismo de financiamiento.

Con la reforma constitucional de 1991 se refrendaron las reformas de descentralización fiscal. Las transferencias pasaron a ser condicionadas a la inversión en determinados sectores, mientras que, en paralelo, se empezó a construir una institucionalidad local para administrar las nuevas funciones y responsabilidades (en seguridad social, educación, salud, etc.).

No obstante estos perfeccionamientos, muchos GL llegaron a tener niveles insostenibles de deuda, lo que llevó al GC a limitar su capacidad de contraer obligaciones financieras en un proceso de “re-centralización”. Estas fueron leyes de intervención económica y de ajuste fiscal para los GL que, junto con limitar sus gastos de funcionamiento, modificaron la forma de cálculo de las transferencias desde el GC, dejando de vincularlas a los ingresos corrientes y estableciendo montos fijos que dependían de su nivel de gasto, permitiéndoles una mejor proyección y planificación de mediano plazo. Con esto se pretendía corregir la fluctuación cíclica e inestabilidad en los ingresos, las transferencias incondicionadas que no generaron un aumento en calidad ni cobertura de servicios (sino más bien, problemas de captura y corrupción), la perpetuación de inequidades regionales basadas en transferencias históricas y las asimetrías en el costo de aumentar el gasto local (ya que el déficit lo cubría el GC).

Después de este proceso, es importante notar que la Constitución vigente²⁹ entrega a las entidades territoriales autonomía para la gestión de sus intereses, incluyendo la de administrar recursos, establecer tributos y participar de las rentas nacionales o emitir títulos de deuda pública conforme a la ley.³⁰ Asimismo, incorpora el principio de coordinación y subsidiariedad.

²⁹ Ver Título XI de la organización territorial; por ejemplo, artículos 287, 288 y 295.

³⁰ Las entidades territoriales pueden tomar deuda si el pago de los intereses asociados a ella no superan el 40% del ahorro operacional. Este se calcula como la diferencia entre los ingresos corrientes, los gastos de funcionamiento y las transferencias pagadas por la entidad.

3.2. *Experiencia de descentralización en España*³¹

Este caso resalta, en primer lugar, porque plantea un modelo que avanzó en descentralización hasta convertirse en un Estado híbrido, con autonomías regionales, donde el nivel superior fue cediendo competencias al nivel intermedio, incluyendo atribuciones de gastos e ingresos. Así, la Constitución española reconoce el derecho a la autonomía de las regiones que integran el Estado.

Un segundo elemento sobresaliente del caso español es que consideró una transición con distintos tipos de autonomías y distintos niveles competenciales, donde un grupo de regiones era conocido como “de vía rápida” y otro como de “vía lenta”, cada cual avanzando a distinto ritmo. Por tanto, la Constitución permite que convivan regiones con heterogeneidad de atribuciones, tanto en lo referente a competencias (aunque con el tiempo ello ha tendido a homogeneizarse) como a su financiamiento (donde se mantienen diferencias importantes).

Un tercer elemento relevante es que este proceso ha evolucionado, construyéndose sobre la base de sucesivas reformas, a partir de las normas y recomendaciones de la Unión Europea y, en varios casos, con definiciones interpretativas del Tribunal Constitucional.

Si bien el nivel de descentralización español hoy es muy superior al chileno e incluye fuertes identidades regionales que en Chile no existen, su caso es interesante por haber tenido un punto de partida centralizado. En este contexto, es relevante identificar lo que en materia de descentralización está definido en la Constitución española:

1. Las Comunidades Autónomas (CA) tienen autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias, con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles.
2. Las CA pueden establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.
3. El Estado y las CA no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea para sus Estados miembros. Se mandata que una ley orgánica fije el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las CA, en relación con su PIB.
4. El Estado y las CA habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

³¹ Ver Gómez de la Torre (2010) y De la Fuente y López (2016).

5. El Estado puede transferir o delegar facultades en las CA, mediante ley orgánica, señalándose que la ley preverá, en cada caso, la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.
6. En los presupuestos generales del Estado, puede establecerse una asignación a las CA en función del volumen de los servicios y las actividades estatales que hayan asumido, y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio.
7. Para corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se mandata la existencia de un Fondo de Compensación para gastos de inversión.
8. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer de los conflictos de competencia entre el Estado y las CA, o los de estas entre sí.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La forma de organización del Estado es uno de los factores institucionales clave en la sostenibilidad fiscal, ya que determina el balance de poder entre el Gobierno central y los gobiernos regionales y municipales, así como el espacio redistributivo entre ellos y los incentivos políticos e intertemporales de sus actores.

En el caso chileno, la fuerte centralización en materia presupuestaria, de fijación de impuestos y de contratación de empréstitos, ha facilitado la sostenibilidad fiscal. Esto, fundamentalmente, debido a que los actores subnacionales que pudieran tener problemas de riesgo moral en estas materias no cuentan con las herramientas para afectarla: los gobiernos regionales y comunales no tienen capacidad de contraer deuda ni fijar impuestos locales, sus presupuestos están definidos por la autoridad central en el caso de los gobiernos regionales y acotados por el lado de sus fuentes de ingresos en el caso de los municipios. En suma, el gasto de los gobiernos subnacionales tiene un bajo peso relativo dentro del gasto público total y, además, tienen escasas herramientas para poder incidir en su nivel total.

Todos estos elementos han colaborado a que el objetivo de sostenibilidad fiscal pueda ser administrado, casi en su totalidad, por el Gobierno central, lo cual a la fecha ha dado resultados adecuados, aunque ciertamente eso no está asegurado para el futuro, como se desarrolla en otros capítulos de este libro.

En paralelo, es evidente que en Chile existe un desarrollo territorial inequitativo, incumplándose uno de los principios rectores para la administración

del Estado, establecido en la misma Constitución a través de sus artículos 3 (a nivel general) y 115 (respecto de los gobiernos regionales).

Luego, la principal crítica al actual régimen de organización administrativa territorial, incluyendo su ámbito fiscal, es que no ha podido, en la práctica, responder adecuadamente a la demanda por un desarrollo socioeconómico más equitativo entre las distintas regiones y municipios del país. En este sentido, el desafío que la discusión constitucional debiese abordar en cuanto a la forma del Estado es poder contar con un diseño institucional, de competencias, atribuciones, recursos y responsabilidades de los diferentes niveles de la administración del Estado, que pueda conciliar de manera eficaz y eficiente, un desarrollo territorial equitativo sin perder la sostenibilidad fiscal que ha podido construir en el tiempo. La experiencia internacional muestra que ello es posible en un Estado unitario, pero también que hay riesgos de terminar incumpliendo uno o, incluso, ambos fines.

Por tanto, concluimos que la forma actual del Estado chileno y su consiguiente gestión fiscal, requiere de ciertos ajustes para lograr los objetivos señalados. Existen variadas propuestas sobre la materia,³² que en su gran mayoría no requieren de cambios constitucionales, aunque sí de voluntad política que se traduzca en leyes y asignaciones presupuestarias.

Retomando la pregunta planteada al comienzo, identificamos un conjunto de propuestas sobre descentralización fiscal que a nuestro juicio ameritan tener rango constitucional. Como criterio general, proponemos que tengan este rango una serie de principios que contribuyan a lograr el objetivo de avanzar en un desarrollo territorial más equitativo sin sacrificar sostenibilidad fiscal, pensando en que ellos gatillarán leyes que concreten sus aspectos operativos. A su vez, consideramos que estos principios equilibran adecuadamente los objetivos buscados de desarrollo territorial equitativo y sostenibilidad fiscal, por lo que recomendamos que se analicen en su conjunto.

En particular, proponemos que a nivel constitucional queden establecidos los siguientes principios:

1. Los órganos del Estado deben promover desarrollo equitativo entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional. Este principio debiera dar origen a políticas y programas presupuestarios para atender las necesidades de los territorios rezagados, sobre la base de criterios objetivos.³³

³² Ver, por ejemplo, Aninat *et al.* (2020) y Von Baer y Bravo (2019).

³³ Una propuesta detallada sobre un fondo de convergencia para cerrar brechas de resultados socioeconómicos entre regiones y evitar que existan territorios con rezagos se presenta en Aninat *et al.* (2020).

2. La asignación de recursos de los gobiernos subnacionales debe considerar el principio de solidaridad territorial. Al respecto, el artículo 122 de la Constitución Política de la República contempla un mecanismo solidario sobre los ingresos propios de los municipios, el que da origen al Fondo Común Municipal (FCM). Este principio debiera ampliarse a los gobiernos regionales, considerando también la equidad y solidaridad intrarregional. Este principio debiera dar origen a fortalecer instrumentos como el FCM y, eventualmente, a crear otros complementarios a nivel regional, basados en criterios objetivos.
3. Los territorios deben ser compensados por las externalidades negativas que les afecten y que tengan su origen en otros territorios. Este es el caso, por ejemplo, de las comunas que albergan vertederos que reciben la basura de varias otras. Este principio debiese concretizarse en instrumentos como fondos de compensación por externalidades negativas, basado en criterios objetivos. Esto, sin duda, presenta el desafío de poder identificar, cuantificar y valorar las distintas externalidades negativas que ameritan ser compensadas, cómo hacerlo y con qué fuentes de recursos, todo lo cual debiese resolverse en los instrumentos específicos que se desarrollen a la luz del principio señalado y que debieran normarse en leyes específicas.
4. Establecer el principio de subsidiariedad competencial como mandato al legislador,³⁴ de manera que cada competencia sea ejercida por el nivel de gobierno que la pueda ejercer mejor.³⁵ A modo de referencia, se puede considerar la propuesta de la Comisión Asesora Presidencial en Desarrollo y Descentralización (2014), que señala que:

Cada función pública debe radicarse en aquel nivel donde esta se ejerce igual o mejor, privilegiando el nivel local sobre el regional, y este sobre el nacional. Ello implica que solo aquellas funciones que no pueden ser asumidas adecuadamente por el nivel local deben recaer en la competencia del Gobierno central.

Cabe notar que este principio genera un gran desafío, referido a establecer un mecanismo de resolución de controversias competenciales, algo que ya mandata el artículo 126 de la Constitución, pero que no se ha implementado. Alternativas para ello podrían ser el Tribunal Constitucional, o bien, crear un órgano ad hoc especializado en estas materias.

³⁴ Esta propuesta se desarrolla en más detalle en Soto (2019).

³⁵ Este principio puede aplicarse aceptando que ciertos territorios avancen a distinto ritmo al asumir las competencias, tal como fue el caso español. Ello, en función de ciertas condiciones objetivas que cumplan los territorios, a ser definidas por ley.

5. Establecer como principio que las competencias de cada nivel de gobierno cuenten con financiamiento para ser ejercidas (es decir, que “el financiamiento siga a las competencias”). Esto ya está establecido en la LOC de Municipalidades, pero consideramos que debe elevarse a nivel constitucional e incluir a los gobiernos regionales. Esto igualmente presenta desafíos operativos importantes, puesto que también requeriría una instancia para resolver controversias referidas a alegatos por financiamiento insuficiente, por ejemplo, a nivel del mismo Tribunal Constitucional o de un órgano ad hoc especializado en estas materias. Al mismo tiempo, debe estar sujeto al principio de responsabilidad fiscal que se menciona en el punto siguiente. Con todo, habría que hacer la salvedad de que las eventuales controversias no debieran impedir la publicación de la Ley de Presupuestos de cada año. Un corolario de este principio, que podría concretizarse a nivel de ley, es un mandato para que el Gobierno central destine recursos para fortalecer las administraciones municipales y regionales.
6. Establecer un principio de responsabilidad fiscal, que sea aplicable tanto al Gobierno central como a los gobiernos subnacionales y a todos los órganos públicos en general.³⁶ Este principio debiera dar origen a normas que fortalezcan las reglas fiscales existentes en el país, así como a otras que robustezcan su institucionalidad fiscal. Asimismo, la aplicación operativa de este principio debiera considerar normas de transparencia, rendición de cuentas y consecuencias para las autoridades que lo infrinjan.

La idea es que estos principios sean aplicados en un contexto en que, complementariamente, proponemos que la Constitución defina lo siguiente:

1. Chile es un Estado unitario (en oposición a la alternativa de federalismo), básicamente, por ser esta una tradición institucional de larga data respecto de la cual no identificamos que afecte negativamente los objetivos buscados de desarrollo territorial equitativo con sostenibilidad fiscal.³⁷
2. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley, en consideración a que estas definiciones sean aplicadas buscando la mayor eficiencia en la gestión de los órganos públicos en cada caso.

³⁶ Esta propuesta se desarrolla en mayor detalle en Medina *et al.* (2019).

³⁷ Cabe notar que la definición de Estado unitario no impide que el mismo tenga definiciones adicionales complementarias, como por ejemplo, la de un Estado “social de derechos”, elementos que se abordan en otros capítulos de este libro.

3. Son materia de ley, y de iniciativa presidencial exclusiva, autorizar al Estado, a sus organismos, a los gobiernos regionales y a las municipalidades, para contratar empréstitos; la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades, e imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión.

5. REFERENCIAS

- Aninat, I., I. Irarrázaval, S. Razmilic y J. Rodríguez (editores). (2020). *Más allá de Santiago; Descentralización fiscal en Chile*. Santiago: Colección Centro de Estudios Públicos y Centro de Políticas Públicas UC.
- Arend, M. y P. Sánchez. (2020). “Determinantes del riesgo soberano y diferencias entre países desarrollados y emergentes”. Nota de Estudios N°4, Consejo Fiscal Autónomo de Chile.
- Bahl, R. y R. Bird. (2018). *Fiscal decentralization and local finance in developing countries*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Centro de Documentación Judicial, Corte Constitucional. (2016).
- Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional, Chile (2014). Informe Final.
- Constitución Española de 1978.
- Constitución Política de Colombia.
- Constitución Política de la República, 1823.
- Constitución Política de la República, 1833.
- Constitución Política de la República, 1925.
- Constitución Política de la República, 1980.
- Contraloría General de la República. (2018). “Operaciones de *leaseback* municipal 2011-2017”.
- Decreto Ley N°1.263 de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado.
- Decreto Ley N°573 de 1974, Estatuto del Gobierno y Administración Interiores del Estado.
- De la Fuente, A. y J. López (editores). (2016). *Financiación Autonómica, Problemas del Modelo y Propuestas de Reforma*. Almería: Cajamar Caja Rural.
- Departamento Nacional de Planeación, Gobierno de Colombia. (2002). “Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década”.

- Gómez de la Torre, M. (2010). “Las etapas en la financiación autonómica. Un nuevo sistema de financiación”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. XLIII, páginas 331-354.
- Konrad Adenauer Stiftung. (2010). 25 años de la descentralización en Colombia.
- Letelier, L. (2012). *Teoría y práctica de la descentralización fiscal*. Santiago: Ediciones UC.
- Ley N°18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley N°18.695 de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades.
- Ley N°19.175 de 1992, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.
- Medina, J. P., E. Silva, S. Soto y R. Valdés. (2019). “Institucionalidad y Política Fiscal en Chile: hacia un nuevo ecosistema de responsabilidad fiscal”. En *Propuestas para Chile, Concurso Políticas Públicas*, Centro UC de Políticas Públicas.
- OECD (2019). Subnational government structure and finance y Population Statistics.
- Pening, J. P. (2003). “El modelo de descentralización en Colombia”. *Con-texto* N°16, páginas 6-24.
- Prud’homme, R. (1995). “The Dangers of Decentralization”. *The World Bank Research Observer*, Vol. 10 N°2, páginas 201-220.
- Soto, S. (2019). “Propuesta inicial sobre forma de Estado”. En L. Sierra (editor), *Propuestas Constitucionales*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, páginas 87-106
- Von Baer, H. y N. Bravo (editores). (2019). *Desarrollo Territorial Colaborativo; descentralizando poder, competencias y recursos*. Santiago: Konrad Adenauer Stiftung.
- Yáñez, J. (1993). “Principios a considerar en la descentralización de las finanzas públicas”. En I. Irarrázaval (editor), *Desafíos de la descentralización: Propuestas para consolidar la autonomía y el financiamiento local y regional*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, páginas 25-55.

6. COMENTARIOS DEL RESTO DE LOS AUTORES A LA PROPUESTA

Resumen

Suscriben la propuesta: Sylvia Eyzaguirre.

Suscriben con reserva: Luis Eduardo Escobar, Andrea Repetto, Claudia Sanhueza, Rodrigo Valdés y Rodrigo Vergara.

No se pronuncia: Sebastián Claro.

Comentarios específicos

- **Luis Eduardo Escobar**
Entendiendo la dificultad de establecer criterios y no formular una redacción específica en torno a los complejos temas de la gestión fiscal en un entorno más descentralizado que el actual, me permito un comentario: si el país va hacia una mayor descentralización, es de toda lógica que las regiones y municipios puedan generar impuestos propios o modificar los que sean de su incumbencia (presumiblemente habrá otros que serán de carácter nacional, como los aranceles, el IVA, el impuesto a la renta y otros). Permitir la adopción de nuevos impuestos o modificación de los existentes no es incompatible con criterios o reglas que aseguren la sostenibilidad fiscal a nivel regional y local, y tiene la ventaja de permitir la diversificación de la oferta de bienes públicos.
- **Andrea Repetto**
Estoy de acuerdo con todos los puntos propuestos por los autores, salvo en un aspecto. Considero que los gobiernos locales debieran tener la capacidad de establecer impuestos por sobre los que tengan un carácter nacional. Me parece que la descentralización debe incluir también la posibilidad de establecer tributos con estas características y permitir que los gobiernos locales puedan generar financiamiento propio para entregar bienes y servicios que las respectivas comunidades demanden.
- **Claudia Sanhueza**
Estando de acuerdo con los principios expresados por los autores, creo que es importante señalar adicionalmente lo siguiente: en primer lugar, la demanda por descentralización no solo es una demanda por desarrollo equitativo sino también de autodeterminación,

y en ese sentido, creo que estos principios deben ir de la mano de mayor descentralización política. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, está el reconocimiento de los pueblos originarios, que en algún sentido le pone límites al Estado unitario.

- Rodrigo Valdés

Apoyo la propuesta de Correa y Rodríguez en todos sus puntos, excepto en dos asuntos específicos. El primero refiere a las compensaciones por externalidades de un área geográfica a otra. Existiendo normativa constitucional que protege el medio ambiente y, separadamente, a la propiedad privada, pienso que es innecesario e incluso riesgoso constitucionalizar el asunto. Se ve particularmente difícil establecer dichas compensaciones y, aún más, implementarlas. Cosa distinta es que las comunidades puedan buscar compensaciones a partir de los principios mencionados.

El segundo elemento dice relación con la posibilidad de establecer impuestos locales, por encima de los nacionales. Los autores argumentan a favor de la descentralización por motivos básicamente de equidad y, en ese contexto, tiene sentido limitarlos. Sin embargo, pienso que la descentralización también permite que personas con distintas preferencias, por ejemplo respecto del tipo y cantidad de bienes públicos, se agrupen en distintas comunidades. Para ello es importante permitir impuestos locales diferenciados, por encima de los nacionales. Asimismo, pienso que descentralizar el poder político es un argumento central (como forma de disminuir el excesivo presidencialismo) y un aspecto clave de este poder es cobrar impuestos.

Finalmente, si bien el capítulo no se adentra en el tema del número de regiones que debe haber en Chile, pienso que es un tema relevante que debería discutirse en una nueva Constitución. Específicamente, tenemos un exceso de regiones, además de demandas de formar nuevas, lo que dificulta que se desarrolle la capacidad local a una escala necesaria para una adecuada descentralización.

- Rodrigo Vergara

Considero complejo establecer a nivel constitucional la compensación entre territorios por externalidades negativas. La propiedad privada y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, ambas con rango constitucional, más las legislaciones y normativas generales y locales, debieran ser suficientes para solucionar estos problemas.

Por otra parte, me parece que se debe abrir la posibilidad de poner impuestos a nivel subnacional, porque considero que es parte de un proceso de mayor descentralización. Por cierto, en este caso deben ser impuestos por encima de los impuestos generales.

CAPÍTULO IV

BANCO CENTRAL DE CHILE

Sebastián Claro y Rodrigo Valdés***

RESUMEN

HAY RAZONES teóricas y amplia evidencia empírica que muestran que la autonomía del Banco Central contribuye a un mejor funcionamiento de la economía, y no solo a lograr una inflación menor y más estable. Por lo mismo, un número elevado y creciente de países les ha otorgado autonomía a sus bancos centrales. El hecho de que todavía varios países no tengan al Banco Central en su Constitución, es más bien reflejo de que la autonomía es un avance institucional más nuevo. Es más, los países que han adoptado nuevas constituciones o las han reformado significativamente, tienden a incluirlos en su Carta Fundamental, lo que refleja la relevancia del tema.

La autonomía se manifiesta en distintos ámbitos, algunos más cruciales que otros. En este capítulo se discute qué elementos son más habituales en países que sirven de modelo en este tema y los contrasta con los que existen en la institucionalidad chilena. A partir de ese análisis, se propone que la Constitución consagre los siguientes elementos para el Banco Central de Chile: 1) que lo defina un organismo autónomo, de carácter técnico y patrimonio propio, cuyo objetivo principal es la estabilidad de precios, 2) que pueda realizar operaciones solo con instituciones financieras, privadas o públicas, 3) que tenga la prohibición de entregar créditos o préstamos directos al fisco, de adquirir documentos emitidos por el Estado, sus organismos o empresas, o de otorgar garantías a instituciones financieras, 4) que sea regido por un órgano superior cuyo mecanismo de nombramiento será definido por ley, pero que, específicamente, establezca que la remoción de un consejero solo podrá ser iniciada por el Presidente de la República si la actuación del miembro del Consejo implica un grave y manifiesto incumplimiento de los

N. de los A.: Los autores agradecen los valiosos comentarios de Diego Pardow y Lucas Sierra. De igual forma agradecen a los otros autores de este libro por sus comentarios y por las fructíferas discusiones.

* Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile.

** Escuela de Gobierno, Pontificia Universidad Católica de Chile.

objetivos del Banco, y la que deberá ser refrendada favorablemente por una mayoría del Senado, y 5) que dé cuenta pública.

1. INTRODUCCIÓN

Los bancos centrales son los encargados de la política monetaria de los países y de ejercer como el banco de los bancos comerciales, lo que incluye aspectos de provisión de liquidez y regulaciones que contribuyan a la estabilidad financiera. Son instituciones simultáneamente antiguas y modernas. Antiguas, porque los primeros fueron fundados antes de 1700, aunque con una fisonomía muy distinta de la actual. Modernas, porque tanto la teoría como la práctica de la banca central han tenido cambios sustanciales en las últimas décadas, especialmente respecto de los niveles de autonomía con los que conviene dotarlos.

En efecto, la teoría económica identificó hace ya algún tiempo que el llamado problema de inconsistencia temporal generaba un sesgo inflacionario. Las autoridades políticas son incapaces de refrenarse de crear una expansión monetaria temporal y, como las personas entienden esto, el equilibrio resultante es solo mayor inflación, sin un aumento persistente en el empleo o la actividad económica.¹ Por ello, un diseño que lleva a un resultado superior desde el punto de vista del bienestar de los ciudadanos, es aislar al Banco Central del poder y de la presión política, entregándole un mandato claro y, eventualmente, mecanismos que den cuenta de su accionar.² Así, no es casualidad que entre 1990 y 2010 la cantidad de países que dotó con autonomía a los bancos centrales haya crecido significativamente.³ Aunque en sus primeros años esto suscitó cierta tensión entre responsabilidad democrática y autonomía, la fuerte caída en inflación en el mundo y los mecanismos para dar cuenta de la autonomía —tanto formales como a través de mayor transparencia de sus comunicaciones— han validado este tipo de arreglos institucionales. De 49 economistas del panel europeo CMF-CEPR consultados en 2017, 46 respondieron que sí era deseable mantener la autonomía de los bancos centrales.⁴

En Chile, la Constitución Política de la República establece que el Banco Central de Chile (BCCh) es un organismo autónomo, con patrimonio propio y de carácter técnico. Una Ley Orgánica publicada en 1989 detalla la composición de su Consejo, organización y atribuciones, que son, *grosso*

¹ Kydland y Prescott (1977) y Barro y Gordon (1983).

² Rogoff (1985) y Walsh (1995).

³ Den Hann *et al.* (2017), Fisher (1995) y Garriga (2019).

⁴ De Hann *et al.* (2017).

modo, las facultades tradicionales que ejercen los bancos centrales en el mundo.

Pero la autonomía tiene, como veremos, distintas dimensiones.⁵ Aquí distinguimos cinco: 1) libertad para determinar el o los objetivos de la política monetaria; 2) libertad e independencia para escoger los instrumentos para lograr esos objetivos; 3) reglas de nombramiento de las autoridades (miembros del Consejo) del Banco Central; 4) reglas de remoción de las mismas, y 5) independencia de la institución en aspectos financieros y operativos de su quehacer, como la protección del capital, su proceso presupuestario y determinación de los salarios. Un contrapeso clave de la autonomía es el proceso de dar cuenta de lo realizado.

La evidencia empírica acumulada muestra que la autonomía de un Banco Central, medida como la acumulación de esas mismas dimensiones, se relaciona con varios resultados económicamente deseables. Por ejemplo, Klomp y Haas analizaron, en 2010, 59 trabajos publicados (sobre los que realizan un meta-análisis) y concluyen que la independencia de los bancos centrales correlaciona con menos inflación, especialmente en países OCDE, y que los estudios más recientes encuentran mayores efectos. Este resultado es corroborado por otros trabajos,⁶ que muestran que más independencia del Banco Central produce una menor inflación y que el efecto es aún mayor en democracia. Otros trabajos muestran que existe correlación entre una salida prematura de un miembro del Consejo de un Banco Central que se reemplaza por un aliado del Gobierno y un aumento de la inflación, que los ciclos de expansión monetaria en períodos electorarios se verifican solo en países sin independencia del Banco Central y que el efecto inflacionario de los movimientos del tipo de cambio es menor entre mayor sea la autonomía del Banco Central.⁷

Para el caso de Chile, tal vez lo más simple sea recordar que la inflación promedió 32% anual en las décadas del 50 y 60 (180% en la década de 1970), y tan solo 3% en los últimos 20 años. En la década de 1980 fue 21%. Además, la política monetaria en Chile durante la era de autonomía del BCCh se ha comportado de igual forma en períodos electorarios y en no electorarios.⁸

Así, la evidencia es contundente respecto de que la autonomía es una característica deseable para un Banco Central moderno. Ello, sin embargo, no responde a la pregunta de si esta autonomía debe consagrarse a nivel constitucional. Esto lleva a la interrogante central de este capítulo: ¿qué debería decir la Constitución Política de la República respecto del Banco

⁵ Fouad *et al.* (2019) distingue independencia *de jure* y *de facto*. En este capítulo el foco es en *de jure*.

⁶ Garriga y Rodríguez (2020).

⁷ Vuletin y Zhu (2011), Aplanda y Honig (2009) y Céspedes y Valdés (2006).

⁸ Céspedes y Valdés (2006).

Central de Chile? Y más específicamente, ¿qué tipo de autonomía y mandato debería incluir, si es que lo hace?

2. EL BANCO CENTRAL DE CHILE EN LAS CONSTITUCIONES

La historia constitucional chilena precede la existencia del BCCh, que se fundó en 1925. Previo a la Constitución de 1980, este organismo solo existió a través de leyes. De hecho, la primera mención en la Constitución al BCCh se produjo en 1971, con ocasión de la reforma a la Constitución de 1925 en que se nacionalizó la Gran Minería del cobre. Allí, un artículo transitorio nombra al presidente del Banco Central para ser parte del tribunal que revisarías apelaciones de las indemnizaciones, en un rol totalmente diferente de la política monetaria.

El BCCh comenzó sus operaciones en 1926, como una institución de propiedad mixta, en que solo el 13% de su capital accionario era estatal. En 1953 se publica una nueva Ley Orgánica en que aparece el concepto de “institución autónoma de duración indefinida”, con un objetivo amplio: “Propender al desarrollo ordenado y progresivo de la economía nacional mediante una política monetaria y crediticia que, procurando evitar tendencias inflacionistas o depresivas, permita el mayor aprovechamiento de los recursos productivos del país”. En 1960 se publica una nueva Ley Orgánica, que básicamente modificó su estructura de gobernanza. Una buena síntesis de la real (falta de) autonomía que tenía el BCCh lo muestra el hecho de que el directorio tenía representantes de bancos y de distintos gremios, y que entre 1964 y 1967 fue presidido por quien era, simultáneamente, el ministro de Hacienda.

Su falta de autonomía continuó con una nueva Ley Orgánica de 1975, que creó el Consejo Monetario, de nivel ministerial y encargado de fijar las políticas del BCCh de acuerdo con las directrices impartidas por el Ejecutivo. Incluso se le entregó al Banco Central la facultad para conceder créditos al fisco en virtud de leyes especiales. Solo en 1979 se da un pequeño paso hacia la autonomía, al modificarse la Ley Orgánica para prohibir la compra de deuda emitida por el fisco. Si bien la Constitución de 1980 le entregó al BCCh autonomía de rango constitucional, su independencia se materializó recién en octubre de 1989, cuando se dictó la Ley Orgánica Constitucional respectiva. De esa forma, el BCCh recién logró su autonomía justo antes de la transición a la democracia.

La Constitución Política de la República le dedica dos artículos al Banco Central. El artículo 108 establece lo siguiente: “Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco

Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional”.

El artículo 109 define el alcance de sus operaciones:

El Banco Central solo podrá efectuar operaciones con instituciones financieras, sean públicas o privadas. De manera alguna podrá otorgar a ellas su garantía, ni adquirir documentos emitidos por el Estado, sus organismos o empresas.

Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central.

Con todo, en caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de Seguridad Nacional, el Banco Central podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas.

El Banco Central no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza.

3. EXPERIENCIA COMPARADA

3.1. *¿Qué dicen las constituciones?*

A partir del análisis de la información codificada en el Comparative Constitutions Project, es posible deducir tres regularidades.⁹

Primero, existe mucha heterogeneidad respecto de la presencia de los bancos centrales en las constituciones. De 146 casos analizados en el mundo en 2013, 65 (45%) mencionan al Banco Central. Entre los 26 países OCDE, apenas 10 lo mencionan, aunque se debe destacar que el Tratado de la Unión Europea incorpora la creación del Banco Central Europeo como organismo independiente.¹⁰ Con todo, como se mencionó antes, la idea de la autono-

⁹ Elkins *et al.* (2019).

¹⁰ Cabe hacer notar en este punto que el Tratado que dio origen a la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992, documento que representa la Constitución de la Unión Europea, se establece el Banco Central Europeo, así como su rol y alcance, y se expresa que cada uno de los Estados miembros velará por que su legislación nacional, incluidos los estatutos de su Banco Central Nacional, sea compatible con el Tratado de Maastricht. De acuerdo con Bank for International Settlements (2009), de los 46 bancos centrales que son parte de su red de gobernanza, el 65% no tiene referencia constitucional respecto de su instituto emisor, pero un tercio de este grupo sí tiene algún tratado internacional que consigna su independencia. De acuerdo con este mismo estudio, la independencia de los bancos centrales se manifiesta, fundamentalmente,

mía es relativamente nueva dentro de la concepción de cómo debe configurarse un Banco Central. De hecho, entre los 33 países que tuvieron una nueva Constitución o una reforma significativa desde el 2000, el 70% menciona al Banco Central en ella.

Segundo, son solo nueve los países que han adoptado una nueva Constitución o realizado un ajuste profundo a ella desde el año 2000 y que no incluyeron al Banco Central en su Carta Fundamental. Prácticamente todos son países africanos muy pobres, varios herederos del área de tipo de cambio fijo al franco francés. Únicamente Tailandia, con un ingreso per cápita similar al chileno, podría ser considerado un caso comparable, aunque su historia monárquica y de fuerte inestabilidad política no lo convierte en un referente.

Por último, de seis países desarrollados cuyos bancos centrales son referentes habituales para Chile (Australia, Canadá, Suecia, Israel, República Checa e Inglaterra), se verifica que cuatro no tienen en sus constituciones referencia a la institucionalidad monetaria. Estos países son referentes tanto por su historia, su destacado manejo de política monetaria y su liderazgo de vanguardia en discusiones de manejo monetario y financiero. A su vez, la mayoría de estas economías presentan similitudes con Chile en términos de estructura macroeconómica, lo que justifica esta comparación.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la mayoría de ellos no han tenido reformas o nuevas constituciones en las décadas recientes. De hecho, Suecia (en 2012) y la República Checa (en 1993 y 2001), que sí tuvieron reformas significativas, mencionan a los bancos centrales en sus respectivas constituciones. Incluso más, en ellas se especifican dimensiones precisas de independencia. La Carta Fundamental de Suecia establece que ninguna autoridad pública puede determinar cómo debe decidir el Banco Central en materias monetarias y que un Consejo superior puede remover a un consejero del Banco Central solo si la persona ya no cumple los requerimientos por los que fue elegido en el cargo o si es culpable de una negligencia grave. En la República Checa se especifica que el objetivo primario del Banco Central es mantener la estabilidad de precios y que el Presidente de la República puede nombrar a los miembros del Consejo del Banco Central, pero no removerlos. En su ley orgánica se lee que un consejero puede ser relevado solo si ya no cumple las condiciones requeridas para el desempeño de sus funciones o si ha sido culpable de una falta grave.

En suma, las constituciones más recientes o aquellas que han tenido reformas profundas tienden a incluir al Banco Central en su articulado.

en los siguientes aspectos: claridad de objetivos, independencia de instrumentos en su actuar, imposibilidad de financiamiento al fisco y capacidad de aislar de la política la toma de decisiones de los miembros del Consejo.

Más aún, los países “modelo” para Chile, cuando lo mencionan, incluyen su autonomía.

3.2. ¿Qué dicen las leyes orgánicas o charters?

El quehacer de los bancos centrales está regido por leyes especiales, que definen sus estructuras, así como un detalle de su alcance y sus objetivos. Se analizan a continuación con mayor detalle los casos de los seis bancos centrales mencionados.

El análisis de las leyes que rigen estos bancos se centra en los cinco aspectos fundamentales mencionados en la introducción: objetivos, nombramiento, remoción, instrumentos e independencia financiera y operativa. Los cuadros IV.1 y IV.2 resumen algunas características.

CUADRO IV.1. Organización de los bancos centrales

	<i>Mención constitucional</i> (1)	<i>Fijación de objetivo</i> (2)	<i>Consejo / Remoción</i> (3)	<i>Instrumentos</i> (4)	<i>Financiera capital</i> (5)	<i>Financiera operacional</i> (6)
Chile	S	S	S	S**	S	S
Australia	N	S*	S	S**	S	S
Canadá	N	S*	S	S**	S	S
Suecia	S	S*	S	S	S	S
Israel	N	N*	S	S	S	S***
Rep. Checa	S	S	S	S	S	S
Reino Unido	N	N*	S	S**	S	S***

Notas: 1: una S refleja que el Banco Central está presente en la Constitución, una N refleja lo opuesto. 2: una S refleja que el (los) objetivo (s) del Banco Central están identificados en las leyes que lo gobiernan, mientras que una N refleja que el Gobierno determina sus objetivos. 3: una S refleja que los mecanismos de nombramiento y remoción de los miembros de los consejos directores de los bancos centrales están establecidos en las leyes especiales que los rigen, mientras que una N refleja lo contrario. 4: una S refleja que no existen restricciones por parte del Gobierno en el uso de los instrumentos que las leyes especiales disponen para los bancos centrales, mientras que una N refleja que el Gobierno establece restricciones en su uso. 5: una S establece que los bancos centrales tienen capital propio, independencia financiera en su actuar y que la política de dividendos está establecida, mientras que una N establece lo contrario. 6: una S refleja que los bancos centrales tienen independencia en sus decisiones operativas y de contratación, y existe cierta protección respecto de las remuneraciones de Consejo, mientras que una N refleja lo contrario.

* Aunque los objetivos en los *charters* son generales, en los casos de Australia y Canadá el Gobierno y el Banco Central han convergido en objetivos concretos de inflación. En Suecia, la política cambiaria está en manos del Poder Ejecutivo. En el Reino Unido e Israel, su ley orgánica define que el objetivo principal del Banco Central es la estabilidad de precios, y el Gobierno establece el objetivo específico.

** En algunas decisiones extremas, los gobiernos de Australia y Canadá tienen la palabra final. En tales casos, el Gobierno debe presentar ante el Parlamento una declaración justificando su posición y haciéndose responsable de sus consecuencias. En el Reino Unido, el ministro de Hacienda puede instruir al Banco Central en circunstancias extremas; esta orden tiene una duración de 28 días si no es apoyada por el Parlamento, y hasta tres meses en caso de contar con dicha aprobación. En Chile, la LOC que lo rige establece un veto transitorio del ministro de Hacienda a las decisiones del Banco Central, que podría ser bloqueado por la unanimidad de su Consejo.

*** En el caso del Reino Unido, el Gobierno puede instruir al Banco Central la entrega de asistencia financiera a una institución bancaria a través de un mecanismo diferente a los habituales usados por el Banco. En Israel, el Gobierno determina el salario del Gobernador sin una guía explícita para ello, y además aprueba cambios en los beneficios que recibe el personal del Banco.

Fuente: evaluación propia.

CUADRO IV. 2. *Objetivos, instrumentos y Consejo en bancos centrales*

	<i>Objetivo concreto</i>	<i>Instrumento / Operación (1)</i>	<i>Del consejo / Gobernador (2)</i>
Chile	Inflación / Pagos / Consideración a los del Gobierno	Tradicional / Deuda propia / Deuda pública	5 miembros
Australia	Inflación / Promoción estabilidad financiera	Tradicional / Deuda pública / Crédito directo*	9 miembros en Política Monetaria [PM] (2 consejos)
Canadá	Inflación / Promoción estabilidad financiera	Tradicional / Deuda pública / Restricción crédito directo	6 miembros en PM (directorio / consejo)
Suecia	Inflación / Pagos	Tradicional / Deuda pública / Prohibición crédito directo	6 miembros en PM (directorio / consejo)
Israel	Inflación / Estabilidad financiera / Otros objetivos sujetos a inflación	Tradicional / Deuda pública / Restricción crédito directo	6 miembros / Gobernador propone 2
Rep. Checa	Estabilidad de precios / Estabilidad financiera / Otros sujeto a inflación	Tradicional / Deuda pública / Restricción crédito directo	7 miembros
Reino Unido	Estabilidad de precios / Sujeto a inflación, los del Gobierno / Estabilidad financiera	Tradicional / Deuda pública / Crédito directo*	9 miembros en PM (4 consejos)

Nota: 1: esta columna define el alcance de los instrumentos con que cuentan los bancos centrales, así como aspectos críticos en su relación financiera con el Gobierno. 2: esta columna refleja sucintamente la composición y tipos de consejos existentes.

Fuente: evaluación propia.

3.3. Aprendizajes clave

Objetivos: todos los bancos centrales analizados cuentan con un objetivo de inflación y, eventualmente, algún otro objetivo adicional, por lo general ligado al normal funcionamiento del sistema de pagos o a un objetivo más amplio de estabilidad financiera. En cualquier caso, los objetivos diferentes a los de inflación están supeditados al cumplimiento de este. En algunos casos, el objetivo de inflación es establecido por el propio Banco Central, mientras que en otros es definido en conjunto con el Gobierno.

Es importante en este punto distinguir los objetivos generales que puedan tener los bancos centrales de aquellos objetivos concretos. Australia es interesante en este sentido. En la ley que lo rige, se establece que el Banco de la Reserva de Australia (Banco Central) procurará que sus acciones contribuyan a: 1) la estabilidad de la moneda de Australia, 2) la mantención de pleno empleo, y 3) la prosperidad y bienestar de las personas en Australia. Resulta importante hacer ver que el Banco ha determinado que el cumplimiento de estos tres objetivos debe materializarse a través de un objetivo concreto de inflación de mediano plazo, similar al vigente en Chile. Más aún, un acuerdo explícito firmado entre el Gobierno y el Banco Central establece este marco de entendimiento. Una situación muy similar se observa en Canadá.

Nombramiento: no se observa ninguna diferencia sustantiva entre países en cuanto a la manera en la que se designan el Consejo y sus miembros. Se distinguen casos donde el poder político (Gobierno y Parlamento) nombra directamente a los miembros del Consejo, que ejerce el rol de administración superior del Banco, así como el rol en el manejo de la política monetaria. En otros casos, el sistema político nombra a los miembros de un Consejo Directivo, quienes luego, y de manera independiente, nombran a los miembros del Consejo de Política Monetaria. En este caso, el Consejo Directivo tiene un rol en la administración general del Banco, así como de control, mientras el Consejo de Política Monetaria tiene tareas directas en el quehacer de la política monetaria. A su vez, se dan casos donde existen consejos diferentes (aunque con algunos miembros comunes) para materias de política monetaria y política financiera.

Remoción: la experiencia internacional establece que la remoción de los miembros del Banco Central puede darse por imposibilidad (física) de cumplir los roles, por dejar de cumplir algunos de los requerimientos objetivos para haber sido nombrado, por problemas financieros que aquejen a un miembro del Consejo (quiebra personal) o por incumplimiento grave de sus

obligaciones. En ningún Banco Central que se considere autónomo existe la posibilidad de que el Consejo sea de confianza política del Ejecutivo.¹¹

Instrumentos de política monetaria: son bastante similares en los bancos centrales analizados y están referidos a operaciones de crédito con instituciones bancarias y a compra/venta en el mercado abierto de ciertos tipos de instrumentos. Por lo general, los bancos centrales hacen operaciones con bancos comerciales exclusivamente, aunque en algunos casos se permiten operaciones de crédito con instituciones no bancarias. A su vez, la mayoría de los bancos centrales analizados tiene facultades para intervenir en el mercado cambiario y libertad para hacerlo.

Respecto de la relación financiera con el Gobierno, todos los bancos centrales estudiados tienen la facultad de comprar y vender en el mercado secundario títulos de deuda pública. A su vez, existen importantes restricciones o prohibiciones para el financiamiento directo del Gobierno. De hecho, esta restricción es parte de los acuerdos de la Unión Europea (que van más allá de la Zona del Euro). En caso de permitirse el financiamiento (Israel y Canadá), se restringen en montos y se permiten por períodos muy acotados de tiempo, de manera de suplir un déficit de caja transitorio.

Finalmente, la autoridad política (ministro de Hacienda o Finanzas) tiene una cierta capacidad de veto transitoria sobre las decisiones acordadas por el Banco Central, en un sistema similar al observado en Chile. En casos excepcionales, el Gobierno tiene la palabra final en la decisión adoptada (Canadá y Australia), en cuyo caso debe explicitar públicamente y ante el Congreso las razones por las que adopta una decisión, asumiendo responsabilidad por ello.

Financiamiento e independencia operacional: la institucionalidad financiera y operacional de los bancos centrales analizados no difiere de la chilena respecto de contar con patrimonio propio y mantener independencia operativa. La protección financiera se manifiesta, por ejemplo, en que la política de dividendos que el Banco Central paga al Estado está estipulada en las leyes que los rigen. A su vez, la mayoría de los bancos centrales tienen

¹¹ En Chile, la Ley Orgánica Constitucional que rige al Banco Central establece que el inicio de un eventual proceso de remoción está en manos del Ejecutivo, decisión que debe ser también aprobada por el Senado. Como causal se establece que el consejero afectado hubiere votado favorablemente acuerdos del Banco que impliquen un grave y manifiesto incumplimiento de su objeto, y siempre que dicho acuerdo haya sido la causa principal y directa de un daño significativo a la economía del país. Las dificultades técnicas que involucra una evaluación adecuada de la causal de remoción hacen impracticable que dicho proceso sea iniciado en el Congreso. Fouad *et al.* (2019) argumentan que, si hay causales políticas para la remoción, la autonomía desaparece. Lybek (2008) revisa la relevancia de los mecanismos de remoción del presidente y miembros del Consejo.

cierta protección sobre su propio presupuesto, de manera de evitar que una eventual dependencia (por ejemplo de los salarios) se convierta en un arma para limitar la independencia.

Rendición de cuentas: la independencia de los bancos centrales requiere, por supuesto, un marco que permita dar cuenta al sistema político de las acciones y el cumplimiento de los objetivos, así como del establecimiento de mecanismos de transparencia en su actuar. Dar cuenta, en este contexto, se refiere a informar y transparentar la racionalidad detrás de las decisiones y de las reflexiones sobre el marco conceptual que las rige.¹² Mayoritariamente, en los casos analizados ello se produce frente al Congreso, donde debe reportarse por lo menos en dos ocasiones al año acerca del quehacer del Banco. En otros casos, se da cuenta ante un Consejo Superior que, siendo independiente aunque nombrado directamente por el poder político, fija las directrices del Consejo del Banco Central.

Singularidades de Chile: hasta la reciente reforma constitucional de 2020, que levantó la prohibición de poder comprar títulos públicos en el mercado secundario, la Constitución limitaba este tipo de operación que es común en los bancos centrales del mundo. También es bastante particular la excepción que se hace en Chile sobre la posibilidad de otorgar préstamos directos al fisco en caso de guerra externa o peligro de ella, lo que no existe en los casos analizados.

3.4. ¿Qué debe y qué no debe ir en la Constitución?

En la actualidad, la Constitución en Chile hace una referencia acotada al Banco Central, enfatizando su carácter autónomo y técnico. A su vez, establece el marco general de sus políticas, que incluye un criterio no discriminatorio, así como la restricción de financiamiento al fisco.

Muchas otras definiciones relevantes sobre el quehacer del Banco Central están estipuladas en la Ley Orgánica que lo rige. Entre otros aspectos, esta ley define la conformación del Consejo del Banco como órgano superior, los requisitos y restricciones a sus miembros, así como causales de remoción. A su vez, la Ley Orgánica establece los mecanismos de coordinación con el Gobierno y el rol que le cabe al ministro de Hacienda en el quehacer del

¹² Goodhart y Lastra (2018) argumentan que los procesos de dar cuenta y de revisión de acciones y decisiones son fundamentales para defender la autonomía del populismo, especialmente respecto de decisiones no habituales, como las vistas después de la gran crisis financiera de 2008.

banco. Finalmente, la LOC define los objetivos del Banco Central y establece el abanico de políticas con que se cuenta para el cumplimiento de estos objetivos.

En la discusión constitucional, bajo el supuesto de que se limite significativamente el uso de leyes orgánicas constitucionales o se disminuya su *quorum*, parece importante establecer en la Constitución aquellos aspectos esenciales en la definición institucional. Esto estaría en línea con la práctica de algunos países que han actualizado su texto y, más importante, salvaguardaría la autonomía del BCCh respecto de posibles vaivenes políticos de corto plazo.

Por cierto, la mayoría de los aspectos del funcionamiento del BCCh deben quedar en la LOC, pero hay temas que, por su relevancia, deberían también quedar estipulados en la Constitución. Parece especialmente importante la existencia del BCCh, su rol, su objetivo principal, la prohibición de financiamiento directo al fisco y la forma de remoción de sus consejeros. Asimismo, puede ser deseable incluir la obligación del BCCh de dar cuenta ante el Senado, como contraposición de la autonomía, lo que ya existe en la Ley Orgánica Constitucional.

De hecho, el argumento de mayor peso en contra de la autonomía de un Banco Central es su eventual desvinculación del proceso democrático, al separar la toma de decisiones monetarias de las autoridades políticamente elegidas. Dicho argumento, sin embargo, pierde fuerza cuando existen procesos de rendición de cuentas, cuando el nombramiento de las autoridades máximas del Banco es prerrogativa del sistema político y cuando existen mecanismos para una eventual remoción. Como se vio antes, en Chile existen estos mecanismos y la experiencia comparada muestra que son adecuados.

La autonomía constitucional para el BCCh es, más bien, una excepción que una regla general aplicable a otras instituciones que requieren ciertos niveles de independencia para su adecuada operación (por ejemplo, la Comisión para el Mercado Financiero y el Instituto Nacional de Estadísticas). La razón es doble. Por un lado, la tensión que provoca la inconsistencia temporal en política monetaria no se puede extrapolar tan fácilmente a otras esferas. No se trata de “hacer trampa” o desconocer el mandato institucional, sino que, más sutilmente, se reconoce la incapacidad de mantener en el tiempo cierto plan. Por otro lado, las consecuencias de una política monetaria inadecuada es el cobro del impuesto inflación, un impuesto no legislado y altamente regresivo. La decisiva influencia que los bancos centrales han ejercido en la historia económica moderna da cuenta de la necesidad de dotarlos de autonomía en su quehacer, restringiendo la discrecionalidad que el sistema político pueda ejercer sobre ellos.

4. PROPUESTA CONSTITUCIONAL ESPECÍFICA

Sobre la base de lo anterior, se propone establecer la existencia del Banco Central en la Constitución con los siguientes elementos:

1. Que se defina como un organismo autónomo, de carácter técnico y patrimonio propio;
2. Que tenga como objetivo principal y predominante, por encima de otros que puedan ser determinados por ley, la estabilidad de precios;
3. Que tenga prohibición de entregar crédito o préstamos directos al fisco (sin excepciones), así como la imposibilidad de adquirir directamente documentos emitidos por el Estado, sus organismos o empresas;
4. Que solo podrá realizar operaciones con instituciones financieras, privadas o públicas, y que en ningún caso podrá entregar a ellas su garantía;
5. Que el órgano superior del Banco será un Consejo, cuyo mecanismo de nombramiento será definido por ley, pero cuya remoción de sus miembros solo podrá ser iniciada por el Presidente de la República si la actuación del miembro del Consejo implica un grave y manifiesto incumplimiento de los objetivos del Banco, y deberá ser refrendada favorablemente por una mayoría del Senado;
6. Que deberá dar cuenta de sus actuaciones al Presidente de la República y al Senado a intervalos de tiempo definidos por ley.

Cabe mencionar que la imposibilidad de otorgar préstamos directos al fisco es una restricción que existe en casi todos los países analizados y busca impedir el financiamiento monetario al déficit fiscal, causa final de la inflación. Respecto del punto 3), los bancos centrales han sido desde su origen contraparte de instituciones financieras y específicamente de la banca privada, por lo que parece aconsejable mantener esta restricción. Por último, se estima que la inclusión en la Constitución del mecanismo de remoción de los miembros del Consejo es determinante para una real autonomía en el ejercicio de sus funciones.

5. REFERENCIAS

- Aplanda, S. y Honig, A. (2009). "The Impact of Central Bank Independence on Political Monetary Cycles in Advanced and Developing Nations". *Journal of Money, Credit and Banking* N°41, páginas 1365-1389.
- Bank for International Settlements. (2009). "Issues in the Governance of Central Banks: A report from the Central Bank Governance Group". Basilea.
- Barro, R. J. y D. B. Gordon. (1983). "A Positive Theory of Monetary Policy in a Natural-Rate Model". *Journal of Political Economy* N°91.
- Céspedes, L. F. y R. Valdés. (2006). "Autonomía de los Bancos Centrales: la experiencia chilena". *Economía Chilena* Vol. 9 N°1, páginas 25-45.
- Cukierman, A. (1992). *Central Bank Strategy, Credibility, and Independence*. Cambridge: MIT Press.
- Den Haan, W., M. Ellison, E. Ilzetzki, M. McMahon y R. Reis. (2017). "The Future of Central Bank Independence: Results of the CFM-CEPR Survey". VOX CEPR.
- Elkins, Z., T. Ginsburg y J. Melton. (2019). "Characteristics of National Constitutions". comparativeconstitutionsproject.org.
- Fischer, S. (1995). "Central Bank Independence Revisited". *American Economic Review, Papers and Proceedings* N°85.
- Fouad, J. M., E. F. Mona y A. E. Heba Talla. (2019). "A New Insight into the Measurement of Central Bank Independence". *Journal of Central Banking Theory and Practice*, Vol. 8 N°1, páginas 67-96.
- Garriga, A. C. (2016). "Central Bank Independence in the World: A New Dataset". *International Interactions* Vol. 42 N°5, páginas 849-868.
- _____ y C. M. Rodríguez. (2020). "More Effective than We Thought: Central Bank Independence and Inflation in Developing Countries". *Economic Modelling* Vol. 85 N°1, páginas 87-105.
- Goodhart, C. y R. Lastra (2018). "Populism and Central Bank Independence". *Open Economies Review* Vol. 29 N°1, páginas 49-68.
- Klomp, J. y De Haan, J. (2010). "Inflation and Central Bank Independence: A Meta-Regression Analysis". *Journal of Economic Surveys* Vol. 24 N°4, páginas 593-621.
- Kydland, F. E. y E. C. Prescott. (1977). "Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans". *Journal of Political Economy* Vol. 85 N°3, páginas 473-492.
- Lybek, T. (2008). "Central Bank Autonomy, Accountability, and Governance: Conceptual Framework". En International Monetary Fund (editor), *Current Developments in Monetary and Financial Law*, Vol. 4.

- Rogoff, K. (1985). "The Optimal Degree of Commitment to an Intermediate Monetary Target". *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 100 N°4, páginas 1169-1189.
- Vuletin, G. y L. Zhu. (2011). "Replacing a 'Disobedient' Central Bank Governor with a 'Docile' One: A Novel Measure of Central Bank Independence and Its Effect on Inflation". *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 43 N°6, páginas 1185-1215.
- Walsh, Carl. (1995). "Optimal Contracts for Central Bankers". *American Economic Review* Vol. 85 N°1, páginas 150-167.

6. COMENTARIOS DEL RESTO DE LOS AUTORES A LA PROPUESTA

Resumen

Suscriben la propuesta: Pablo Correa, Sylvia Eyzaguirre, Jorge Rodríguez y Rodrigo Vergara.

Suscriben con reserva: Claudia Sanhueza, Luis Eduardo Escobar y Andrea Repetto.

Comentarios específicos

- Luis Eduardo Escobar

A mi juicio, puede ser útil darles independencia técnica a los bancos centrales para que cumplan su función, tal como se la definan los poderes políticos establecidos. Sin embargo, no comparto la idea de que la independencia de los bancos centrales tiene que ser casi absoluta y que sea una condición *sine qua non* para la estabilidad de precios. Los trabajos empíricos tienden a hacer abstracción del hecho de que el éxito de los bancos centrales en el control de la inflación se debe, en buena parte, a que las políticas fiscales hacen posible la tarea de estabilización de precios. Chile es un ejemplo de ello.

Sobre los objetivos de la política monetaria, me parece más razonable dejar la ambigüedad que tiene la redacción de la actual Constitución. Esa ambigüedad ha permitido que el Banco se adapte a los cambios y crisis ocurridos en el mundo y en Chile desde 1989. En el futuro pueden cambiar las condiciones y hacer que la inflación no sea necesariamente la principal preocupación. Además, los economistas podemos cambiar de paradigma, como ocurrió con Keynes después de 1929, y con Friedman y los monetaristas en las décadas de los 70 y 80.

En cuanto a la propuesta de que la “remoción de un consejero solo podrá ser iniciada por el Presidente de la República”, me parece en exceso restrictiva y profundamente antidemocrática. En nuestra tradición constitucional, ni los miembros de la Corte Suprema ni el Contralor General de República, poderes de nuestro Estado democrático, tienen ese nivel de protección. El Congreso también debería poder iniciar el proceso de remoción.

- Andrea Repetto

La autonomía de los bancos centrales ha sido un elemento muy importante para la estabilización de las economías en el mundo. Como bien documentan los autores de este capítulo, es un factor que es relevante resguardar.

Sin embargo, la autonomía de la institución se define en parte a través del mecanismo de remoción de sus consejeros. En mi opinión, no existe justificación acabada para que se otorgue mayor protección a los consejeros del Banco Central que a otras autoridades de gran relevancia, como los jueces de la Corte Suprema o el Contralor General de la República. Los autores indican que “las dificultades técnicas que involucra una evaluación adecuada de la causal de remoción hacen impracticable que dicho proceso sea iniciado en el Congreso”, lo cual se contradice con que la rendición de cuentas, que cumple el rol de contrapeso a la autonomía, se haga ante el Congreso.

- Claudia Sanhueza

Durante los últimos 30 años, la mayoría de los bancos centrales de las economías avanzadas han tenido la capacidad de realizar una política monetaria independiente, lo cual ha contribuido a bajos y estables niveles de inflación. Esta autonomía se expresa en diferentes aspectos: reglas para el nombramiento y destitución de los consejeros; consulta con las autoridades fiscales antes de tomar decisiones de política monetaria; objetivos del Banco Central, y capacidad del mismo para financiar sus operaciones sin depender del gobierno de turno. En los últimos años, ha habido algunas críticas sobre el funcionamiento de algunos bancos centrales por temas de transparencia y gobernanza, pero no como cuestionamiento a la autonomía antes descrita. En general, hay un amplio acuerdo entre los expertos acerca de los efectos negativos de la pérdida de independencia en la inflación y otras variables macroeconómicas.¹³

¹³ Da Haan *et al.* (2017).

Comparto la idea de que el Banco Central sea una institución autónoma del gobierno de turno en los aspectos descritos arriba. Sin embargo, es fundamental profundizar temas de transparencia y buena gobernanza, lo que en el caso chileno implica equiparar las condiciones de remoción de los(as) consejeros(as) a los miembros de la Corte Suprema o del Contralor General de la República respecto de que el Congreso también pueda iniciar un proceso de remoción, bajo las mismas causales que establece la LOC.

Ahora bien, pienso que es innecesario que los aspectos que regulan la autonomía del Banco Central deban estar en la Constitución, siendo suficiente que estén en la ley que regula su funcionamiento.

Debido a que nuestra comprensión de la economía cambia con el tiempo, la especificación de más objetivos, después de los objetivos de inflación, puede ser necesario, por lo que estoy de acuerdo con la mayor flexibilidad que se propone y no depender de reformas constitucionales.

CAPÍTULO V

LA PROPIEDAD PRIVADA

Luis Eduardo Escobar y Rodrigo Vergara***

RESUMEN

LA PROPIEDAD privada, como uno de los derechos fundamentales del ser humano, es un concepto que está presente desde los orígenes de las constituciones. Tiene sus antecedentes más emblemáticos en la Carta Magna inglesa (1215), en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y en la Constitución de los Estados Unidos (1791). Es parte fundamental en el adecuado funcionamiento de las economías modernas.

En Chile está consagrada en las constituciones de 1833, 1925 y 1980. En la primera, la propiedad privada estaba garantizada y solo en caso de “utilidad del Estado”, establecida por ley, podía ser objeto de expropiación. Y para ejecutar la expropiación, el dueño debía ser indemnizado adecuadamente y en forma previa. La de 1925 era muy similar en esta materia, aunque se le daba un rol social a la propiedad, al establecer que el ejercicio del derecho de propiedad estaba sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social. La Carta Fundamental de 1980 incluye los elementos anteriores en términos de la propiedad privada, su función social y la expropiación por casos de utilidad pública, por una ley, a precio justo y al contado, y la posibilidad de acudir a tribunales. A diferencia de las anteriores, dedica varios párrafos al tema de los recursos mineros y el agua dulce; temas que no tratamos en este artículo, pues son objeto de análisis en el siguiente capítulo de este libro.

Se revisa la evidencia comparada y en prácticamente todas las constituciones se consagra el derecho a la propiedad privada. Se hace una categorización

N. de los A.: Los autores agradecen los valiosos comentarios de Álvaro Cordero, Diego Pardow y Lucas Sierra. Asimismo, a los otros autores de este libro por sus comentarios y fructíferas discusiones. Adicionalmente, agradecemos el gran trabajo de investigación de Juan Andrés León. Los errores u omisiones que hayan persistido son de nuestra responsabilidad.

* Consultor independiente.

** Centro de Estudios Públicos.

dependiendo del detalle en que este derecho está presente en las constituciones de un grupo de países seleccionados. Se hace lo mismo en relación con la forma en que las constituciones tratan la expropiación.

Se propone:

- Mantener el derecho de propiedad en la Constitución, incorporando, tal como está en la actualidad, su función social.
- En cuanto a la expropiación, mantener el actual texto, en el sentido de que debe ser en virtud de una ley que la autorice por causa de utilidad pública o de interés general de la nación.
- Sobre la compensación por la expropiación, mantener que sea antes del traspaso de la propiedad, al contado, si no hay acuerdo en contrario, a un precio acordado y con la posibilidad de recurrir a la justicia.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de propiedad, desde el punto de vista más formal, ya estaba presente en el Derecho Romano y ha sido parte de las constituciones desde el nacimiento de estas, con antecedentes tan antiguos como la Carta Magna en 1215.¹

En las sociedades modernas, con el surgimiento de la burguesía, la importancia del capital y, por ende, de la propiedad en que se expresa, pasó a conformar un aspecto esencial del sistema. A tal punto que en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el numeral 17 señala: “Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa”. Palabras que, como veremos, se repetirán casi textualmente en las tres últimas constituciones que ha tenido Chile.

Desde el punto de vista económico, los economistas clásicos, Marx y los teóricos posteriores, han dado por sentado que la economía capitalista se basaba en la “propiedad privada de los medios de producción”, incluyendo la tierra.

Esto, que bien puede ser solo una descripción, ha pasado a ser parte del sentido común de cómo operan las economías de mercado, independientemente de su sistema político. En la conceptualización de la economía neoclásica, son los dueños del capital quienes logran, con la intención de maximizar sus utilidades, la producción más eficiente. De esta manera

¹ Las constituciones modernas nacen con las revoluciones del siglo XVIII, aunque la Carta Magna es considerada un importante antecedente.

alcanzarían a satisfacer “las necesidades” del conjunto de la sociedad. Este es el principio básico de la operación de una economía de mercado. Desde luego, esto deja fuera del análisis muchos elementos, como la distribución inicial del ingreso, pero el asunto de la propiedad no está en discusión, al menos en la teoría económica moderna.

Más allá de las consideraciones filosóficas² y analíticas, ha habido cierta constatación empírica de los poderosos incentivos que genera la existencia de la propiedad privada, aunque sea limitada. Es el caso de la producción agrícola en la China post Mao. También es el caso de la vivienda en los arrabales de Lima, analizado, entre otros temas, por Hernando de Soto en su libro *El otro sendero* (1986). Hoy casi todas las economías del mundo son “economías de mercado” y se basan en la existencia de la propiedad privada sobre todo o parte del proceso productivo, y la apropiación de todo o parte de sus beneficios.

De ahí la importancia de pasar revista a cómo se ha tratado el tema de la propiedad privada en las constituciones de Chile y otros países que consideramos de interés. Se debe destacar que, más allá de mencionarlos al repasar la historia constitucional chilena, este artículo no se refiere al tema de los recursos naturales, sino al tema de la propiedad privada en términos generales. La temática de los recursos naturales, particularmente minería y agua, se analiza en el capítulo VI.

2. LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL DE CHILE

Desde el punto de vista constitucional, en Chile podemos distinguir dos grandes períodos históricos.³ El primero va desde 1811 hasta 1833, período de búsqueda y de ensayo de diferentes modelos constitucionales, caracterizado por cierta inestabilidad política que derivó en la dictación de nada menos que ocho constituciones (1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823, 1826 y 1828). El segundo abarca desde 1833 hasta el presente, posee tres constituciones, caracterizadas por su capacidad de duración, flexibilidad y acomodo a las circunstancias históricas (1833, 1925 y 1980).

En este artículo nos concentramos en estas últimas tres cartas fundamentales y solamente en lo que se refiere a los derechos de propiedad privada. Como veremos a lo largo de este texto, en general en nuestra práctica constitucional se establece el derecho de propiedad, pero al mismo tiempo

² Para Locke, el derecho a la propiedad privada es un derecho natural, fundamental para asegurar la propia vida y el goce de la libertad.

³ Para la historia y un análisis del contexto de las constituciones en Chile, ver Ossa (2020). Una breve reseña histórica y de las constituciones propiamente tales se encuentra en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional. Otra fuente útil es Arancibia Mattar (2020).

se establece que puede haber un interés público, establecido por ley, que permita la expropiación. Además, determina que debe haber una compensación justa y pronta. La forma de asegurar la oportunidad del pago es que el Estado no puede ejecutar la expropiación sin el pago previo de una indemnización.

2.1. La Constitución de 1833

La Constitución de 1833 estuvo en vigencia por más de nueve décadas y fue objeto de diversas reformas. Dicha Constitución constaba de 12 capítulos. Los que interesan para nuestro análisis son, en especial, el capítulo V, titulado “Sobre el derecho público de Chile”, y el X, “De las garantías de la seguridad y la propiedad”.

El capítulo V, artículo 12 número 5, establece: “La *inviolabilidad* de todas las propiedades *sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades*, i sin que nadie pueda ser privado de su dominio... sino en virtud de una sentencia judicial; *salvo en el caso en que la utilidad del Estado*; calificada por una lei, exija el uso o la enajenación de alguna; lo que tendrá lugar *dándose previamente al dueño la indemnización* que se ajustare con él, o se evaluare a juicio de hombres buenos”.⁴

Es decir, la propiedad privada estaba garantizada, y solo en caso de “utilidad del Estado”, establecida por ley, podía ser objeto de expropiación. Para ejecutar la expropiación el dueño debía ser indemnizado adecuadamente y en forma previa. El capítulo X trata “De las Garantías de la Seguridad i la Propiedad”. La protección de la propiedad en la Constitución de 1833 también se extendía a casos de guerra. El artículo 150 establece que “ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir clase alguna de auxilios, sino por medio de autoridades civiles, i con decreto de estas”. O sea, ni en caso de guerra (seguridad nacional sería el término actual), se podía requisar propiedades o bienes de ninguna especie.

En resumen, desde nuestra primera Constitución republicana el derecho de propiedad quedó firmemente protegido y, en paralelo, se estableció la potestad del Estado a expropiar cuando el interés público lo hiciera necesario, con las debidas protecciones.

2.2. La Constitución de 1925

En esta Carta Fundamental los derechos de los ciudadanos quedaron establecidos en el capítulo III, que trata de las garantías constitucionales y tiene 20 artículos. En el 10 se comienza diciendo que “la Constitución asegura a

⁴ El énfasis es nuestro, al igual que todos los que siguen a continuación.

todos los habitantes de la República...”, para luego detallar los derechos en 15 numerales. El numeral 10 se refiere explícitamente y en forma extensa al derecho de propiedad y el 11 reitera lo dicho en la Constitución de 1833 sobre los derechos de propiedad intelectual y descubrimientos. El numeral 10 establece:

La inviolabilidad de todas las propiedades sin excepción alguna. Nadie puede ser privado de la de su dominio; ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley, En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.

Esto es muy parecido a la redacción de 1833, pero las calificaciones son más extensas. En particular, desglosa la idea de propiedad explicitando el dominio y los derechos sobre ella. Se mantiene la expropiación por razón de utilidad pública y que este acto debe ser por ley. Por último, establece que el dueño debe ser indemnizado en forma oportuna y justa. Para asegurar que la indemnización sea adecuada, se establece la vía judicial de reclamo.

Pero el numeral 10 sigue con un segundo párrafo que establece límites al derecho de propiedad, los cuales expanden bastante sobre lo que establecía la Constitución de 1833. Dice textualmente:

El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública.

Se amplía el concepto de interés del Estado introducido en la Constitución de 1833 para incorporar la idea del “mantenimiento y el progreso del orden social”. Es interesante considerar que el mantenimiento del orden social pueda requerir limitar el derecho de propiedad. En segundo lugar, cabe destacar la incorporación de la idea de progreso social como otra limitante al derecho de propiedad.

Esta Constitución tuvo 10 reformas. Desde el punto de vista que nos concierne, son verdaderamente notables las que corresponden a los derechos de propiedad, especialmente porque ampliaron los conceptos bajo los cuales era válido expropiar y flexibilizaron la forma de pago. Las reformas más importantes, en lo que se refiere a propiedad privada y su protección, fueron:

1. La de 1963, de Alessandri Rodríguez, que inició el proceso de Reforma Agraria (llamada “del macetero” por su limitado alcance).
2. La de 1967, de Frei Montalva, que profundizó la Reforma Agraria.

3. La de 1971, de Allende, que nacionalizó los recursos naturales y llevó a la expropiación de la gran minería del cobre.

Como la reforma de 1963 fue sustituida por la reforma de 1967, no nos detendremos en ella. En cambio, la reforma constitucional de 1967 modificó íntegramente el artículo 10 número 10 de la Constitución. En efecto, esta modificación estableció el “derecho de propiedad *en sus diversas especies*”, antes era sin distinciones; y que la ley fijará el modo de adquirir la propiedad, su uso, goce y forma de disposición.

Se estableció que la propiedad tiene una “función social” que incluye “los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”.

Respecto de expropiaciones, se mantiene la protección de que solo se puede hacer sobre la base de una ley por causa de utilidad pública o interés social. La indemnización se determinaría tomando en cuenta los intereses “de la colectividad y de los expropiados”. También se alteró el método de pago, de modo que, en el caso de predios rústicos, se extendió el período de pago de la indemnización a 30 años.

Por último, la reforma estableció el dominio público sobre los recursos naturales, incluyendo el agua, bienes de producción u otros que se consideren de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país.

La reforma constitucional del 11 de julio de 1971, aprobada por unanimidad por el Congreso pleno, nacionalizó los recursos mineros y permitió, por una ley emitida al día siguiente, la expropiación de las minas privadas que constituían la gran minería del cobre. El Estado, según se lee, “tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales”.

2.3. La Constitución de 1980

Promulgada parcialmente en marzo de 1981, esta Carta Fundamental tuvo como uno de sus ejes cambiar lo que la Constitución de 1925 y sus reformas facilitaron, con el objeto de eliminar la posibilidad de que con cambios legales se afectara lo que la Constitución establecía en relación con la propiedad privada.

Los temas relativos a la propiedad privada se abordan en el capítulo III, “Derechos y deberes constitucionales”. El *artículo 19* enumera los 26

derechos constitucionales. El numeral 24 del artículo 19 se refiere específicamente a la propiedad privada en 11 párrafos.⁵

El numeral 24 señala en su primera frase: “La Constitución asegura a todas las personas (...) El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”. Esta declaración, que no es más que una reformulación de las contenidas en las constituciones de 1833 y 1925, viene seguida de lo verdaderamente novedoso: 10 párrafos, de los cuales seis están dedicados a los recursos naturales: cinco a la propiedad minera y uno a los derechos sobre las aguas.

En su primer párrafo, el numeral 24 señala: “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su *función social*. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.⁶

Hay dos importantes diferencias en comparación con la Constitución de 1925: se vuelve sobre el tema de la seguridad nacional y se le agregó “la conservación del patrimonio ambiental”.

En el segundo inciso se establece que las expropiaciones deben ser por causa de utilidad pública o interés de la Nación calificado por ley. Establece que la indemnización debe ser al contado, salvo un acuerdo entre las partes.

El párrafo seis del numeral 24 establece el dominio del Estado sobre las minas, siguiendo textualmente la Constitución de 1925, y agrega la preferencia de la actividad minera por sobre los derechos de los dueños de los terrenos de superficie:

[hasta aquí igual que en la Constitución de 1925], *no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas*. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

En el último párrafo del numeral 24, se sostiene que: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.⁷

Para asegurar la continuidad de estos derechos a lo largo del tiempo, la Constitución de 1980 establece que toda modificación al capítulo III requiere

⁵ Se debe destacar que el artículo 43 incluye restricciones a la propiedad privada en caso de estado de asamblea: “Por la declaración de estado de asamblea, el Presidente de la República queda facultado para... y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad”.

⁶ La formulación de uso, goce y disposición fue tomada del Código Civil.

⁷ Para un análisis de las aguas y la minería en la Constitución, ver capítulo VI.

ser aprobada por 2/3 de los congresistas en ejercicio en cada Cámara. La Constitución de 1980 ha sido reformada más de 40 veces y, a pesar del alto *quorum* exigido, el capítulo III, sobre derechos y deberes, ha sido modificado 12 veces y dentro de él, el artículo 19 fue cambiado ocho veces. Sin embargo, el numeral 24 sobre los derechos de propiedad no ha sufrido alteración alguna.

3. EVIDENCIA COMPARADA

3.1. *Constituciones de países seleccionados*

En prácticamente todas las constituciones del mundo se consagra el derecho a la propiedad privada. Como se señaló al inicio de este artículo, en Francia el derecho de propiedad quedó plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 y forma parte integral de la Constitución de 1958. En el caso de Estados Unidos, el derecho de propiedad se consagra en la Bill of Rights (1791), que constituyó la primera modificación o enmienda a la Constitución de 1788. La Quinta Enmienda establece en parte que a las personas “no se les privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial”. A continuación, se encuentra también el texto respecto a la expropiación: “Tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa”.

En Inglaterra, el derecho de propiedad se remonta a la Carta Magna de 1215, que contempla los derechos de los ciudadanos de poseer y heredar propiedades. Su cláusula 39 dice: “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes (...), sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino”.

En Alemania, el artículo 14 de la Constitución (1949) establece el derecho a la propiedad de la siguiente forma: “La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites estarán determinados por las leyes”. Pero exige ciertos deberes a partir de ella: “La propiedad implica obligaciones. Su uso debe servir al bien común”. Es decir, se le exige un rol social a la propiedad: servir el bien común. Además, el numeral 3 del mismo artículo condiciona el derecho del Estado a expropiar: “La expropiación está permitida solo por razones de bien común. Podrá ser efectuada solo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización, quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios”.

En España, por su parte, en el artículo 33, numerales 1, 2 y 3, se lee: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia; 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes; 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por la leyes”.

En las constituciones de América Latina, el tratamiento es similar a los casos anteriores. En Brasil, por ejemplo, el derecho a la propiedad y el marco para la expropiación están instituidos en el artículo 5, numerales 22 y 24, respectivamente, de la siguiente forma: “Se garantiza el derecho a la propiedad”; “La ley establecerá el procedimiento para la expropiación por causa de necesidad o utilidad pública, o por interés social, mediante justa y previa indemnización en dinero, salvo los casos previstos en esta Constitución”.

En Uruguay, en el artículo 7 de la Constitución, se precisan los derechos fundamentales, señalando que “los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”. Luego, en el artículo 32 se expone sobre el derecho de propiedad y su protección de la expropiación con mayor detalle: “La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación”.

Solo en algunos países de la Commonwealth, en que la Constitución es minimalista, este derecho no está en la Carta Fundamental, aunque sí en las leyes. En Nueva Zelanda, por ejemplo, no está en la Constitución, aunque sí está el tema de la expropiación. En efecto, en el *Bill of Rights* (que tiene rango constitucional), en su número 21, se especifica: “Toda persona tiene derecho a estar segura contra... la confiscación irrazonable, ya sea de la persona, propiedad”. En Canadá, por otra parte, el derecho de propiedad no se encuentra consagrado en los documentos de carácter constitucional, sino que en el *Bill of Rights* de ese país, que en este caso no cuenta con dicha categoría. En este se hace alusión, en el número 1a, al derecho de propiedad y a la defensa ante la expropiación: “El derecho (...) al goce de la propiedad, y el derecho a no ser privado del mismo excepto por el debido proceso legal”. No obstante, en el Canadian Charter of Rights and Freedoms, que sí tiene carácter constitucional, se hace alusión a una defensa contra la expropiación arbitraria en el número 8: “Toda persona tiene derecho a estar segura frente a búsquedas o incautaciones irrazonables”.

La definición del derecho a la propiedad privada es similar en todos los países occidentales que revisamos. En algunos está definido en la Constitución y en otros en las leyes, principalmente el Código Civil. En España, por ejemplo, se define en la ley. En el Código Civil (artículo 348), el derecho de propiedad es “el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. Similar es la experiencia francesa, en la que el Código Civil (artículo 544) determina “el derecho a disfrutar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos”.

3.2. Categorización del derecho de propiedad y de expropiación

A continuación tomamos una serie de países y los categorizamos según dos criterios. El primero se refiere a si el derecho a la propiedad privada está o no garantizado en la Constitución y, en el caso que estuviere, si existen deberes asociados a dicha propiedad y si hay tratamiento especial para algunos bienes. Si no está en la Constitución le asignamos 0; si está un 1; si está en la Constitución y además tiene asociado deberes un 2, y si está, tiene asociado deberes y tiene tratamiento especial para algunos bienes un 3. A Chile, por ejemplo, le asignamos un 3, al igual que a Alemania (hay un tratamiento especial al suelo, recursos naturales y medios de producción, detallado en el artículo 15), Bolivia (artículo 399, sobre predios agrícolas) y Brasil (artículos 184 a 186, sobre propiedad rural). A Estados Unidos, al igual que Francia, se le asigna un 1, en cuanto la propiedad privada está garantizada en la Constitución, pero no hay deberes ni tratamiento especial para algunos bienes en la misma.

Una segunda categorización dice relación con la expropiación. Si en la Constitución dice que debe estar amparada por una ley se le asigna el número 1; si además se establece que el pago debe ser previo al traspaso de la propiedad, un 2 (2+ si también se puede exigir el pago en efectivo); si a lo anterior se le agrega que el expropiado puede recurrir a tribunales si no está de acuerdo con la oferta o con algún término, un 3. Finalmente, si se cumplen conjuntamente los dos anteriores, es decir, el pago debe ser previo a la expropiación y además se puede recurrir a tribunales, un 4 (4+, si se puede exigir el pago en efectivo). De esta forma, Chile está clasificado en 4+, puesto que la Constitución dice que la expropiación debe estar amparada por una ley, el pago debe ser previo a la toma de posesión del bien, existe la posibilidad de recurrir a tribunales y se puede pedir el pago en efectivo (artículo 19, numeral 24). Alemania, a su vez, sería 3, ya que la Constitución no establece que el pago debe ser previo,⁸ pero sí la posibilidad de recurrir a tribunales. A

⁸ Nótese que ello no implica que tampoco esté en la ley.

Estados Unidos lo clasificamos en 1, porque en la Constitución hay una alusión a una compensación justa, lo que en la práctica se traduce en una ley al respecto.⁹ Francia sería 2, porque la protección se encuentra en la Constitución, debe ser amparada por una ley y se habla de “una indemnización justa y previa”. En España la categoría es 1, en cuanto la Constitución precisa que la expropiación deberá estar amparada por una ley.

En el cuadro v.1 se presentan las clasificaciones que hemos dado a un grupo de países, basados en los dos criterios mencionados.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

En prácticamente todas las constituciones del mundo está garantizado el derecho de propiedad. En algunas se introduce como obligación de la propiedad el servir al bien común o tener una función social. Consideramos que es importante que, aunque es una limitación a la propiedad, se mantenga en nuestra Constitución.¹⁰ Cabe destacar que esta calificación viene de la Constitución de 1925. La posibilidad de que el Estado expropie y pague un precio justo, es también característica común de las constituciones analizadas. En efecto, en casi todas se establece que la expropiación debe ser amparada por una ley, en muchas se refiere a un precio justo y pago previo al traspaso de la propiedad. En vista de ello, y de la tradición chilena, nuestras propuestas son:

- a) Mantener el derecho de propiedad en la Constitución, incorporando, tal como está en la actualidad, su función social.
- b) En cuanto a la expropiación, mantener el actual texto, en el sentido que señala que debe ser en virtud de una ley por causa de utilidad pública o de interés general de la Nación.
- c) En cuanto a la indemnización por la expropiación, mantener que sea:
 - Antes del traspaso de la propiedad.
 - Al contado, si no hay acuerdo en contrario.
 - A un precio acordado.
 - Con la posibilidad de recurrir a la justicia, para reclamar las condiciones de la expropiación.

⁹ En Estados Unidos, en general, los procesos de expropiación se rigen por leyes estatales.

¹⁰ En el texto constitucional propuesto por la presidenta Bachelet se habla de función social y de bien común, esto último siguiendo la formulación alemana.

CUADRO V.1. *Clasificación de países respecto del tratamiento constitucional de la propiedad privada y de la expropiación*

<i>País</i>	<i>Clasificación propiedad privada</i>	<i>Clasificación expropiación</i>
Alemania	3	3
Argentina	1	4+
Australia	0	1
Bolivia	3	2
Brasil	3	2+
Canadá	0	1
Chile	3	4+
España	2	1
Estados Unidos	1	1
Francia	1	2
Nueva Zelanda	0	1
Perú	2	4+

Nota: las categorías del derecho a propiedad privada corresponden a 0 si no se encuentra en la Constitución, 1 si se encuentra garantizada en la Constitución, 2 si se encuentra garantizada y existen requisitos o deberes asociados a ella, y 3 si además de lo anterior se da un trato especial a cierto tipo de bienes. Las categorías de la expropiación corresponden a 1 si la expropiación debe ser amparada bajo una ley o no puede ser arbitraria, 2 si además de ampararse bajo una ley el pago debe ser previo (+ si este debe ser o se puede exigir en efectivo), 3 si aparte de ampararse por ley se entrega la posibilidad de recurrir a tribunales en caso de que el afectado quiera disputar la oferta, el pago o la expropiación en sí, y 4 si contempla las dos anteriores de manera conjunta (+ si el pago puede ser exigido o debe ser en efectivo). Las clasificaciones pueden tener algo de arbitrario, ya que quedan a discreción de los autores en algunas materias.

Fuente: construcción de los autores en base a Elkins *et al.* (2015) y a las constituciones de los distintos países.

5. REFERENCIAS

- Arancibia Mattar, J. (2020). Constitución Política de la República de Chile. Edición Histórica. Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy. Universidad de los Andes y *El Mercurio*, 27 de septiembre. Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html>
- Constituciones de diferentes países.
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).
- De Soto, H. (1987). *El otro sendero*. Lima: Editorial Sudamericana.

- Elkins, Z., Melton, J. y Ginsburg, T. (2015). The constitute project. Visitado en abril de 2020.
- Locke, J. (1689). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*.
- Ossa, J. L. (2020). *Chile constitucional*. Santiago: Fondo de Cultura Económica y Centro de Estudios Públicos.

6. COMENTARIOS DEL RESTO DE LOS AUTORES A LA PROPUESTA

Resumen

Suscriben: Sebastián Claro, Pablo Correa, Andrea Repetto, Jorge Rodríguez y Rodrigo Valdés.

Suscriben con reserva: Sylvia Eyzaguirre y Claudia Sanhueza.

Comentarios específicos

- Sylvia Eyzaguirre
Comparto la propuesta de los autores en materia de propiedad privada. Sin embargo, considero que no es suficiente para resguardar la libre disposición de los bienes. Estoy de acuerdo en que la función social de la propiedad impone límites a su disposición, pero la legislación actual restringe de forma severa la disposición de los bienes en lo que respecta a las donaciones y la herencia, sin ser evidente la función social que se busca proteger. En materia de donación, la legislación exige el visto bueno de un juez para poder realizar la donación (trámite de insinuación), y en materia de herencia solo se dispone de un cuarto de los bienes para su libre disposición. En esta línea, considero importante reforzar el actual principio de libre disposición de la propiedad privada en la Constitución sin entrar en detalles, de manera que las restricciones impuestas por la actual legislación a las donaciones y herencia sean en el futuro consideradas inconstitucionales.
- Claudia Sanhueza
En línea con la perspectiva del derecho constitucional comparado,¹¹ en mi opinión la regulación de la expropiación debe ser más bien

¹¹ Guiloff, M. y C. Salgado. (2020). *Derecho de propiedad, en Manual de Derechos Fundamentales. Parte Especial*. Santiago: Editorial Tirant Lo Blanch.

breve, limitándose a señalar que nadie puede ser privado de su propiedad sin el pago de indemnización y estableciendo la necesidad de fundamentar dicha intervención en una determinada causa, que puede ser, entre otras, el uso público, la utilidad pública y el interés general. Estableciendo la necesidad de una ley, en la cual se establezca la posibilidad del afectado de impugnar el acto administrativo expropiatorio, así como el monto de la indemnización, su forma y oportunidad de pago.

CAPÍTULO VI

AGUA Y MINERÍA EN LA CONSTITUCIÓN

*Andrea Repetto**, *Claudia Sanhueza*** y *Rodrigo Valdés****

RESUMEN

ESTE CAPÍTULO analiza qué debería contener la Constitución respecto del agua y de la minería. La mayoría de las constituciones más actuales en el mundo se refieren a la propiedad de estos y otros recursos naturales. Chile no es una excepción. Sobre la minería, la Constitución establece la propiedad estatal y el permiso de exploración y explotación por parte de privados a través de concesiones, las que obligan a los dueños a desarrollar la actividad para satisfacer el interés público. En el caso del agua, otorga propiedad a los dueños de los derechos que hayan sido reconocidos o constituidos en conformidad a la ley.

El artículo propone un conjunto de principios orientadores para la regulación de estos recursos: 1) que se trata de recursos de propiedad de la Nación toda; 2) que su explotación puede ser realizada por el Estado o por privados con límites y orientaciones: a) en el caso del agua, proteger el consumo humano y de cuencas y ecosistemas; b) una vez resguardados los usos fundamentales, se debe permitir su uso y asignación más eficiente, tomando en cuenta todos los costos y beneficios sociales de su explotación; y c) si hay rentas *ex ante*, estas deben ser apropiadas de manera relevante por el Estado; y 3) que los eventuales cambios legislativos consideren los costos de transitar de un régimen a otro, incluyendo compensaciones si corresponde.

Acerca de la minería, no se sugiere realizar cambios sustantivos a la Constitución, pues el texto actual ya contiene las ideas de los lineamientos

N. de los A.: Los autores agradecen las útiles conversaciones y la paciencia de Guillermo Donoso, Carlos Estévez, Andrés Gómez-Lobo, Diego Pardow, Daniela Rivera y Lucas Sierra. De igual forma, agradecen a los demás autores de este libro por sus comentarios y por las fructíferas discusiones. Los errores en este capítulo son de nuestra responsabilidad.

* Escuela de Gobierno, Universidad Adolfo Ibáñez.

** Centro de Economía y Políticas Sociales, Universidad Mayor.

*** Escuela de Gobierno, Pontificia Universidad Católica de Chile.

orientadores propuestos. Sin embargo, se propone perfeccionar la regulación minera a nivel legal, para alinearla al espíritu de los principios constitucionales.

En relación con el agua, se propone que la Constitución establezca que es un bien nacional de uso público, cuyo uso se hará conforme a la ley con dos limitaciones explícitas constitucionales: 1) se debe asegurar el derecho humano al consumo de agua, y 2) es necesario el resguardo ecológico de las cuencas y protección de los ecosistemas. Se propone mantener el concepto actual de derechos de aprovechamiento de aguas, aunque Repetto y Sanhueza consideran innecesario que se mantenga en la Constitución, mientras Valdés propone mantenerlos en ella. Sobre el Código de Aguas, se sugiere actualizarlo, con el fin de asegurar una gestión integrada efectiva de las cuencas, posibilitar limitaciones proporcionales sobre los derechos y lograr un mercado más transparente.

1. INTRODUCCIÓN

El agua y los recursos minerales, junto a otros recursos naturales, son bienes que las sociedades tratan de manera diferente a la mayor parte de los demás. Por un lado, son bienes considerados como de propiedad de todos o de propiedad común (o, alternativamente, están bajo el cuidado de todos). Por el otro, en función de este tipo de propiedad, las soluciones de mercado no son siempre fáciles de establecer y/o pueden llevar a resultados socialmente indeseables.¹

Al tratarse el agua de un bien nacional de uso público (BNUP),² la asignación de su uso a través del mercado, sin reglas precisas de quién puede aprovecharla, arriesga su sobreexplotación cuando es escasa, un dilema conocido en la literatura económica como “la tragedia de los comunes”. En el caso de la minería, la definición de derechos de propiedad admite múltiples alternativas, desde un bien que pertenece al dueño del terreno donde se encuentra, hasta un bien de propiedad de la Nación toda.

Distintos países, posiblemente por motivos estratégicos, dan a estos recursos un carácter de propiedad común. En efecto, así como puede ser deseable proteger algunos de estos bienes comunes para usos específicos

¹ En este capítulo usamos la idea de costos y beneficios sociales de manera amplia; esto es, incluyendo costos y beneficios privados y lo referente a efectos sobre la naturaleza y la ecología, y sobre las generaciones que aún no nacen, entre otros. Sería indeseable la explotación de algo que produce más costos que beneficios sociales.

² Un BNUP es un bien de propiedad común, rival y excluible, aunque posiblemente con dificultades. Esto es, su uso por parte de una persona reduce la disponibilidad de este para otros y, a la vez, no es fácil excluir a otros de su uso.

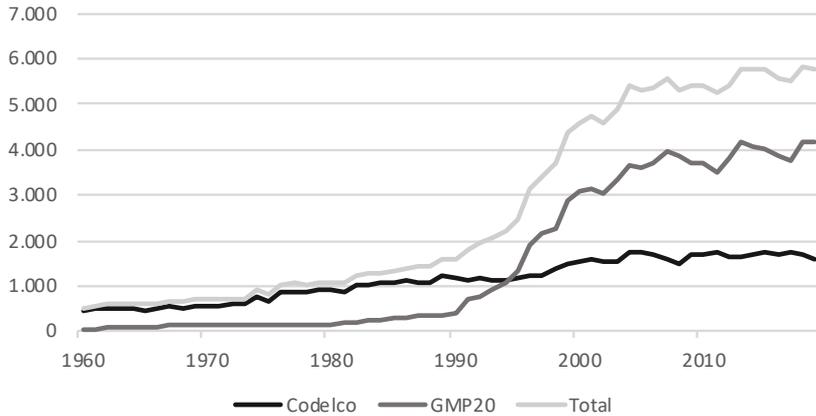
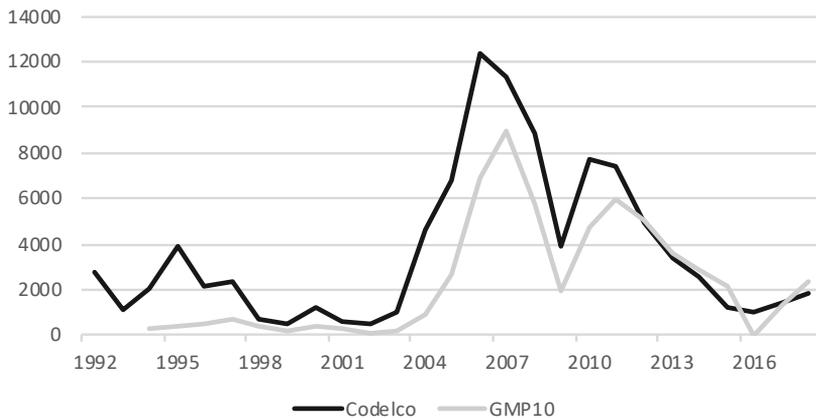
(por ejemplo, preservar el agua para uso humano y resguardo del medio ambiente), puede ser deseable cuidar los recursos mineros por motivos de defensa nacional o asignarlos de manera de garantizar la apropiación estatal de las rentas asociadas. En este capítulo se analiza el caso de estos dos bienes y su tratamiento en la Constitución actual, además de la historia constitucional chilena al respecto, la evidencia comparada y, finalmente, una propuesta para una nueva Constitución.

2. ANTECEDENTES Y EXPERIENCIAS DE INTERÉS

Una revisión de las constituciones en el mundo muestra que, en el año 2013, un 59% de aquellas vigentes hacía alguna mención a la propiedad de los recursos naturales (ver base de datos Comparative Constitutions Project). La fracción es del 46% en el caso de países pertenecientes a la OCDE. Cuando se limita la muestra de países a aquellos que la han reformado después del año 2000, la proporción sube al 64%. Asimismo, al revisar cuáles son esos recursos naturales cuya propiedad se regula en la Constitución, al menos en parte, se obtiene que un 45% de las constituciones vigentes al 2013 mencionaban la minería, un 56% la energía y un 51% los cursos de agua. En la OCDE las fracciones respectivas eran de 50%, 50% y 58% al año 2013. En suma, no es extraño tener regulaciones de estos ámbitos en una Constitución.

2.1. Minería en Chile y en países ejemplares

La pregunta de qué elementos incluir en una nueva Constitución respecto del tema minero debería considerar su relevancia para Chile, la realidad del sector en la actualidad y su historia reciente. Hay al menos tres hechos a destacar. Primero, hasta 1989 la producción de cobre era dominada por Codelco, que representaba cerca del 80% del total. A partir de 1990, la minería privada eleva su participación de manera significativa, fluctuando en torno a 70% en los últimos años (gráfico VI.1). Es un hecho que la minería privada es un sector relevante hoy.

GRÁFICO VI.1. *Explotación de cobre en Chile*A) *Producción física (miles de TM)*B) *Contribución total al fisco (US\$ millones de 2018)*

Nota: entre 1995 y 2018, la contribución promedio al fisco representó un 12% de los ingresos fiscales totales, con un mínimo de 1,8% (en 2016) y un máximo de 34% (en 2006). Las contribuciones por royalty han representado un 6% de la contribución de la minería desde que se estableció en 2006, con un máximo de 9% en 2016.

Fuente: Cochilco. GMP10 (20) corresponde a las 10 (20) empresas de la Gran Minería Privada del cobre.

Segundo, en las últimas dos décadas, y dependiendo del precio, las rentas del cobre (calculadas como la diferencia entre el valor de ventas menos el valor de los costos de producción) han sido significativas. De acuerdo al Banco Mundial (World Development Indicators 2020), ellas han fluctuado entre 10 y 20% del PIB por año, y en términos relativos son mayores que en países como Australia y Perú.

Tercero, las contribuciones de la minería del cobre al fisco han fluctuado significativamente estos últimos años, como reflejo de los movimientos del precio del metal y muy probablemente seguirán cambiando por las modificaciones tributarias recientes. En el peak del precio del cobre, en 2006 y 2007, las contribuciones fueron aproximadamente US\$20 mil millones al año (en dólares de 2018). En los años recientes han sido menores, del orden de US\$3 mil millones al año, pero con la minería privada finalmente contribuyendo algo más que Codelco (Comisión Chilena del Cobre, varios años). Hacia adelante, las contribuciones dependerán de los precios y costos, pero cabe mencionar que los cambios tributarios están modificando significativamente las tasas efectivas pagadas. Entre los más relevantes están el aumento del impuesto corporativo, revisiones al royalty y el vencimiento de invariabilidades tributarias. De acuerdo con un estudio de EY (2018), la tasa de impuesto efectiva para la minería de cobre era solo 19% entre 2006 y 2011, y en la actualidad llegaría a 43%, muy por encima de Canadá (22%) y Perú (35%), aunque por debajo de Australia (52%). La estimación de la tasa de impuesto efectiva para el caso del cobre en Suecia (el país europeo con mayor minería metálica y de hierro) es 22%.³

¿Cómo se organiza la minería en otros países? Revisados los casos de Australia, Canadá, Suecia y Noruega (petróleo), se puede establecer que ninguno menciona los recursos mineros en su Constitución nacional, aunque los dos primeros sí lo hacen en algunas de sus constituciones regionales, que es el nivel donde se cobran los royalties. Asimismo, la organización de la producción varía, aunque el sector estatal no tiene un rol protagónico. En Australia y Canadá las empresas son básicamente privadas. En Suecia y Noruega hay empresas privadas y otras de propiedad mixta.

2.2. El agua en Chile, Israel y Australia

Los instrumentos principales para regular el acceso al agua pueden ser de dos tipos: 1) permisos de extracción, usualmente con límites en el destino de uso del agua, y 2) derechos de propiedad sobre su uso, como son los Derechos de Aprovechamiento de Aguas (DAA) que existen en Chile (Donoso, 2018). Una vez otorgado el derecho, este puede ser reasignado sobre la base

³ Hojem (2015).

de decisiones de organizaciones de usuarios, o a través del mercado (compra y venta, negociaciones bilaterales). Por definición, los DAA separan el derecho a uso del agua de la propiedad tierra. En Chile, además, se permite destinar el derecho a uso de las aguas a las finalidades que desee el propietario (con algunas restricciones) así como transarlo.⁴

En el caso del agua, son dos las experiencias que parecen especialmente interesantes para Chile: Israel y Australia, países que han estado en situación de escasez hídrica y lograron establecer reglas efectivas.

Por su ubicación geográfica y condiciones climáticas, Israel ha tenido históricamente problemas de disponibilidad de agua. Aunque su Constitución (las llamadas “leyes básicas”) no menciona el agua, una ley de 1959 dispuso que los recursos hídricos son de propiedad pública, y se encuentran bajo el control del Estado y al servicio de las personas y de los planes de desarrollo del país. Por lo mismo, los derechos individuales sobre la tierra no le otorgan al propietario derechos sobre el agua que pase por sus predios (el agua está separada de la tierra).

Asimismo, en Israel existe una Comisión de Agua, que determina las políticas del agua, el establecimiento y asignación anual de cuotas de aguas (revisables), las escalas de precios variables según el sector, la planificación y desarrollo del recurso, así como la prevención de la contaminación, la conservación y drenaje de suelos, el reciclaje de aguas servidas y la explotación del agua salada. Esta Comisión de Agua asigna los derechos de aguas para consumo y producción por medio de una licencia, la cual otorga derechos y obligaciones. Los derechos otorgados solo pueden caducar por cambio del propósito original de su uso.

Por su parte, Australia es también un país con alto estrés hídrico, pero que ha logrado un marco regulatorio que combina un mercado de agua con objetivos de interés público.⁵ Su Constitución solo menciona que “el Estado no podrá, mediante ninguna ley o reglamento, restringir el derecho de un Estado o de sus residentes al uso razonable de las aguas de los ríos para la conservación o irrigación”. El agua es un recurso público que pertenece a la Corona y es administrado por el ministerio correspondiente de cada estado o territorio, de modo que los estados son los responsables de establecer y gestionar la política relativa al agua.

Los derechos de aguas (como los DAA) representan un derecho permanente para acceder a una cantidad determinada de uso (volumen), el que se puede modificar frente a situaciones de escasez. Su precio es fijado por el mercado. Paralelamente, existe la posibilidad de arriendo, mecanismo

⁴ La separación agua-tierra no conversa bien con la cosmovisión de algunos pueblos originarios. Este es un tema que no abordamos en nuestra propuesta pero que discutimos más abajo.

⁵ Fundación Newenko (2019) y Settre y Wheeler (2019).

que puede ser utilizado o comercializado por su propietario de acuerdo con las condiciones estacionales. Tanto los derechos de agua y los arriendos de agua pueden venderse, lo que hace que existan dos mercados de agua paralelos: un mercado permanente, donde las personas compran y venden sus participaciones de largo plazo o derechos de agua, y un mercado temporal, donde quienes tienen licencias de derechos de agua negocian volúmenes del recurso sobre una base diaria. Este mercado opera principalmente cuando, a falta de disponibilidad del agua, los estados deben reducir la cantidad de uso de los titulares de los derechos respectivos.

Los principales depósitos de agua en Australia se encuentran en la cuenca Murray-Darling. A raíz de la llamada “Sequía del Milenio” (1995-2012), el país hizo una reforma profunda a la gestión del agua. En el 2007, mediante el Commonwealth Water Act, se aprobó la idea de que el agua de la cuenca Murray-Darling fuera administrada de acuerdo con los intereses nacionales. La normativa estableció un límite sustentable de extracción de agua en dicha cuenca y definió un marco para una inversión significativa en recuperación de agua para el medio ambiente, a través de programas de compra de derechos de agua y proyectos de eficiencia hídrica.

En Chile la disponibilidad de agua es esencial, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de la industria agrícola y forestal.⁶ Sin embargo, en condiciones de escasez, estos usos compiten por el acceso. En Chile, la creciente escasez⁷ ha sido profundizada por la sobreexplotación del recurso y el sobreotorgamiento de los derechos de aprovechamiento de agua, lo cual ha provocado una escasez de agua potable en aldeas rurales y conflictos socioambientales entre comunidades locales e indígenas, y las empresas.⁸

Entre las controversias emblemáticas se encuentra una entre propietarios y la empresa hidroeléctrica Endesa, cuyos derechos de agua otorgados en las cuencas del río Baker y Pascua podían generar una restricción a la disponibilidad de aguas de usuarios ribereños.⁹ Otro caso con importante

⁶ Considerando toda el agua disponible, la agricultura utiliza un 37% del total, la industria forestal un 59%, la minería un 1,3% y el agua potable un 2%. Sin embargo, si solamente se considera las aguas superficiales y subterráneas, el 88% del consumo es de la agricultura, el 3,8% de la minería y el 6,3% del agua potable. Ver Fundación Chile (2018).

⁷ Una de las consecuencias del cambio climático para Chile es que, por su ubicación y características geográficas, el territorio es propenso a sequía y desertificación. De hecho, es el país número 18 en el ranking mundial de estrés hídrico y el primero en categoría “estrés hídrico alto” (World Resources Institute, 2019), después de 17 países en categoría de “estrés hídrico extremo”.

⁸ Fundación Chile (2018, 2019) y OCDE (2018).

⁹ La Comisión Preventiva Central de Defensa de la Libre Competencia pidió a la Dirección General de Aguas (DGA) “abstenerse de aprobar nuevos derechos no consuntivos, mientras no exista un mecanismo legal y/o reglamentario que asegure un adecuado uso de las aguas, a

presencia pública es el de la zona de Petorca, donde hubo un sobreotorgamiento de derechos de agua, a lo que se agregó una sequía de las fuentes superficiales de los ríos La Ligua y Petorca, y una sobreexplotación desigual de las fuentes subterráneas.¹⁰ Actualmente, en las comunas de Petorca, Cabildo y La Ligua, más de un 20% de la población está sin acceso a agua potable para consumo humano.¹¹ Por último, está el problema con las plantaciones forestales en la zona centro sur del país, las que han reemplazado bosque nativo por monocultivo. Hay estimaciones que indican que esto ha provocado una disminución de la disponibilidad de agua en las cuencas de la zona de entre 10-50%, según la calidad del suelo.¹²

Aunque la reasignación de los DAA facilita el uso económicamente eficiente del agua, en Chile habría una limitada reasignación intersectorial.¹³ Además, el funcionamiento del mercado dista de ser perfecto: existe descoordinación de las instituciones a nivel de cuenca y una información limitada, fraccionada y contradictoria, que genera desconfianza entre algunos de los actores. También hay una limitada fiscalización a los usuarios y extracciones ilegales de agua, y un marco normativo institucional inadecuado para la gestión integrada del recurso hídrico en la cuenca, entre otros.¹⁴ Adicionalmente, los mercados de agua son más frecuentes en áreas de escasez, fundamentalmente impulsados por la demanda de usos de agua de alto valor y facilitados por las Organizaciones de Usuarios de Agua.¹⁵

La regulación también impone límites a la acción del mercado. Por ejemplo, cuando la transferencia implica un cambio de ubicación del punto de extracción, esta debe ser autorizada por la Dirección General de Aguas (DGA), con el fin de prevenir efectos negativos sobre terceros y/o el medio ambiente. La autoridad también tiene la facultad de dictar un conjunto de decretos que limitan el uso irrestricto de los DAA: la Declaración de Zona de Escasez, la Declaración de Agotamiento, la Declaración de Área de Restricción de Aguas Subterráneas, la Declaración de Zona de Prohibición y el Decreto de Reserva de Caudales.

Se aprecia, por último, cierta tensión política a partir de la asignación de derechos que tienen valor y la sospecha de acaparamiento y especulación.¹⁶

menos que se trate de proyectos específicos de interés general que así lo justifiquen”. Más adelante, la empresa renunció a un conjunto de solicitudes de derechos de agua en la zona central y a derechos constituidos en la zona austral.

¹⁰ Budds (2009) señala que el modelo hidrológico para determinar el caudal de aguas subterráneas falló por diversas razones, sobreotorgándose derechos de aguas subterráneas.

¹¹ Muñoz *et al.* (2020).

¹² Álvarez-Garretón *et al.* (2019).

¹³ Donoso (2018).

¹⁴ Fundación Chile (2019).

¹⁵ Donoso (2018).

¹⁶ Fundación Chile (2019).

Como regla general, los DAA fueron otorgados originalmente de manera gratuita, pudiendo ser “constituidos”, concesionados por la DGA, o “reconocidos”. Estos últimos corresponden a aquellos que fueron inicialmente reconocidos por su uso histórico. Una vez constituido o reconocido el derecho, este ingresa al patrimonio del particular, tiene una duración indefinida y goza de intangibilidad (no caducidad). Desde 2005 existe un pago de patente por la no utilización de los DAA.¹⁷

3. ¿QUÉ DICE LA CONSTITUCIÓN Y LA TRADICIÓN LEGAL?

3.1. Minería

La presencia de la minería en la tradición constitucional chilena se inicia recién en 1967, con la reforma que modifica sustancialmente el numeral del derecho a propiedad (ver capítulo V). Ni la Constitución de 1833 ni la de 1925 trataron en su origen el tema de manera explícita.

La reforma de 1967 hay que entenderla en el contexto de una discusión mayor, que incluía la chilenización de la gran minería del cobre y una profundización de la Reforma Agraria. En 1966, el Estado había comprado participaciones en las mayores compañías mineras privadas extranjeras, y firmó contratos ley por 20 años, lo que dejaba una parte mayoritaria del cobre bajo explotación privada.¹⁸ La reforma de 1967 incluyó, para el tema en cuestión, un inciso clave que establecía que:

Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país.

Esta formulación evidentemente incluía los recursos mineros, aunque no los mencionaba explícitamente.

¹⁷ En 1992, el Ejecutivo presentó una reforma al Código de Aguas para incorporar la caducidad por la no utilización. Sin embargo, finalmente ello derivó en una indicación de cobro de patentes. Cabe destacar que esta fue presentada ante el Tribunal Constitucional que señaló que el cobro no tenía problemas de inconstitucionalidad (sentencia Rol N°260 de Tribunal Constitucional, 13 de octubre de 1997).

¹⁸ La gran minería comprendía a aquellas compañías que producían más de 75 mil toneladas métricas (TM) de concentrado al año en 1967. Como referencia para evaluar el tamaño de la minería en esa época, en 2018 la producción de Codelco fue de un millón 800 mil TM. Chuquicamata produjo casi 700 mil TM en 2004 y poco más de 300 mil TM en 2018.

El cambio mayor, sin embargo, devino en la reforma constitucional de 1971, que nacionalizó los recursos mineros (excepto las arcillas superficiales) y que se aprobó por unanimidad en el Congreso. La nacionalización de la gran minería del cobre se implementó a través de artículos transitorios, pero también se incluyeron importantes artículos permanentes a la Constitución.¹⁹ Específicamente, se adicionó, al artículo mencionado que se incorporó en 1967, la posibilidad de nacionalizar junto al concepto de reservar, es decir, dejar no asignado para uso futuro. También se incluyó artículos que determinaban los criterios de compensación en una nacionalización de un yacimiento existente y la posibilidad de extinguir contratos ley cuando lo exigiera el interés nacional (texto que evidentemente no sobrevivió en la Constitución de 1980).

Ahora bien, cabe destacar que la reforma de 1971 estableció que el Estado pasaría a ser dueño de todos los recursos mineros y, también, que tendría la posibilidad de concesionar (a privados) la exploración y explotación de la minería. El texto mismo y los principios son relevantes porque, como se verá, tienen gran similitud con la Constitución de 1980:

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

La ley determinará qué sustancias [con excepción de los hidrocarburos] podrán ser objeto de concesiones de exploración o de explotación, la forma y resguardos del otorgamiento y disfrute de dichas concesiones, la materia sobre que recaerán, los derechos y obligaciones a que darán origen y la actividad que los concesionarios deberán desarrollar en interés de la colectividad para merecer amparo y garantías legales. La concesión estará sujeta a extinción en caso de no cumplirse los requisitos fijados en la ley para mantenerla.

La ley asegurará la protección de los derechos del concesionario y en especial de sus facultades de defenderlos frente a terceros y de usar, gozar y disponer de ellos por acto entre vivos o por causa de muerte, sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior [...].

¹⁹ La nacionalización compensaría el valor libro de las inversiones, pero descontaría los excesos de rentas (“rentabilidades excesivas”) que las empresas hubieran apropiado, la que calcularía la Contraloría General de la República, y resultarían mayores al valor libro indicado.

El número 24 del artículo 19 de la Constitución actual establece algo muy parecido. Específicamente:

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Corresponde a la ley determinar qué sustancias [con excepción de los hidrocarburos] pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional [...]. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo [...] tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad en caso de incumplimiento [...].

Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones.

En el caso de sustancias no susceptibles de concesión (como el litio en la actualidad), la Constitución considera la posibilidad de que la exploración y explotación sean realizadas directamente por el Estado o por privados, a través de una concesión administrativa, la que le otorga al Presidente de la República la posibilidad de poner término al contrato sin expresión de causa, pero con la indemnización que corresponda.

En suma, existe una notable continuidad entre la Constitución reformada en 1971 y la actual, en términos de 1) establecer que los recursos mineros pertenecen al Estado y 2) permitir su exploración y explotación por parte de privados a través de concesiones. Particularmente relevante es la idea de que “la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”, concepto que, nos parece, no tiene ninguna materialización práctica relevante en la Ley Orgánica Minera actual.

3.2. Agua

Por su relevancia tanto para la vida humana como para el desarrollo económico, los recursos hídricos aparecen en las más antiguas legislaciones mundiales. Chile no es la excepción: un Decreto Supremo de 1819, promulgado por Bernardo O'Higgins, estableció un precio por cierta cantidad de agua, instaurando implícitamente que era un BNUP que se entregaba para un uso particular. De ahí en adelante, las leyes para regular el uso de las aguas fueron abundantes. Sin embargo, tanto la Constitución de 1823 como la de 1833 y la versión original de 1925, no la mencionan.

El Código Civil de 1855 indicaba que “los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público”, con excepción de “las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estas a los herederos y demás sucesores de los dueños”. Además, el gobernador del departamento respectivo tenía la competencia para otorgar mercedes de aguas, cuyo titular tiene el permiso para extraer agua de un río. Posteriormente, las atribuciones que se otorgaban al Ejecutivo para dirimir pleitos pasaron “al Juez Letrado más inmediato al río en cuestión”, sustituyendo de esta forma el carácter administrativo de estos juicios por la intervención de la justicia.

El primer Código de Aguas, de 1951, entró en vigencia tras una larga tramitación legislativa (proyecto presentado en 1936). Comprendió tanto las aguas terrestres como las marítimas, y definió el derecho de aprovechamiento como “un derecho real que consiste en el uso y goce y disposición de las aguas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código”. Señalaba, al mismo tiempo, que el ejercicio del derecho de aprovechamiento debía hacerse “por medio de obras aparentes, aunque su uso no fuera continuo”. Además, establecía que la enajenación de estas aguas separadamente del inmueble solo procedía con autorización judicial y en casos expresamente señalados por dicho código. El derecho de uso era, por lo tanto, un derecho real, gratuito, ilimitado en el tiempo, de libre comercio, aunque no era un derecho de libre uso, pues solo se podía destinar a los fines para los cuales había sido concedido.

Igual que en el caso de la minería, la reforma constitucional de 1967 sobre el régimen de propiedad privada y la posibilidad de la expropiación de predios agrícolas significó un giro relevante. Para el agua estableció:

La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas

expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y solo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

En línea con el cambio constitucional, la ley de Reforma Agraria introdujo cambios al Código de Aguas, al establecer que el derecho de aprovechamiento era un “*derecho real administrativo*”²⁰ y que el Estado debía ejercer una fiscalización para la conservación y máxima utilización de las aguas en beneficio de la comunidad. Así, se otorgaría el derecho únicamente al particular que necesitara de las aguas y las debía usar exclusivamente para los fines que las solicitó. Cuando fueran varios los que solicitaran aguas del mismo caudal, el problema se resolvería a favor de los que las solicitaban para fines prioritarios. Se dejaba en manos de la burocracia un poder significativo, pues era ella la que establecía derechos y prioridades.

El ordenamiento jurídico actual se basa en un conjunto de leyes y reglamentos que parte del reconocimiento del derecho de aprovechamiento como una propiedad (incorporal) privada. Específicamente, el artículo 19 número 24 de la Constitución señala que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Este texto, corto y preciso, nació de una reforma de 1979 del Acta Constitucional N°3 de 1976, que originalmente había incluido dentro de los derechos este sugerente texto que luego desaparecería en la Constitución de 1980:

La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que por su naturaleza son comunes a todos los hombres o deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. La ley, en casos calificados y cuando así lo exija el interés nacional, puede reservar al Estado determinados bienes que carecen de dueño y, también, limitar o establecer requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

Y agregaba además que “un Estatuto especial regulará todo lo concerniente a la propiedad minera y al dominio de las aguas”.

Sin perjuicio del texto de la Constitución actual, cabe mencionar que el Código Civil y el Código de Aguas todavía señalan que “las aguas son bienes nacionales de uso público”. Su utilización está dada por los derechos de aprovechamiento que los privados puedan constituir sobre las aguas, los que se pueden defender mediante recurso de protección.

²⁰ El énfasis es nuestro.

También existe normativa internacional digna de ser considerada. El antecedente jurídico posiblemente más relevante se encuentra en la Observación N°15, relativa al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966 (artículos 11 y 12), que fue ratificado por el Gobierno de Chile en 1969. El pacto enumera una serie de derechos indispensables para la realización de un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. Entonces, el derecho al agua se podría incluir en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. Adicionalmente, el derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas, por lo que también cabría considerarlo conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Por último, la resolución 64/292, de la Asamblea General de Naciones Unidas (2010), señala que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

4. ALGUNOS PRINCIPIOS ORDENADORES

El agua y los recursos mineros, debido a sus características especiales, deben recibir un tratamiento regulatorio propio, en parte contenido en la Constitución, en parte en las leyes y regulaciones. Las consideraciones siguientes representan algunos principios orientadores para su diseño general (que no necesariamente deben estar en la Constitución):

1. Estos recursos son de propiedad de la Nación toda.²¹
2. Su explotación puede ser realizada por el Estado o por privados, con límites y orientaciones:
 - a) En el caso del agua, proteger usos fundamentales como el consumo humano y el resguardo ecológico de las cuencas y los ecosistemas.²²
 - b) Permitir su uso y asignación más eficiente una vez resguardados estos usos fundamentales, tomando en cuenta todos los costos y beneficios sociales de su explotación.

²¹ Es decir, aquellos bienes que, estando situados dentro del territorio nacional, pertenecen a todos sus habitantes.

²² Si bien excede los objetivos de este capítulo, nos parece que estos principios deben considerar mecanismos para asegurar agua a los pueblos originarios.

- c) Si hay rentas (ricardianas), estas deben ser apropiadas de manera relevante por el Estado. Para ello hay distintos mecanismos, desde la propiedad estatal a los impuestos, pasando por las licitaciones y licenciamiento, y su elección debe ser pragmática. En la definición de rentas cabe considerar que las inversiones deben recibir compensaciones esperadas *ex ante*, que compensen los riesgos y las eficiencias que se logran en un proyecto, lo que implica que las ganancias pueden ser más elevadas *ex post* en aquellos proyectos exitosos.²³
3. Los eventuales cambios legislativos deben considerar los costos de transitar de un régimen a otro, incluyendo compensaciones si corresponde.²⁴

Además de estos principios, hay dos temas que son recurrentes en la discusión de recursos naturales que merecen una mención para explicar por qué no se incluyen en estos principios. El primero, es la pregunta sobre la justicia intergeneracional. En el caso minero, la clave no está en el ritmo de extracción (que obedece a la estrategia que sea más rentable), sino en el ritmo de gasto de eventuales rentas que recaude el Estado. Si ellas fueran sustanciales, como por ejemplo sucede con el petróleo en Noruega, la equidad se logra ahorrando, no necesariamente postergando la extracción. En cuanto al agua, ella se cautela con las restricciones al resguardo ecológico. En segundo lugar está el tema de acceso al agua de los pueblos originarios y su cosmovisión de la relación agua-tierra. En ese caso se podría pensar que el Estado busque mecanismos para asignar DAA de manera apropiada (por ejemplo, adquiriéndolos, como lo hace con la tierra). El asunto, con todo, no parece una razón suficiente para limitar los DAA, como sí se considera para las restricciones mencionadas anteriormente.²⁵

²³ Las rentas ricardianas se refieren a las ganancias o excedentes que se obtienen por sobre los costos necesarios para producir sobre la base de un cierto recurso. La idea fue originalmente desarrollada por David Ricardo en el siglo XIX, quien la asoció a lo que percibe el dueño de la tierra en la producción agrícola. Los costos de producción incluyen la utilidad normal del capital invertido (que *ex post* puede ser elevada en proyectos riesgosos).

²⁴ Los DAA tienen la ventaja de hacer más predecible el acceso al agua para el tenedor del derecho (en la medida en que exista disponibilidad). Ello facilita la inversión privada, lo que es más difícil de conseguir cuando la distribución y redistribución se basa en mecanismos centralizados. Al mismo tiempo, la asignación de DAA (y su reasignación a través del mercado) puede llevar a una distribución que se considere socialmente injusta. Para mitigar las consecuencias distributivas, cabe considerar el uso de instrumentos de política pública adicionales.

²⁵ A comienzos de 2020 el Senado rechazó una reforma constitucional que incluía importantes limitaciones a los DAA. Además de los mencionados en este capítulo, se establecía que el otorgamiento se haría “resguardando los usos comunitarios ancestrales”. Esta propuesta de reforma refundió nueve proyectos diferentes y proponía declarar de utilidad pública los derechos sobre las aguas que se habían reconocido o constituido, y dejaba a la ley la regulación del

5. PROPUESTA

Aunque sería deseable que la Constitución contenga algunos principios para la regulación de los recursos naturales, sin necesariamente individualizar cada uno específicamente, es improbable que una nueva Constitución no se refiera explícitamente a los recursos mineros y al agua. Con esto en mente, y tomando en cuenta los antecedentes anteriores, se sugiere lo siguiente:

5.1. Minería

Se propone que la Constitución incluya las siguientes ideas centrales: 1) que los recursos mineros son del Estado, por lo que implícitamente tiene derecho a apropiarse parte relevante de las rentas; 2) que, a no ser que lo limite la ley, los podrá explorar y explotar tanto el Estado como el sector privado a través de concesiones, con el fin de lograr un uso más eficiente de los recursos; 3) que deben existir grados suficientes de certeza para un privado que explora y explota, de manera de poder comprometer la inversión requerida, y 4) que una concesión minera entrega derechos (por ejemplo, que es heredable), pero también obligaciones que el dueño de la concesión debe cumplir en pos del interés público. Esto no involucra cambios relevantes al texto constitucional actual, lo que además está en línea con el proyecto constitucional enviado por la presidenta Bachelet el año 2017.

Estimamos que hay amplio espacio para perfeccionar la regulación minera a nivel legal, de manera de reflejar los puntos anteriores, específicamente la idea de imponer obligaciones al concesionario minero, de manera de materializar el precepto constitucional de que la concesión es un beneficio que se otorga a cambio de algo.²⁶

5.2. Agua

Se propone que la Constitución establezca, como lo hace el Código Civil, que el agua es un bien nacional de uso público y cuyo uso se hará conforme a la ley, con dos limitaciones explícitas: 1) se debe asegurar el derecho humano al consumo de agua, y 2) el resguardo ecológico de las cuencas y protección de los ecosistemas. Las autoras de este trabajo, Andrea Repetto y Claudia Sanhueza, piensan que hay que eliminar la mención a los DAA en la Cons-

procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los actuales derechos. Más que una limitación específica a los actuales DAA, la reforma cambiaba sustancialmente su régimen.

²⁶ Por ejemplo, la Comisión Chilena de Productividad (2018) propone cambios al régimen de exploración.

titución, de manera que la forma de asignación se determine a nivel legal y que el concepto de DAA se mantenga en el Código de Aguas. Rodrigo Valdés considera que debe mantenerse el concepto de DAA en la Constitución (con sus características actuales, en el sentido de que sus titulares tienen propiedad sobre ellos).

Asimismo, el Código de Aguas debería ser actualizado de manera de asegurar una gestión integrada efectiva de las cuencas e implementar los cambios constitucionales propuestos.

6. REFERENCIAS

- Álvarez-Garretón, C., A. Lara, J. P. Boisier y M. Galleguillos. (2019). "The Impacts of Native Forests and Forest Plantations on Water Supply in Chile". *Forests* Vol. 10 N°6.
- Budds, J. (2009). "Contested H₂O: Science, policy and politics in water resources management in Chile". *Geoforum* Vol. 40 N°3, páginas 418-430.
- Comisión Chilena del Cobre. (varios años). Anuario Estadístico.
- Comisión Nacional de Productividad. (2018). "Productividad en la Minería Chilena del Cobre". Santiago: Maval.
- EY. (2018). "Análisis comparado de carga tributaria en algunos países mineros". Estudio encargado por el Consejo Minero.
- DesRoches, T. C. (2019). "Water Rights and Moral Limits to Water Markets". En C. Tyler DesRoches, F. Jankunis and B. Williston (editores), *Environmental Philosophy and Policy in Canada*. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- Donoso, G. (2018). *Water Policy in Chile*. Nueva York: Springer.
- Fundación Chile. (2018). "Escenarios Hídricos 2030. Radiografía del Agua: Brecha y Riesgo Hídrico en Chile". Santiago: Fundación Chile.
- _____. (2019). "Escenarios Hídricos 2030. Transición Hídrica: El futuro del agua en Chile". Santiago: Fundación Chile.
- Fundación Newenko. (2019). "Informe de Escasez Hídrica. Desafíos para el consumo humano y perspectivas en modelos comparados".
- Hojem, P. (2015). "Mining in the Nordic Countries: A Comparative Review of Legislation and Taxation". Nordic Council of Ministers.
- Muñoz, A., K. Klock-Barría, C. Álvarez-Garretón, I. Aguilera-Betti *et al.* (2020). "Water Crisis in Petorca Basin, Chile: The Combined Effects of a Mega-Drought and Water Management". *Water* Vol. 12 N°3.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico-OCDE. (2018). Estudios económicos de la OCDE- Chile: Visión General.
- Risse, M. (2014). "The Human Right to Water and Common Ownership of the Earth". *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 22 N°2, páginas 178-203.

- Settre, Claire y S. A. Wheeler. (2019). “Environmental Water Governance in the Murray-Darling Basin of Australia: The Movement from Regulation and Engineering to Economic-Based Instruments”. En *Handbook of Environmental and Sustainable Finance*. Ámsterdam: Academic Press.
- Ugarte, P. (2003). “Derecho de Aprovechamiento de Aguas. Análisis Histórico, Extensión y Alcance en la Legislación Vigente”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.
- World Bank. (2020). World Development Indicators.
- World Resources Institute. (2009). *Aqueduct™ Water Risk Atlas (Aqueduct 3.0)*. World Resources Institute, August 2019.

7. COMENTARIOS DEL RESTO DE LOS AUTORES A LA PROPUESTA

Resumen

Suscriben con reserva: Sebastián Claro, Pablo Correa, Luis Eduardo Escobar, Sylvia Eyzaguirre, Jorge Rodríguez y Rodrigo Vergara.

Comentarios específicos

- Sebastián Claro

Conuerdo con la idea de que la Constitución actual recoge adecuadamente los principios deseados para la regulación de los recursos mineros como Bienes Nacionales de Uso Público (BNUP). Respecto del principio de apropiabilidad de las rentas, entiendo que se asume que, al ser recursos públicos, el Estado podrá cobrar por su uso, pero la manera específica en que se haga y el tipo de cobros no es materia constitucional, sino que quedará definido en leyes.

Sobre la mención al perfeccionamiento de la legislación minera “para materializar el precepto constitucional de que la concesión es un beneficio que se otorga a cambio de algo”, cabe reafirmar que ello no es materia constitucional y en parte desconoce los diferentes cuerpos legislativos en Chile (por ejemplo, la ley ambiental), los cuales establecen importantes regulaciones y restricciones a la actividad minera, precisamente haciéndose cargo de la satisfacción del interés público a la cual hace alusión el número 24 del artículo 19 de la Constitución.

En cuanto a la mención al agua, concuerdo con el planteamiento de Valdés de definir el agua (terrestre, no marina) como un BNUP, y hacer explícito que el uso de los derechos otorgados estará limitado por consumo humano y resguardo ecológico de cuencas. Es necesario, sin embargo, dejar de manifiesto en el texto constitucional que la manera en la cual se regulará será establecido en una ley (Código de Aguas).

- Pablo Correa

Concuerdo con los autores respecto en que, por sus características especiales, los bienes nacionales de uso público necesitan de un marco particular de principios rectores para su explotación y uso, que deben quedar resguardados y definidos en la Constitución (tarea de por sí compleja), sin la necesidad de establecer un catálogo de los mismos en ella y, no obstante su aplicación, debe realizarse a través de la ley.

En el entendido de que es prácticamente imposible no mencionar el caso de la minería y del agua, dado el peso histórico que ellos tienen en la evolución constitucional, concuerdo con la propuesta de Valdés de incorporar las limitaciones adicionales para el caso del agua terrestre (consumo humano y resguardo ecológico de las cuencas), cuya aplicación debe realizarse *a posteriori* a través de la ley, actualizando el Código de Aguas, elemento que debiese ser explícito dentro de la Constitución.

En el caso de la minería, me parece necesario reforzar la idea de que el principio de que el Estado deba apropiarse de una fracción relevante de las rentas mineras no debiese quedar reflejado en la Constitución, en el entendido de que la política tributaria del sector debiese ser sujeto de la deliberación democrática y dinámica a través de la ley. La determinación de propiedad del Estado de los recursos ya parece ser un mecanismo suficiente a nivel constitucional.

- Luis Eduardo Escobar

Estoy de acuerdo en la mayor parte de las propuestas presentadas en el artículo. Sin embargo, tengo una discrepancia en lo de minería y opto por la solución de Repetto y Sanhueza en lo de aguas.

Me explico: Chile se define a sí mismo como un país minero. Las reformas constitucionales de 1967 y 1971, y el texto constitucional de 1980, son evidencia de la importancia de esta industria para el país y su relevancia en las finanzas públicas y la actividad económica. En reconocimiento a la importancia para el país

de esta industria, Frei Montalva habló de la “viga maestra de la economía chilena” y Allende del “sueldo de Chile”. Esto explica en gran parte que la nacionalización de las minas fuera aprobada por unanimidad en el Congreso, a pesar de la oposición política al gobierno de Allende. Por este motivo, me parece insuficiente la recomendación de que “el Estado tiene derecho a apropiarse parte relevante de las rentas” que genera la actividad. A mi juicio, el criterio constitucional debe ser que el Estado tiene la obligación de capturar las rentas que genere la actividad en la forma que señale la ley y los contratos con los concesionarios. En otras palabras, el papel del Estado en este aspecto no puede quedar a discreción del gobernante de turno o una mayoría circunstancial en el Congreso.

En el tema del agua, comparto la posición de Repetto y Sanhueza: es preferible dejar que los Derechos de Aprovechamiento de Aguas (DAA) se incluyan en el Código de Aguas y no estén en la Constitución. El principal motivo es que en el futuro, la escasez hídrica puede requerir de soluciones drásticas que afecten los DAA debidamente establecidos, con el fin de garantizar el consumo humano, asegurar el resguardo ecológico y proteger los ecosistemas. Esto ocurrió en la segunda gran sequía australiana, con posterioridad a las reformas descritas por los autores en el cuerpo del artículo, donde fue necesario reasignar los DAA. Si estos están en la Constitución, se podrían convertir en una barrera insalvable para solucionar el problema de la mejor forma posible.

- Sylvia Eyzaguirre

En general suscribo las propuestas constitucionales de los autores relativas a la explotación y uso de los recursos naturales, en concreto, del agua y de la minería. Sin embargo, tengo reservas con considerar a la Nación toda propietaria de estos entes; pienso que ello se debe a que el capítulo solo considera la dimensión económica de estos. En principio, me resisto a concebir la relación con la naturaleza como de propiedad, más bien tiendo a pensarla como una potestad, que permite a la Nación o al Estado gozar y usufructuar de la naturaleza, pero también le entrega el deber de cuidarla. Es interesante como el artículo 585 de nuestro Código Civil establece que “las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna Nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una Nación por las leyes de esta, y entre distintas naciones por el derecho internacional”. Salvando las diferencias, creo que esta

forma de concebir los entes naturales es un punto de partida para pensar la potestad de la Nación sobre la naturaleza del territorio nacional.

En línea con esta manera de concebir los entes naturales, me parece fundamental volver a pensar nuestra relación con la naturaleza, la que debería considerar la cosmovisión de nuestros pueblos originarios y quedar plasmada en términos de principios fundamentales en el preámbulo de la Constitución o en su artículo primero.

Además, considero importante mencionar que los principios orientadores que proponen los autores pueden entrar en conflicto con los derechos de los pueblos originarios, de manera que no necesariamente debe considerárseles como absolutos.

- Jorge Rodríguez

Los autores plantean principios para la regulación de los bienes nacionales de uso público (BNUP), pero a diferencia de ellos, considero que esos principios debieran quedar plasmados explícitamente en la Constitución. Ello permitirá orientar el tratamiento de distintos bienes que caigan dentro de esta categoría (como recursos pesqueros, espectro radioeléctrico, playas y montañas, entre otros, que suelen ser temas de alta polémica ciudadana), sin necesidad de referirse en detalle a cada uno de ellos, como sí se hace para la minería y el agua. Ahora bien, ello implica el desafío de hacer una buena definición jurídica de los BNUP en la Constitución.

Comparto con los autores que deba hacerse referencia en la Constitución a los casos de la minería y el agua, porque en términos prácticos sería complejo simplemente eliminar lo que señala la Constitución actual al respecto. Pero dado que estos dos BNUP se tratarían en la Constitución, me inclinaría por avanzar más en que sus normas esenciales cumplan efectivamente los principios señalados. Por ejemplo, que cumplan con que si hay rentas *ex ante*, ellas sean apropiadas de manera relevante por el Estado.

No se puede obviar que los principios señalados generan el desafío de resolver controversias en su aplicación. Por ello, cabe preguntarse cuál sería la instancia más adecuada para resolverlos, considerando la alta especificidad técnica de estas materias y los altos intereses económicos involucrados. Pudiera ser que se requiriese un órgano especializado.

- Rodrigo Vergara

Entiendo conceptualmente por qué el agua se puede considerar como un bien especial. Me parece que los argumentos para los recursos mineros son menos claros. De hecho, en muchos países son considerados bienes privados, como cualquier otro, y no ameritan un tratamiento constitucional en particular. Con todo, estoy consciente de la carga política de este tema en Chile por su historia reciente.

Entiendo que los autores, al hablar de apropiación relevante de rentas como principio, no están proponiendo que ello quede a nivel constitucional, y que los detalles (monto de los impuestos, *royalties*, patentes y otros) debieran mantenerse a nivel de ley.

Me parece bien la propuesta para el agua de Valdés, aunque estimo que al elevar a nivel constitucional su definición como BNUP, se debe precisar que, según entiendo, se trata de aguas terrestres.

CAPÍTULO VII

LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Sylvia Eyzaguirre y Claudia Sanhueza***

RESUMEN

LA INCORPORACIÓN de derechos económicos y sociales en la Constitución es algo relativamente reciente. La mayoría de las primeras constituciones estaba centrada en establecer los que ahora se conocen como “derechos de primera generación” o “derechos civiles y políticos”, que están principalmente definidos en términos de límites procesales y sustantivos al ejercicio del poder estatal. Sin embargo, esto cambió después de la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), en 1966, ratificado por 167 países (Chile lo hizo en 1969).

Aunque por una parte la constitucionalización de los derechos económicos y sociales reconoce la importancia de las condiciones materiales de la vida para la protección de la dignidad humana, también hay objeciones a su constitucionalización. En este capítulo presentamos antecedentes históricos, filosóficos y políticos de los derechos económicos y sociales, así como los argumentos a favor y en contra de su constitucionalización, la historia constitucional chilena al respecto, la evidencia comparada con los diferentes diseños y, finalmente, dos propuestas para una nueva Constitución. La propuesta de Eyzaguirre mantiene los actuales derechos económicos y sociales en la Constitución, al igual que los deberes y obligaciones del Estado, pero incluye el derecho a la protección de la infancia y el deber del Estado de proveer una vivienda digna. Además, entrega tutela a los derechos, pero

N. de los A.: Los autores agradecen especialmente los valiosos comentarios y sugerencias de Diego Pardow, Lucas Sierra y Pablo Fuenzalida. De igual forma, agradecen a los coautores de este libro por sus comentarios y sugerencias. Todos los errores y omisiones son de nuestra completa responsabilidad.

* Centro de Estudios Públicos.

** Centro de Economía y Políticas Sociales, Universidad Mayor.

obliga a los jueces a circunscribirlos a las leyes y reglamentos, y limita los deberes y obligaciones del Estado a los recursos disponibles. La propuesta de Sanhueza, a su vez, consiste en establecer estos derechos en forma de preámbulo, a través de la definición del Estado como social y democrático de Derecho, protector de la dignidad humana, y plantea adoptar las recomendaciones del Pidesc y dejarlos establecidos en la Constitución, para que sean garantizados de manera progresiva.

1. INTRODUCCIÓN

Un derecho, desde el punto de vista jurídico, implica un título sobre algo, que está protegido legalmente, y supone una obligación (negativa o positiva), que debe poder exigirse legalmente.¹ De ahí que la forma de consagrar los derechos en la Constitución sea tan relevante.

Los derechos económicos y sociales, también llamados derechos de segunda generación, son parte de los derechos humanos y hacen referencia a prestaciones o derechos² relativos a las condiciones económicas y sociales básicas necesarias para una vida digna. Estos tratan sobre cuestiones tan básicas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda y el medio ambiente. Mientras los derechos civiles y políticos buscan limitar el poder del Estado con el fin de proteger la libertad de los ciudadanos de eventuales abusos (libertad negativa), los derechos económicos y sociales entregan derecho a bienes y servicios, que buscan asegurar las condiciones materiales necesarias para garantizar el ejercicio de la libertad (libertad positiva).³ Este tipo de derechos exige que el resultado del esfuerzo de los miembros productivos de la sociedad sea distribuido de tal forma, que todos puedan gozar de ciertos bienes mínimos.⁴

¹ Ver Kelley (1998) y Henkin (1990): “Human rights are rights; they are not merely aspirations, or assertions of the good. [...] The idea of rights implies entitlement on the part of the holder in some order under some applicable norm; the idea of human rights implies entitlement in a moral order under a moral law, to be translated into and confirmed as legal entitlement in the legal order of a political society. [...] Human rights imply the obligation of society to satisfy those claims. The state must develop institutions and procedures, must plan, must mobilize resources as necessary to meet these claims”.

² Existe una gran discusión respecto de si los derechos sociales son o no derechos; algunos los reconocen como derechos naturales, otros como derechos en la medida en que son una convención social; otros no los consideran derechos sino objetivos del Estado o fines, y otros simplemente los consideran como prestaciones. En este texto nos referiremos a ellos como derechos, pero no pretendemos con ello dar por zanjada la discusión.

³ Ver Kelley (1998) y Berlin (1958).

⁴ La discusión sobre los derechos económicos y sociales está íntimamente ligada con la discusión sobre la justicia distributiva. Al respecto, ver Cohen (2002), Rawls (1971), Scanlon (2004) y Waldron (1991) en contraposición con Brennan (2014), Hayek (1960) y Nozick (1974), entre otros.

Los derechos humanos son una idea de la Edad Moderna, aun cuando sin duda hay antecedentes previos.⁵ El surgimiento de una nueva clase social, la burguesía, a fines del siglo XVII, no solo tensiona las relaciones de poder entre las distintas clases sociales, sino que también conlleva una nueva comprensión del ser humano, que inaugura una nueva era. El ser humano, concebido como sujeto que nace libre e igual, exige este reconocimiento, demandando protección de su esfera privada ante las arbitrariedades del gobernante, en un contexto político donde priman los regímenes absolutistas.⁶ Así, los derechos de primera generación, derechos civiles y políticos, se preocupan de proteger a los ciudadanos del Estado, limitando el poder de este último. La Declaración de Independencia Norteamericana (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) son dos hitos fundamentales en la lucha por estos derechos, que se consolidan durante el siglo XIX, pero continúa su profundización durante el siglo XX. Los derechos económicos y sociales son parte de esta lucha social que lleva más de tres siglos por asegurar las condiciones necesarias para el resguardo de la dignidad humana. Si bien se pueden encontrar antecedentes de estos derechos en el Medioevo,⁷ estos irrumpen con fuerza en el siglo XX como demandas de la clase obrera por mejores condiciones de vida.

La incorporación de derechos económicos y sociales en la Constitución es algo relativamente reciente.⁸ La mayoría de las primeras constituciones estaba centrada en establecer lo que ahora se conoce como “derechos de primera generación” o “derechos civiles y políticos”, que están principalmente definidos en términos de límites de procedimiento y sustantivos al ejercicio del poder estatal, y destinados a proteger a las personas de interferencias arbitrarias. Si bien el reconocimiento constitucional de derechos comienza después de la Primera Guerra Mundial (Constitución de México en 1917 y de Weimar en 1919), se observa que después de la Segunda Guerra Mundial y con la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1948,⁹ y el Pacto Internacional de Derechos

⁵ Ver Marshall (1950).

⁶ Ver Locke (1690). En otras culturas, como la Grecia antigua y la romana, también existían derechos civiles y políticos. Sin embargo, estos estaban reservados para la élite. La era Moderna es revolucionaria en comprender a todos los hombres como iguales en derechos.

⁷ Ver Marshall (1950).

⁸ Ver Ahmed y Bulmer (2017) y Jung, Hirschl y Rosevear (2014).

⁹ Esta establece en su artículo 22 el derecho a la seguridad social y en el 25 el derecho a un nivel de vida adecuado, que asegure la salud y el bienestar; y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; así como derecho a seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros. En el artículo 26 se establece el derecho a la educación, que debe ser gratuita para la instrucción obligatoria y los padres tendrán el derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), en 1966, que ha sido ratificado por 167 países (en Chile en 1969), se inició una tendencia global hacia la inclusión de disposiciones de derechos económicos y sociales en las constituciones.¹⁰

El Pidesc, en materia de derechos económicos y sociales, establece el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, a la sindicalización y huelga, a la seguridad social, vida familiar, un nivel de vida adecuado (alimentación, vestimenta y vivienda), salud (física y mental) y educación (primaria universal y gratuita, secundaria y terciaria disponible), entre otros. Su amplia ratificación no ha implicado, sin embargo, la constitucionalización de los derechos sociales ni reconoce a los ciudadanos acción judicial para exigir su satisfacción.¹¹

Recientemente, el Informe de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) incorporó la perspectiva del “enfoque de capacidades”, que Amartya Sen formuló en 1979, para la evaluación de la calidad de vida en el Índice de Desarrollo Humano. El enfoque de las capacidades pone énfasis en la capacidad de vivir una vida digna, de estar adecuadamente nutrido y de tener acceso a la atención médica y la vivienda como condiciones previas esenciales para el disfrute de cualquier otro derecho y libertad. Así, son varias las democracias que han incluido alguna forma de derechos económicos y sociales en sus constituciones, comprometiendo a sus gobiernos, al menos formalmente, con la realización de estándares mínimos de bienestar social. La mayoría de los países incluye una protección genérica del “derecho a la vida” o de la “dignidad humana”. Como dijo recientemente un observador: “En el espacio de dos décadas, los derechos sociales han emergido de las sombras y los márgenes de la jurisprudencia de derechos humanos”.¹²

Aunque por una parte la constitucionalización de los derechos económicos y sociales refleja la necesidad de proteger los intereses más fundamentales de las personas en disponer de los recursos necesarios para el ejercicio de su bienestar, hay objeciones a su constitucionalización.

Entre los argumentos a favor de la constitucionalidad de los derechos sociales se encuentra, en primer lugar, el resguardo de la dignidad humana y

¹⁰ Ver Ahmed y Bulmer (2017).

¹¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU fue creado en 1985 y tiene por objeto supervisar el cumplimiento del Pidesc. El Comité realiza evaluaciones periódicas a los Estados miembros respecto de la implementación del Pidesc y formula recomendaciones y observaciones. Además, en el año 2008 se dictó un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que faculta al Comité a recibir y examinar las comunicaciones de personas que denuncian la violación de derechos amparados por el Pacto. Chile suscribió este protocolo en 2009 y este entró en vigor en 2013.

¹² Ver Langford (2008).

los derechos de primera generación, en tanto el goce efectivo de estos necesita de ciertos recursos materiales para su ejercicio. En segundo lugar, se argumenta también que la diferencia entre derechos de primera y segunda generación es más una cuestión de grado que de tipo, ya que ambos son fruto de una convención e imponen cargas y obligaciones tanto positivas como negativas sobre el Estado, ya sea para proporcionar un sistema judicial o para proporcionar hospitales. En tercer lugar, la presencia de derechos sociales y económicos en la Constitución, aun cuando sean meramente aspiracionales y no se pueden hacer cumplir judicialmente, puede inclinar a los tribunales hacia una interpretación más amplia de las responsabilidades del Estado. Por el contrario, su ausencia puede hacer que los tribunales tengan una visión más limitada de la responsabilidad del Estado, prefiriendo los derechos civiles y de propiedad sobre las preocupaciones sociales, económicas y culturales. En cuarto lugar, su incorporación se ha hecho necesaria cuando la gran mayoría de los ciudadanos lo demanda. En quinto lugar, son un mecanismo de búsqueda de nuevos consensos sociales, permitiendo superar situaciones históricas o crisis sociales como las del *apartheid* en Sudáfrica o las castas en India. Finalmente, los derechos sociales y económicos tienen un efecto inclusivo, pues tienen un impacto mayor en la vida de mujeres y grupos minoritarios y marginados, quienes podrían depender más fuertemente del apoyo del Estado para satisfacer sus necesidades sociales y económicas y, por ende, sus derechos civiles y políticos.

Entre los argumentos en contra de la constitucionalización de los derechos económicos y sociales se encuentran, en primer lugar, la estrechez de la esfera democrática, al quedar determinadas visiones de mundo excluidas de la deliberación política. La inclusión de los derechos económicos y sociales en la Constitución le da un papel activo al Estado en la consecución de los bienes comunes y en la redistribución de la riqueza; sin embargo, sobre esto existen diferencias ideológicas importantes. Este conflicto refleja distintas formas de concebir al ser humano, la vida en comunidad y la reciprocidad, y estas distintas visiones de mundo no debieran quedar excluidas en una Constitución, pues ello estrecha la esfera de deliberación democrática. Por el contrario, la Constitución debiese dejar abierta la posibilidad de que las distintas mayorías, a lo largo del tiempo, puedan expresarse. En segundo lugar, se arriesga sobrecargar la capacidad del Estado y la solvencia económica al asegurar prestaciones independientemente de los recursos disponibles. En tercer lugar, si el Estado no puede garantizar la satisfacción de los derechos económicos y sociales, entonces los derechos existirán solo como promesas, lo que puede tener un efecto perjudicial sobre otros derechos y sobre el sistema constitucional en su conjunto, afectando la credibilidad de la Constitución. En cuarto lugar, la garantía de derechos y prestaciones sociales en la Constitución exagera la judicialización de los derechos, que

tiene efectos adversos en la solvencia económica del fisco, equidad y legitimidad democrática. Las decisiones de los tribunales de justicia tienen implicancias presupuestarias que pueden afectar el balance fiscal, aumentando la deuda estatal u obligando a las autoridades a recortar el presupuesto de otras prestaciones que pueden ser más fundamentales. También impacta en la equidad del sistema, pues mientras la política pública es la llamada a considerar la totalidad de los casos, los jueces solo pueden fallar casos individuales, beneficiando a algunos y dejando sin dicho beneficio a la gran mayoría. Además, la decisión de los jueces podría percibirse como antidemocrática, al socavar o debilitar la capacidad de los ciudadanos de elegir, a través de representantes electos, las políticas económicas y sociales que deseen seguir. En quinto lugar, se argumenta que la incorporación de los derechos económicos y sociales no son una garantía para gozar de ellos. De hecho, la evidencia empírica muestra que no existe una correlación entre la inclusión de los derechos económicos y sociales en la Constitución y el nivel de bienestar social de los ciudadanos.

Estos argumentos en pro y en contra de concebir las prestaciones sociales como derechos descansan, en última instancia, sobre supuestos filosóficos, es decir, sobre determinadas concepciones del ser humano, del derecho y de la justicia. En relación con la concepción de derecho, se pueden advertir dos tradiciones de la filosofía del derecho antagónicas: quienes consideran que estos se derivan de la naturaleza humana y quienes consideran que los derechos son una convención. En ambas tradiciones encontramos posturas a favor y en contra de los derechos sociales.¹³ En la medida que los derechos

¹³ Dentro de la primera posición (iusnaturalistas) están quienes consideran los derechos sociales como derechos naturales, pues se desprenderían de la naturaleza humana (por ejemplo: Paine y Burke), y quienes consideran que no son derechos, pues no se derivan de la naturaleza humana. Este segundo grupo alberga diversas posiciones, desde quienes consideran que las prestaciones sociales tienen su origen en el pacto social y, por lo tanto, se conciben como fines u obligaciones del Estado, hasta quienes consideran que estas son una violación a la libertad individual, pues su financiamiento vía impuestos vulnera el derecho natural de la propiedad privada (Nozick). Los iuspositivistas, por su parte, consideran que los derechos son una convención; de ahí la arbitrariedad de distinguir entre derechos de primera y segunda generación. Para ellos, basta con que la mayoría de los ciudadanos considere las prestaciones sociales como un derecho para que estas adquieran dicha cualidad. Dentro de este grupo se encuentran los utilitaristas y los liberales igualitarios, entre otros. Los primeros son pragmáticos. Concebir las prestaciones sociales como derechos y su inclusión en la Constitución dependerá de su utilidad, es decir, de la situación que conlleve mayores beneficios para la sociedad en su conjunto. Los liberales igualitarios, por el contrario, consideran que el individuo es la base de la sociedad y un fin en sí mismo, jamás un medio. Ellos, al igual que los liberales, consideran que la dignidad humana radica en su condición de libre y para ello ciertas condiciones materiales son fundamentales. Por eso existe la necesidad de que la sociedad en su conjunto garantice ciertas condiciones materiales mínimas. Estas condiciones materiales pueden ser concebidas como derechos, pero también únicamente como deberes del Estado.

sociales exigen recursos económicos para su financiamiento, estos se vuelven objeto de la justicia distributiva.

Es importante tener presente que la Constitución no solo responde a lógicas de filosofía política, sino que también da cuenta de la experiencia acumulada a través del tiempo de una Nación y sus enmiendas muchas veces son el reflejo de nuevos consensos sociales sobre un determinado asunto. Las crisis suelen ser el origen de los procesos constitucionales y, en nuestro caso, la crisis se funda en las demandas ciudadanas generalizadas por mejorar las condiciones de vida. Así, la incorporación o fortalecimiento de los derechos sociales en una nueva Constitución podría ayudar a superar un pasado de discriminación y exclusión social, y alcanzar la paz social.¹⁴

Actualmente, comenzando un proceso constituyente, la discusión constitucional sobre los derechos sociales en nuestro país se centra en: 1) si deben estar presentes o no, 2) de estar presentes, la forma en que deben concebirse: como derechos o como aspiraciones, 3) qué tipo de garantía deberían tener y 4) otras garantías constitucionales, tales como progresividad, máxima utilización, eficiencia y mínimos.

2. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL CHILENA

En nuestra historia constitucional, el primer antecedente de una prestación social como deber del Estado lo encontramos en la Constitución de 1818, que establece la obligación del Estado de aliviar la miseria de los desgraciados y proporcionar a todos los caminos de la prosperidad.¹⁵

La Constitución de 1822 no vuelve a contemplar estas tareas del Estado, pero menciona por primera vez la educación pública. Esta deberá ser uniforme en todas las escuelas y se procurará una cobertura mínima para que todas las poblaciones cuenten con escuelas públicas de educación primaria.¹⁶ La Constitución de 1833, que regirá por más de 90 años, considera por primera vez de forma explícita la educación pública como una atención preferente del Estado.¹⁷

La Constitución de 1925 fue la primera en reconocer garantías constitucionales en materias sociales y otorga al Estado un rol fundamental en el

¹⁴ El “argumento a favor de los derechos socioeconómicos fue irresistible, en gran parte porque tales garantías parecían una forma indispensable de expresar un compromiso para superar el legado del *apartheid*, el objetivo primordial de la nueva Constitución”. Sunstein (2001).

¹⁵ Ver Constitución de 1818, Título I, capítulo I, numeral 13.

¹⁶ Ver Constitución de 1822, Título VII, capítulo único, artículo 230.

¹⁷ Ver Constitución de 1833, capítulo XI, artículo 153.

desarrollo de estas.¹⁸ Se establece la libertad de enseñanza como una garantía y la obligatoriedad de la educación primaria, manteniendo la atención preferente del Estado en materia de educación pública, tal como se había establecido en la Constitución anterior.¹⁹

El texto, en su artículo 10, numeral 14°, le otorgaba el carácter de garantía constitucional a la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en lo que se refiere a la habitación sana y a las condiciones de vida, de forma tal de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado para la satisfacción de sus necesidades personales y para las de sus familias, señalando que la ley regulará esta organización.²⁰

Finalmente, se establece como deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país, debiendo destinar cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un Servicio de Salubridad.²¹

Estos derechos fueron modificados por la Ley N°17.398, en enero de 1971, que incorpora el denominado “Estatuto de Garantías Democráticas”. En materia de educación, se mantiene la libertad de enseñanza, la obligatoriedad de la educación básica y la función primordial del Estado, pero se incorpora el sistema nacional de educación, que se conforma por instituciones oficiales y privadas. Se asegura la autonomía de las instituciones privadas y se establecen requisitos para que reciban aportes del Estado: gratuidad y sin fines de lucro. En materia de educación superior, se reconoce la autonomía de las universidades, tanto estatales como particulares, y una serie de derechos a los estudiantes y académicos.²²

En materia de derechos laborales, se incorpora el derecho a una remuneración suficiente, que asegure un bienestar de acuerdo con la dignidad humana y con una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.²³ En particular, se incorpora el derecho al trabajo, a la libre elección de este, a una remuneración que asegure al trabajador y a su familia un bienestar acorde con la dignidad humana, y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan. El derecho a sindicarse de acuerdo con sus actividades o en su industria o faena, gozando los sindicatos, las federaciones y confederaciones sindicales de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley, y siendo libres para cumplir sus propios fines. Se garantizaba el derecho de huelga, debiendo regularse esta por la ley. Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que

¹⁸ Ver Constitución de 1925, capítulo III.

¹⁹ Ver Constitución de 1925, capítulo III, artículo 10, numeral 7°.

²⁰ *Ibid.*, numeral 14°.

²¹ *Ibid.*

²² Ley N°17.398, 9 de enero de 1971, artículo único, numeral 6°.

²³ *Ibid.*, numeral 8°.

se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Finalmente, se introdujo el derecho a la seguridad social, obligando al Estado a adoptar todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humana.²⁴ Estos derechos no contaban con tutela y de los deberes del Estado tampoco se desprendían derechos reclamables en tribunales.

La Constitución de 1980 introduce modificaciones en materia de derechos económicos y sociales.²⁵ En el cuarto inciso del artículo 1 se reconoce como finalidad del Estado la promoción del bien común, asumiendo este como tarea contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos su mayor realización espiritual y material posible. En el artículo 5 se garantiza el respeto y la promoción de los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.²⁶

El capítulo III nombra los derechos y deberes constitucionales. Los derechos humanos, políticos, económicos, sociales y culturales se establecen en el artículo 19. Por primera vez se usa el término “derecho” en la Constitución para nombrar las garantías constitucionales o los deberes del Estado relativos a medio ambiente libre de contaminación, educación y protección a la salud (el derecho a la seguridad social se había introducido en 1971).

Así, se incorpora un nuevo derecho, el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y se obliga al Estado a tutelar la preservación de la naturaleza.²⁷

La protección de la salud se concibe como un derecho y no únicamente como una obligación del Estado. La formulación de este derecho también contempla un acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, el deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, la posibilidad de establecer cotizaciones obligatorias y la libertad de elección del sistema de salud sea este estatal o privado.²⁸

En materia de educación, se mantiene la obligatoriedad de la educación básica y la libertad de enseñanza, pero se introduce el derecho preferente y

²⁴ *Ibid.*, numeral 10°.

²⁵ Ver el capítulo VIII de este libro: “Estado subsidiario y Estado empresario”.

²⁶ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es parte de los tratados internacionales que ha suscrito Chile (1969) y fue promulgado por Decreto Supremo en 1989. Este pacto obliga a los Estados a resguardar condiciones materiales inherentes a la dignidad humana. Este pacto no obliga a los Estados a reconocer estos derechos en la Constitución, ni tampoco a darle tutela para su satisfacción.

²⁷ Constitución 1980, capítulo III, artículo 19, numeral 8°.

²⁸ *Ibid.*, numeral 9°.

el deber de los padres de educar a los hijos, la obligación del Estado de financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso de toda la población y el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, y se eliminan los requisitos de gratuidad y sin finalidad de lucro para los establecimientos escolares que reciban recursos del Estado. Además, la Constitución estipula que los requisitos mínimos para cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media, para el reconocimiento oficial del Estado y las normas objetivas que permitan al Estado velar por su cumplimiento, estarán en una ley orgánica constitucional, sujeta al control preventivo del Tribunal Constitucional y con *quorum* supramayoritario (4/7) para su modificación.²⁹

En materia de derechos laborales, el numeral 16° mantiene el derecho a la libre elección del trabajo y a la protección de todo tipo de trabajo e industria (salvo aquellos que expresamente estén prohibidos por las razones que se señalan), pero elimina el derecho a una justa participación en los beneficios que de su actividad laboral provengan, sustituye el derecho a una remuneración suficiente, que asegure un bienestar acorde con la dignidad humana, por una justa remuneración y restringe el derecho a huelga de los funcionarios públicos y de los empleados que trabajan en servicios de utilidad pública.

El numeral 19° mantiene el derecho a sindicarse y a la libertad y autonomía de los sindicatos. Junto con estos derechos, se incorporan explícitamente la libertad de contratación, la prohibición de discriminar sobre la base de algo distinto de la capacidad e idoneidad, la protección a la libre afiliación como garantía de la libertad de trabajo, el derecho a la negociación colectiva y permite la exigencia de grados o títulos universitarios para el ejercicio de algunas profesiones que establecerá la ley.

En seguridad social se establece como tarea del Estado garantizar el acceso de todos al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, y permite cotizaciones obligatorias.³⁰

En materia de garantías, la Constitución de 1980 otorga por primera vez acción de tutela directa a algunos derechos. Sin embargo, como se aprecia en el anexo, se advierte en la consagración de los derechos un sesgo en favor de la libertad económica (libertad de elección, de enseñanza, de trabajo), en desmedro del contenido de los derechos económicos y sociales.³¹ Esta forma de consagrar los derechos económicos y sociales sigue vigente hasta hoy.

²⁹ *Ibid.*, numeral 10° y 11°.

³⁰ *Ibid.*, numeral 18°.

³¹ La Constitución considera la posibilidad de reclamar el cumplimiento de estos derechos en la Corte de Apelaciones solo para los siguientes: la libertad de elección del sistema de salud, la libertad de enseñanza, libertad de trabajo, libre elección y contratación, libertad de sindi-

Durante los últimos 30 años de gobiernos democráticos, la Constitución ha sufrido cerca de 50 modificaciones. De estas, solo dos han sido relativas a los derechos económicos y sociales, y atañen específicamente a educación. En 2003 se introduce la obligatoriedad de la educación media y en 2013 se establece la obligatoriedad del segundo nivel de transición (kínder) y la obligación del Estado de financiar un sistema gratuito a partir del nivel medio menor (*play group*).

En 2018, en los últimos días de su mandato, la presidenta Bachelet envió un proyecto de reforma constitucional para su tramitación al Congreso. Si bien este proyecto no ha sido tramitado, no puede dejar de considerárselo como un antecedente importante para la discusión que aquí nos convoca. Este proyecto concibe a la República de Chile como un Estado social;³² menciona que el respeto a los derechos y garantías que la Constitución consagra deben realizarse con responsabilidad fiscal,³³ introduce el derecho a vivir en una vivienda digna;³⁴ mantiene la libertad de elección del sistema de salud, pero agrega que este no podrá discriminar negativamente;³⁵ incorpora la gratuidad de la educación superior impartida en establecimientos estatales o privados;³⁶ dota de contenido la seguridad social (jubilación, retiro o pérdida de trabajo), introduce la libertad de elección en el sistema de pensiones entre entidades estatales y privadas, pero prohíbe la discriminación negativa.³⁷ El cambio más importante en materia de derechos sociales que introduce esta propuesta es la tutela universal de estos, otorgando a los tribunales ordinarios la facultad de resguardar estos derechos y, en segunda instancia, al Tribunal Constitucional.³⁸

Es importante mencionar lo que ha sucedido a nivel de jurisprudencia. Si bien la actual Constitución no contempla tutela para los derechos económicos y sociales, a través de los recursos de inaplicabilidad, que resuelve el Tribunal Constitucional, y los recursos de protección a través de los tribunales superiores de justicia que apelan a otros derechos que sí gozan de tutela, como el derecho a la vida o a la no discriminación arbitraria, se ha avanzado en la garantía de prestaciones sociales. En las últimas décadas

carse y cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal, imputable a una autoridad o persona determinada. Ver capítulo III, artículo 20, de la Constitución de 1980.

³² Ver Boletín N° 11.617-07, Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República, artículo único, numeral 2°, artículo 2.

³³ Ver *ibid.*, artículo 3.

³⁴ Ver *ibid.*, numeral 4°, artículo 19, numeral 12°.

³⁵ Ver *ibid.*, numeral 13°.

³⁶ Ver *ibid.*, numeral 14°.

³⁷ Ver *ibid.*, numeral 25°.

³⁸ Ver *ibid.*, artículo 20.

se ha vuelto una práctica constitucional recurrente,³⁹ “invocar como derecho amenazado, perturbado o privado, el derecho de propiedad sobre cosas incorporales, extendiéndolo a todo el catálogo de derechos constitucionales, para soslayar el límite que el artículo 20 consagra respecto de los derechos recurribles de protección. Las consecuencias de esto han sido el uso y abuso del recurso de protección en forma creciente”.⁴⁰ Los recursos más numerosos refieren al ámbito de la salud, donde se reclama financiamiento estatal para medicamentos o prestaciones médicas, que no están cubiertas por la ley o los programas de salud, amparándose en el derecho a la vida, que a diferencia de la protección de la salud sí tiene tutela.⁴¹

3. EVIDENCIA COMPARADA

La convergencia histórica global⁴² sobre la incorporación de derechos sociales y económicos en la Constitución no es homogénea en cuanto a su estatus formal, alcance y naturaleza de tales derechos. Jung, Hirschl y Rosevear, en 2014, analizaron 16 de estos derechos en 195 constituciones del mundo y encontraron que no todos estos derechos están igualmente extendidos. Específicamente, el cuadro VII.1 muestra que 55% de las constituciones tenía presente el derecho a la educación de manera justiciable (presente-justiciable), 25% lo tenía presente de forma aspiracional (presente-aspiracional) y en 20% de estas no está presente.⁴³ El segundo derecho más presente es el dere-

³⁹ Ver Carmona (2005).

⁴⁰ Ver Fuenzalida (2007). Ver también Vergara (1991-1992), Guzmán (2006); Bordalí (2006) y Ruiz-Tagle (2006).

⁴¹ Ver, por ejemplo, los siguientes fallos de la Corte Suprema, de la Corte de Apelaciones y del Tribunal Constitucional. Fallos de la Corte Suprema: F.M.I.A.V. y otros con FONASA, recurso de protección, Rol N°25.161-2018, 4/2/2019; y Luz Gutiérrez Severino con la Comisión Técnica Asesora de Trasplante de Médula Ósea de Adultos dependiente de la Subsecretaría de Salud Pública, recurso de protección Rol N°45.079-2017, 29/12/2017. Fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Gabriel Alejandro Castillo Johansen con Isapre Cruz Blanca S.A., recurso de protección Rol N°5.744-2019 PRO, 29/1/2020. Fallos de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional, Rol N°1287-08-INA, 8/9/2009, y Rol N°1572-09-INA, 30/11/2010. Fallo del Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad: Rol N°1710-10-INC, 6/8/2010.

⁴² Para un análisis temporal de la inclusión de los derechos económicos y sociales en la Constitución revisar Rosevear, Hirschl y Jung (2019).

⁴³ Las definiciones específicas usadas por Jung, Hirschl y Rosevear (2014) son “Justiciable”: el Gobierno puede ser llevado a los tribunales por no garantizar los derechos económicos y sociales prometidos en la Constitución; los ciudadanos tienen recursos legales para garantizar el cumplimiento de sus derechos constitucionales; generalmente, un mecanismo de revisión judicial consagrado en la Constitución. “Aspiracional” o “Principio rector de la política estatal”: enumeración de los derechos constitucionales destinados a guiar la política estatal y/o expresar ideales, pero no son vinculantes; ordena al Gobierno que tenga en cuenta el bienestar social al tomar decisiones políticas, pero no crea ninguna obligación de hacerlo; los ciudadanos no tienen

cho a la sindicalización, que está presente de manera justiciable en el 63% de las constituciones analizadas, de forma aspiracional en el 11% y en el 24% no está presente. El derecho a la salud se encuentra presente-justiciable en el 41% de las constituciones analizadas, presente-aspiracional en el 28% y en el 31% no se encuentra presente. El derecho a la seguridad social está presente-justiciable en el 41% de las constituciones analizadas, presente-aspiracional en el 27% y en el 32% no se encuentra presente. El derecho a la protección de la infancia está presente-justiciable en el 47% de las constituciones analizadas, presente-aspiracional en el 19% y en el 34% no está presente. Más abajo en la lista se encuentran los derechos a la alimentación y al agua, que se hayan presentes-justiciables en el 13% de las constituciones analizadas, presentes-aspiracionales en el 9% y en el 78% no se encuentran presentes.

recursos legales para garantizar el cumplimiento de sus derechos constitucionales; los derechos económicos y sociales no se consideran derechos fundamentales. “Ausente”: el tema no se menciona en la Constitución, ni como un derecho justiciable ni como un derecho o principio rector aspiracional.

CUADRO VII.1. *Frecuencia de derechos económicos y sociales*

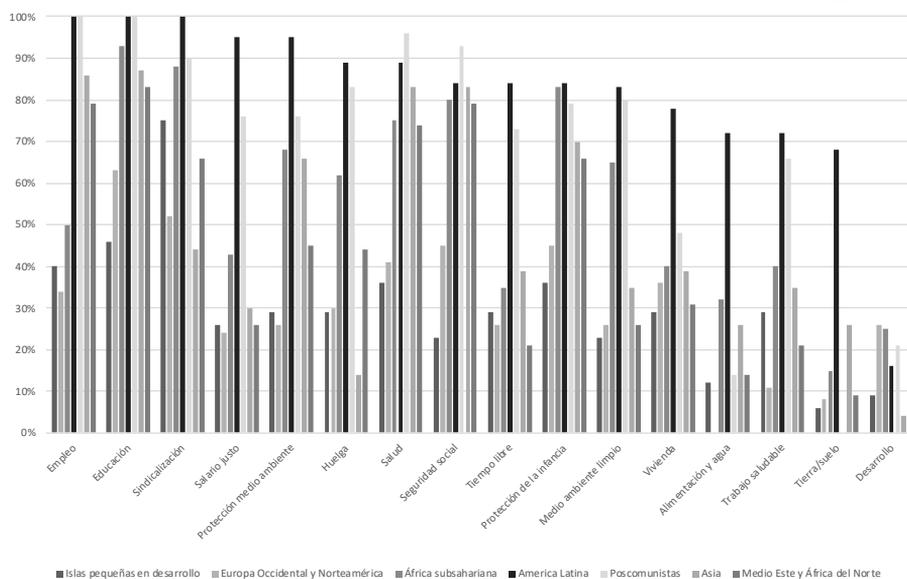
	<i>Presentes</i>	<i>Justiciables</i>	<i>Aspiracionales</i>
Educación	80%	55%	25%
Sindicalización	74%	63%	11%
Salud	69%	41%	28%
Seguridad social	68%	41%	27%
Protección de la infancia	66%	47%	19%
Protección medio ambiente	55%	28%	27%
Huelga	50%	41%	9%
Medio ambiente limpio	47%	32%	15%
Seguridad social laboral	46%	31%	15%
Salario justo	44%	32%	12%
Tiempo libre	42%	29%	13%
Vivienda	41%	25%	16%
Trabajo saludable	38%	26%	12%
Alimentación y agua	22%	13%	9%
Desarrollo	16%	10%	6%
Tierra / suelo	16%	8%	8%
Promedio	49%	33%	16%

Fuente: Jung, Hirschl y Rosevear (2014).

Jung, Hirschl y Rosevear también encuentran que las variables regionales y de tradición jurídica (civil, común, islámico o consuetudinario) son las principales predictoras de la incorporación de estos derechos en la Constitución y del tipo de garantía. Los autores agrupan las regiones en Pequeñas islas en desarrollo, Europa occidental y América del Norte, África subsahariana, América Latina, Poscomunista, Asia, Oriente Medio y África del Norte, y distinguen cinco tradiciones jurídicas para dar cuenta de las combinaciones: tradición “civil pura” (77 casos), tradición “común pura” (22 casos); aquellos países que además de puros tienen algo de tradición de derecho consuetudinario y/o islámico fueron clasificados como tradición “civil mixta” (45 casos) o tradición “común mixta” (24 casos), y finalmente los países combinados de tradición civil y común, o combinados con tradición de derecho consuetudinario y/o islámico, fueron clasificados como “civil y común” (20 casos).

En América Latina, el 100% de las constituciones analizadas tiene presente el derecho a la educación, mientras que en Europa occidental y América del Norte, aproximadamente el 65% de las constituciones lo contempla. De hecho, las constituciones de los países de América Latina tienen la mayor presencia de derechos económicos y sociales. La protección al medio ambiente, a la sindicalización, educación y al salario justo está presente en más del 90% de las constituciones en esta región; y el derecho a la salud, seguridad social, laboral y huelga está presente en cerca del 90%, y en la mayor parte de las constituciones es judicializable. Por otro lado, la mayor parte de las constituciones de Europa occidental y de origen anglosajón no tiene una presencia importante de derechos sociales y económicos, siendo los más comunes el derecho a la sindicalización y a la educación (ver gráfico VII.1).

GRÁFICO VII.1. *Presencia de derechos económicos y sociales por región*



Fuente: Jung, Hirschl y Rosevear (2014)

Los autores encuentran que la presencia de los cuatro derechos sociales estándares en la Constitución de países con derecho civil es 25 puntos porcentuales más probable que en la de países sin derecho civil. Sin embargo, es marginalmente más probable que el derecho a la alimentación y al agua esté presente en jurisdicciones sin ninguna tradición de derecho civil que tradiciones con derecho civil.

Además, el derecho a sindicalización se acerca al mismo nivel de justicia-bilidad en países sin una tradición de derecho civil (55%), que aquellos que son al menos parcialmente de derecho civil (65%). Por otra parte, el derecho a huelga está presente en solo el 14% de los países sin derecho civil, pero está presente en el 63% de los países con tradición de derecho civil.

Los países de derecho civil tienen un promedio de 3,4 derechos económicos por Constitución, mientras que los países sin derecho civil tienen un promedio de 1,8. Los países de derecho civil tienen un promedio de 5,4 derechos sociales consagrados constitucionalmente, y los países sin derecho civil promedian 3,3. Finalmente, la Constitución promedio de derecho no civil contiene 1,2 derechos sociales justiciables, la Constitución promedio de derecho civil 3,7.

Podemos distinguir tres formas en las cuales se enfrenta el tema del reconocimiento de los derechos económicos y sociales en la Constitución en el mundo:⁴⁴ a) derechos exigidos judicialmente o derechos tutelados, b) derechos reconocidos, pero no exigidos judicialmente, c) derechos no reconocidos.

La forma más fuerte de reconocimiento constitucional es enumerar los derechos económicos y sociales como derechos exigibles judicialmente, de una manera similar a como están considerados los derechos civiles y políticos, incorporando el principio de realización progresiva, no regresión y núcleo mínimo. El de realización progresiva impone al Estado el deber de actuar dentro de su capacidad y a medida que aumenta la capacidad, el nivel de provisión debe aumentar. El principio de no regresión significa que no se puede reducir el contenido y la extensión de las prestaciones sociales. Establecer un núcleo mínimo implica garantizar un piso básico en cada derecho al que se debe dar prioridad inmediata. Entre los países que reconocen los derechos económicos y sociales constitucionalmente y son exigibles judicialmente se encuentran Sudáfrica, Kenia, Brasil y Colombia. Un reconocimiento más débil dentro de este grupo es la consagración de estos derechos con tutela, pero restringiendo dicha tutela a lo establecido en las leyes y reglamentos, como es el caso de España.

Los derechos económicos y sociales pueden incorporarse a la Constitución en forma de principios rectores (aspiraciones), que no son vinculantes para el Estado en un sentido jurídico. Cuando es de esta forma, se espera que el contenido de estos derechos, así como su extensión, sean determinados por los poderes Legislativo y Ejecutivo. La inclusión de derechos económicos y sociales en forma de principios rectores sin tutela es relativamente común en países cuya tradición constitucional se deriva del derecho consuetudinario inglés, como las constituciones de Ghana, India, Irlanda, Malta, Nigeria y Papúa Nueva Guinea. Otra forma de reconocer y expresar un com-

⁴⁴ Categorías basadas en Ahmed y Bulmer (2017).

promiso con los derechos económicos y sociales, sin mencionarlos explícitamente y sin darles garantía judicial, es considerar al Estado como un Estado social o mencionar estos derechos en el preámbulo y no en el cuerpo del texto constitucional. Por ejemplo, las constituciones de Francia de 1946 y 1958 adoptaron este enfoque. Posteriormente, el Consejo Constitucional francés decidió que el preámbulo era justiciable y que la legislación podía revisarse antes de su promulgación para comprobar su conformidad con los derechos económicos y sociales contenidos en ella; sin embargo, esta forma de considerar el preámbulo como vinculante es un desarrollo relativamente inusual. La Constitución de Alemania define al Estado como social, sin mencionar los derechos que de aquí se desprenden. La Constitución de Suiza considera el bienestar de la población y la igualdad de oportunidades como fines del Estado, y concibe las prestaciones sociales como objetivos sociales, limitados por los recursos económicos disponibles y sin garantías judiciales. La actual Constitución de Chile se ubicaría probablemente en esta categoría, pues si bien incorpora los derechos económicos y sociales en la Constitución, la gran mayoría de estos no goza de garantía.

Algunas constituciones, particularmente las federales y las pertenecientes al *Commonwealth*, asignan poderes específicos o esferas de competencia a los Estados. Las constituciones de Australia, Canadá y Alemania no hacen ninguna referencia explícita a los derechos económicos y sociales, pero cada una confiere poderes sobre estos asuntos a los Estados. Hay también países donde no existe un reconocimiento constitucional específico. En estos los derechos económicos y sociales pueden ser adoptados por ley ordinaria. Un ejemplo de estos son los países con monarquía constitucional, como los escandinavos y Holanda. Si las leyes ordinarias se aprueban después de una larga disputa política y un amplio debate público, pueden volverse tan importantes, tan fundamentales, que se afianzan políticamente, en el sentido de que sería muy difícil cambiarlo sin un proceso igualmente expansivo y extenso. Estas leyes se conocen como “súper estatutos”.⁴⁵

Es posible también incorporar los derechos económicos y sociales mediante la adhesión a tratados y otros acuerdos internacionales. Esto puede ser más simple y menos controvertido que tener que negociar y establecer cada derecho en una nueva Constitución. La desventaja de este enfoque es que puede ser percibido como una importación extranjera, no algo que la sociedad haya acordado. Aunque para que un tratado internacional tenga rango constitucional exige el mismo *quorum* que la Constitución, por ende, en los hechos tiene igual importancia (a no ser que ese tratado no goce del *quorum* suficiente y tenga un rango inferior a la Constitución).

⁴⁵ Eskridge y Ferejohn (2001).

Adicionalmente, la literatura señala que no existe una correlación entre incluir los derechos económicos y sociales en la Constitución con el bienestar social de esa población o la satisfacción de dichos derechos. Chilton y Versteeg (2017), con una muestra de 196 países, exploraron si el derecho a educación y salud está asociado con un incremento en el gasto público y no encontraron una asociación entre adopción de derechos y gasto público. El mismo 2017, Minkler y Prakash, tras analizar 195 países, observaron una correlación negativa entre derechos económicos y sociales judicializables y pobreza. Por ejemplo, algunos casos notables, como Australia, Dinamarca, Finlandia y Suecia tienen constituciones que no mencionan estos derechos o solo los mencionan mínimamente, aunque apoyan políticas sólidas de bienestar social a través de la legislación ordinaria. Esto no significa que el afianzamiento constitucional de los derechos económicos y sociales no tenga ningún efecto, pero la incorporación constitucional es solo una herramienta para lograr el progreso socioeconómico.

Es importante mencionar que se observa un cambio a nivel mundial en la jurisprudencia sobre los derechos sociales. Más allá de la extrema judicialización de los derechos sociales en aquellos países donde la Constitución entrega dicha tutela, como Colombia, Brasil y Sudáfrica, se advierte una tendencia de las cortes a nivel internacional a entregar determinadas prestaciones sociales bajo el pretexto de resguardar derechos que sí gozan de tutela, como son el derecho a la vida, el principio de igualdad o de no discriminación arbitraria. Ejemplos de esta transformación paradigmática de la jurisprudencia se observan en India,⁴⁶ Canadá⁴⁷ e Irlanda,⁴⁸ así como también en Chile.

4. PROPUESTAS

Dado que las autoras no alcanzamos acuerdo en la forma de concebir las prestaciones o los derechos económicos y sociales en la Constitución, presentaremos a continuación dos alternativas.

4.1. Propuesta de Sylvia Eyzaguirre

La condición libre e igual del ser humano depende en parte de condiciones materiales. De ahí que considero necesario resguardar en la Constitución la

⁴⁶ Narmada Bachao Andolan versus Union of India and others (2000).

⁴⁷ Eldridge versus British Columbia (1999), Dunmore versus Ontario (2001), Chaoulli versus Quebec (2005), entre otros.

⁴⁸ O'Reilly versus Limerick Corporation (1989), Shanley versus Galway Corporation (1995), O'Donoghue versus Minister for Health and Ors (1996), entre otros.

dimensión material de la vida humana, garantizando acceso universal a prestaciones sociales básicas. En este sentido, me parece importante mantener el inciso cuarto del artículo primero, que establece como finalidad del Estado la promoción del bien común, asumiendo este como tarea fundamental contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos su mayor realización espiritual y material posible. Asimismo, propongo mantener el artículo 5, donde se garantiza el respeto y la promoción de los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

En esta misma línea, recomiendo mantener los derechos sociales contemplados en la actual Constitución, a saber: el derecho de acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, que establezca la ley; derecho a acceso universal y gratuito a la educación obligatoria y a la educación parvularia a partir del nivel medio menor; derecho a la libertad de enseñanza, que implica el derecho de abrir colegios y de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos; derecho universal a la seguridad social, cuyo contenido estará fijado en una ley, y los derechos laborales (libertad de trabajo y contratación, sindicarse, negociación colectiva, etc.), haciendo más explícito el derecho a huelga.⁴⁹ Además, sugiero complementar estos derechos con el derecho de la protección de la infancia. Todos los niños que han sido vulnerados en sus derechos tienen derecho a exigir protección del Estado.

Junto con estos derechos, la Constitución también debe mencionar deberes y obligaciones del Estado. En este ámbito, propongo mantener los deberes y las obligaciones actuales que contempla la Constitución. Es un deber preferente del Estado, por ejemplo, garantizar la ejecución de las acciones de salud; financiar un sistema gratuito de educación escolar y parvulario, destinado a asegurar el acceso de toda la población a los niveles de enseñanza antes mencionado, y garantizar el acceso de todos al goce de prestaciones de seguridad social básicas uniformes, que estarán establecidas en una ley. Estos deberes y obligaciones del Estado debieran complementarse con dos deberes adicionales: velar por la protección de los menores de edad que han sufrido vulneración de sus derechos y proveer de una vivienda digna a quienes por sus propios medios no puedan hacerlo, según se establezca en la ley para ambos casos. Junto con estos deberes o fines del Estado, considero fundamental que la nueva Constitución man-

⁴⁹ Actualmente, la Constitución solo menciona explícitamente restricciones al derecho a huelga para funcionarios públicos o de servicios esenciales. Con ello se subentiende que la huelga estaría considerada en la Constitución como un derecho laboral, aun cuando no se lo menciona de forma explícita. Es preferible hacer más explícito este derecho en la nueva Constitución.

tenga la obligatoriedad del segundo nivel de transición, la enseñanza básica y media, y el deber de los padres de educar a sus hijos.

Respecto de la garantía de los derechos sociales, propongo tutelar los derechos sociales, de manera que puedan ser justiciables, pero la regulación de estos derechos, al igual que su extensión, debe quedar en manos de la Ley y la Administración, como es el caso de la Constitución de España, que en el tercer inciso del artículo 53 establece que solo “podrán ser alegados ante la jurisprudencia ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”, y en línea con las conclusiones de los participantes de las *Propuestas constitucionales* publicadas por el Centro de Estudios Públicos.⁵⁰ Con esto se busca restringir la acción de los jueces en la determinación de la política social y así evitar sus efectos adversos.

En relación con los deberes del Estado en materia social, la Constitución debiera mencionar de forma explícita que estos se restringen a los medios disponibles y que de ellos no se desprenden derechos con acción judicial a beneficios estatales, tal como lo establece la Constitución Suiza en sus incisos tercero y cuarto del artículo 41. Esto implica excluir de la Constitución los requisitos de no regresividad y de desarrollo progresivo.

Dada la escasez de recursos y su variación en el tiempo, considero que el contenido y extensión de los derechos sociales y de los deberes del Estado no deberían quedar amarrados en la Constitución. Con ello no solo se busca cuidar la sustentabilidad fiscal y ser responsables con las generaciones futuras, sino también entregarle a la ciudadanía el derecho a decidir cómo gastar los escasos recursos del Estado a través de las elecciones democráticas. Este punto es fundamental, pues no hay que perder de vista que mientras más contenido tenga la Constitución, menor es la esfera de deliberación democrática. Dejar la definición del contenido de las prestaciones sociales a la política y no a los jueces tiene varias ventajas. En primer lugar, robustece la democracia, pues amplía la esfera de la deliberación política, que se lleva a cabo por instituciones (Poder Ejecutivo y Legislativo) que tienen responsabilidad política, en contraposición con el Poder Judicial, que carece de ella. En segundo lugar, se resguarda el principio de equidad, la política tiene criterios redistributivos más progresivos que la justicia. En tercer lugar, está en juego el resguardo de la responsabilidad fiscal, que no solo busca la sostenibilidad financiera del Estado, sino también la responsabilidad ética con las generaciones futuras.

⁵⁰ “Ahora bien, desde el punto de vista del razonamiento que un tribunal debe desplegar cuando debe pronunciarse sobre estos DESC, el punto es el tipo de premisa normativa que debiera invocar en primer lugar un juez a la hora de cautelar estos derechos. Hay cierta convergencia en que dicha premisa debería ser la ley y las normas administrativas, no la Constitución. Es decir, estos derechos pueden estar consagrados en la Constitución, pero esta debería dejar su regulación a la Ley y a la Administración”. Sierra (2016).

Finalmente, estoy en desacuerdo con definir al Estado como social en la Constitución. Así como considero que el Estado no deba ser definido *a priori* como subsidiario, tampoco creo que deba ser concebido *a priori* como social. Como hemos visto, estas definiciones terminan siendo interpretadas por el Tribunal Constitucional, cuya interpretación depende principalmente de su composición. En este aspecto, estimo preferible que sea la ciudadanía a través del voto la que vaya definiendo periódicamente el rol del Estado, a que este dependa de la interpretación del Tribunal Constitucional.

4.2. Propuesta de Claudia Sanhueza

Propongo en primer lugar incluir en el preámbulo:

- Chile es un Estado social y democrático de derecho.

Un Estado social y democrático de derecho es una apelación de carácter general, “viva y abierta”⁵¹ y tiene varias interpretaciones.⁵² Por una parte, le atribuye un rol al Estado como principal responsable de garantizar la dignidad humana como condición necesaria para el ejercicio de la libertad. Por otra parte, es una manera de equilibrar los aspectos económicos (propiedad privada), sociales y democráticos en la Constitución y las leyes. Además, puede interpretarse como una forma de entender la prestación de derechos sociales no en clave individual sino en clave comunitaria. La jurisprudencia alemana⁵³ ha hecho algunas interpretaciones de la cláusula del Estado social en su Constitución como un mandato constitucional al legislador, para que se interese por los asuntos sociales y como habilitación al legislador para que configure el establecimiento de leyes que den garantía de justicia social. Adicionalmente, en línea con los diseños descritos en el capítulo, planteo considerar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para incorporar los derechos económicos y sociales en la Constitución de manera garantizada progresivamente, que incluyen:⁵⁴

- El derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores: huelga, salario justo, no discriminación, sindicalización.
- El derecho a la salud.
- El derecho al agua.
- El derecho a la seguridad social.

⁵¹ Böckenförde (2000).

⁵² Viera (2014).

⁵³ Ver Benda (2001).

⁵⁴ Como en el capítulo no nos referimos a derechos culturales, se omitieron de la lista, pero forman parte del Pidesc y si este se adoptara, habría que incluirlos.

- El derecho a la vivienda.
- El derecho a la alimentación.
- El derecho a la educación.
- El derecho a un medio ambiente adecuado y saludable.

Así, el Estado tiene la obligación de tomar medidas progresivas con el máximo de sus recursos disponibles hacia la plena realización de estos. En particular, el Estado tiene la obligación de respetarlos (abstenerse de violarlos), protegerlos (impedir que otros los violen), cumplirlos (tomar las medidas necesarias para hacerlos efectivos, como aprobar legislación, disponer partidas presupuestarias y otros procesos administrativos) y evitar la discriminación en el acceso basada en motivos específicos, que pueden incluir la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica y el nacimiento, entre otros.

La política pública definida en las leyes debe buscar formas de garantizarlos de manera oportuna y con calidad, bajo los principios arriba señalados. Sin embargo, como lo he señalado en otros capítulos, la justiciabilidad de estos derechos se hace necesaria en la Constitución para equilibrar los aspectos económicos constitucionales con los sociales y democráticos. Sugiero tomar el espíritu de la propuesta presentada por el gobierno de Michelle Bachelet (Boletín N°11.617-07) en dos aspectos:

- **Justiciabilidad:**
Artículo 20.- Quien estime ser lesionado en los derechos establecidos en esta Constitución por actos arbitrarios o ilegales, causado por cualquier persona o institución, sea esta privada o pública, puede recurrir ante cualquier tribunal ordinario de primera instancia para obtener la efectiva protección frente a tal vulneración y el restablecimiento del derecho lesionado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda impetrar jurisdiccionalmente. De lo resuelto por el tribunal respectivo será apelable ante el Tribunal Constitucional.
- **Responsabilidad fiscal:**
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.

5. REFERENCIAS

- Ahmed, D. y E. Bulmer. (2017). "Social and Economic Rights". *International IDEA Constitution-Building Primer 9*.
- Benda, E. (2001). "El estado social de Derecho". En Benda, E. et al., *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, páginas 487-559.
- Böckenförde, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Berlin, I. (1958). *Two concepts of Liberty*. Oxford: Clarendon Press.
- Bordalí, A. (2006). "La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de Justicia Constitucional". En Bordalí, A. (editor). *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Lexis Nexis, páginas 35-65.
- Brennan, J. F. (2014). *Why not capitalism?* Nueva York: Routledge.
- Carmona, C. (2005). "El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003". En Ferrada, J. C. (coordinador). *La justicia administrativa*. Santiago: Lexis Nexis.
- Chilton, A. y M. Versteeg. (2017). "Rights without Resources: The Impact of Constitutional Social Rights on Social Spending". *The Journal of Law and Economics*, Vol. 60 N°4.
- Cohen, G. A. (2002). "¿Por qué no el socialismo?". En Gargarella, R. y F. Ovejeros (editores). *Razones para el Socialismo*. Barcelona: Paidós.
- Eskridge, W. N. y J. Ferejohn. (2001). "Super-Statutes". *Duke Law Journal* Vol. 50 N°5, páginas 1215-1276.
- Fuenzalida, P. (2007). *La titularidad de los derechos fundamentales y las relaciones de sujeción especial en la Constitución chilena*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- Guzmán, A. (2006). *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hayek, F. W. (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- Henkin, L. (1990). "The Age of Rights". Nueva York: Columbia University Press.
- , S. Cleveland, L. Helfer, G. Neuman y D. Orentlicher. (2009). *Human Rights*. USA: Foundation Press.
- Jung, C., R. Hirschl y E. Rosevear. (2014). "Economic and Social Rights in National Constitutions". *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62 N°4, páginas 1043-1093.
- Kelley, D. (1998). *A Life of One's Own*. Washington D.C.: Cato Institute.
- Langford, M. (2008). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Locke, J. (1965; original 1690). *Two Treatises on Government*. Nueva York: Mentor.

- Marshall, T. H. (1950). *Citizenship and Social Class and other essays*. Cambridge: University Press.
- Minkler, L. y N. Prakash (2017). "The Role of Constitutions on Poverty: A Cross-National Investigation". *Journal of Comparative Economics*, Vol. 45 N°3.
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State and Utopia*. Cambridge: Harvard University Press.
- Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración de los Derechos Humanos*.
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Pidesc).
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ruiz-Tagle, P. (2006). "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario". En Bordalí, A. (editor), *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Lexis Nexis, páginas 69-128.
- Rosevear, E., R. Hirschl y C. Jung. (2019). "Justiciable and Aspirational Economic and Social Rights in National Constitutions". En Young, K. (editor). *The Future of Economic and Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, páginas 37-65.
- Scanlon, T. M. (2004). "When Does Equality Matter?". Conferencia en la Escuela de Gobierno John F. Kennedy (Universidad de Harvard) el 4 de abril de 2004.
- Sen, A. (1979). "Equality of What? The Tanner Lecture On Human Values". Conferencia en la Universidad de Stanford el 22 de mayo de 1979.
- Sierra, L. (editor). (2016). *Propuestas Constitucionales*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- Sunstein, Cass Robert. (2001). "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa". John M. Olin Program in Law and Economics, *Working Paper N° 124*.
- Vergara, A. (1991-1992). "La propietarización de los derechos". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XIV, páginas 281-291.
- Viera, Christian. (2014). "Estado Social como Fórmula en la Constitución Chilena". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 21 N°2, páginas 453-482.
- Waldron, J. (1991). "Homelessness and the Issue of Freedom". *UCLA Law Review*, Vol. 39 N°1, páginas 295-324.

6. ANEXO

*Derechos económicos y sociales
y su consagración en la actual Constitución*

<i>Derechos (numeral)</i>	<i>Especificaciones (incisos)</i>	<i>Tutela</i>
8° Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.	Inciso 1: El Estado debe velar para que este derecho no sea afectado.	Tutela (con restricciones)
9° Derecho a la protección de la salud.	Inciso 2: El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.	
	Inciso 4: Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley.	
	Inciso 5: Derecho a elegir el sistema de salud.	Tutela
10° Derecho a la educación.	Inciso 3: Los padres tienen el derecho preferente de educar a sus hijos. El Estado debe otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.	
	Inciso 4: Es obligatorio para el Estado garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición.	
	Inciso 5: El Estado debe financiar un sistema gratuito de educación básica y media, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población.	
11° Libertad de enseñanza.	Inciso 1: Derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.	Tutela
	Inciso 2: La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.	Tutela
	Inciso 3: La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político-partidista alguna.	Tutela
	Inciso 4: Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.	Tutela

16° Libertad de trabajo y su protección.	Inciso 2: Derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.	Tutela
	Inciso 3: Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal.	
	Inciso 4: Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida (salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional).	Tutela
	Inciso 5: Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos.	
	Inciso 6: Derecho a la negociación colectiva. La ley establece expresamente las excepciones, así como las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr una solución justa y pacífica.	
	Inciso 7: Restricción a la huelga de funcionarios del Estado, municipales y de servicios de utilidad pública. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones y empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a esta prohibición.	
18° Derecho a la seguridad social.	Inciso 3: La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes.	
	Inciso 4: El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.	

7. COMENTARIOS DEL RESTO DE LOS AUTORES A LAS PROPUESTAS

Resumen

Suscriben propuesta de Eyzaguirre: Sebastián Claro, Pablo Correa y Rodrigo Vergara.

Suscribe propuesta de Sanhueza: Andrea Repetto.

Suscriben con reservas parte de las propuestas de ambas autoras: Luis Eduardo Escobar, Jorge Rodríguez y Rodrigo Valdés.

Comentarios específicos:

- Sebastián Claro

Concuerdo con la propuesta de reconocer las finalidades del Estado en materia social que se establecen en la Constitución actual y de no establecer en ella derechos sociales asegurados que puedan reclamarse judicialmente si no están adecuadamente refrendados y definidos en una ley o reglamento. De otra manera, se otorga un poder excesivo al sistema judicial, debilitando de paso los órganos representativos y el accionar de la democracia, se arriesga favorecer a aquellas personas con mejor acceso a tribunales, y se corre el riesgo de hipotecar las finanzas públicas.

Sobre la restricción al financiamiento, propongo una redacción más explícita respecto de que los deberes del Estado en materia social deban restringirse a los medios disponibles, siendo coherentes con la administración sustentable de las finanzas públicas.

- Pablo Correa

Probablemente este sea uno de los temas más sensibles y relevantes para la gran mayoría de la población frente al proceso constituyente. A diferencia de otros ámbitos analizados en este volumen, las consideraciones económicas son solo una parte de la reflexión, que traspasa la técnica e incluye posturas de filosofía política respecto de la conformación social, la dignidad humana y las condiciones necesarias para el ejercicio de la libertad, entre otros.

Coincido con la visión de Eyzaguirre respecto de que la Constitución deba explícitamente garantizar el acceso universal a ciertas prestaciones básicas que permitan a todos los ciudadanos el ejercicio de su dignidad y libertad, sin que esto implique caracterizar en la misma el rol del Estado. Este debería poder quedar determinado

en forma dinámica en el tiempo, a través del ejercicio democrático y no a través de interpretaciones judiciales. Adicionalmente, la redacción actual del inciso cuarto del artículo primero recoge, en mi visión, esa finalidad en el accionar del Estado.

Concuerdo con la autora en la lista acotada de derechos y deberes que se presenta, ya que considero que es un error que la Constitución establezca un catálogo extenso de derechos imposibles de proveer, que terminen por erosionar la confianza ciudadana en la misma.

Como forma de robustecer la democracia, me parece necesario avanzar en el reconocimiento del derecho tutelado, de acuerdo a lo que establezca la ley, de manera de restringir la acción judicial y la formulación de políticas públicas a través de fallos, toda vez que es un proceso poco democrático y con cuestionables consideraciones redistributivas. En cambio, una tutela sobre la extensión definida por la ley parece una solución preferible, más equitativa y que favorece la deliberación democrática en el tiempo, sobre la extensión de los derechos constitucionales. Finalmente, pienso que es necesario reforzar las consideraciones intergeneracionales fiscales de la extensión de estos derechos.

- Luis Eduardo Escobar

Comparto con Eyzaguirre la inconveniencia de caracterizar en el texto constitucional el tipo de sociedad o Estado al que aspiramos. Creo que con el tiempo ese tipo de definición genera más problemas de los que resuelve. En parte, eso es lo que ha ocurrido con la Constitución de 1980 y su principio de subsidiariedad.

Sin embargo, en contraposición a las aspiraciones de Eyzaguirre, hemos visto que la democracia expresada en la formación de leyes específicas, al menos en su versión criolla, puede ser cooptada por los grandes intereses económicos. El resultado ha sido que en casos críticos las normas legales han resultado incapaces, cuando no contrarias, de cumplir con los objetivos de proteger la dignidad de las personas y promover la igualdad de oportunidades.

Por ese motivo tengo la convicción, junto con Sanhueza, de que los derechos económicos, sociales y culturales —aunque estos últimos explícitamente no son abordados en el artículo— deben quedar firmemente establecidos en la futura Constitución.

Ambas autoras, de distintas maneras, buscan equilibrar el avance en materias de derechos con la necesaria protección de la sostenibilidad fiscal de largo plazo. Me parece que la fórmula española puede ser más eficaz y, por tanto, me inclino por esa opción.

- Andrea Repetto

Como describe muy bien el artículo, los derechos económicos y sociales buscan proveer a toda la ciudadanía de determinados bienes básicos indispensables para una vida digna y autónoma. Se trata de un tema filosófico y político, en que la técnica puede aportar en buscar la mejor manera de proveerlos.

En línea con lo planteado por Claudia Sanhueza, me parece apropiado que la Constitución establezca un Estado de derecho democrático y social, que consagre los derechos económicos y sociales, y que establezca el deber del Estado de garantizarlos junto a un principio de sostenibilidad fiscal.

- Jorge Rodríguez

La inclusión de derechos económicos y sociales en la Constitución probablemente sea una de las materias más demandadas por la ciudadanía, pues con ello se aspira a que exista una provisión efectiva de bienes y servicios públicos de calidad con cobertura amplia o universal. Es difícil no adherir a ello como anhelo, pero desde el punto de vista económico no se puede obviar la existencia de una restricción presupuestaria. Como tampoco es deseable definir derechos en la Constitución que luego no se cumplan, por la erosión en la confianza ciudadana que ello implicaría, es indispensable construir una institucionalidad que contribuya a equilibrar el establecimiento de derechos con su sostenibilidad fiscal.

Ambas autoras están conscientes de este desafío, pero no concuerdan en la forma de resolverlo. La alternativa que considero más pertinente a explorar es la de definir como principio el establecimiento de mínimos garantizados y, sobre ello, una progresividad asociada al desarrollo del país y al principio de responsabilidad fiscal de financiar gastos permanentes con ingresos permanentes. Los mínimos garantizados específicos y su progresividad debieran definirse a nivel de leyes para los distintos derechos.

Un segundo gran desafío se refiere a los mecanismos de exigencia de los derechos que se definan. Al respecto, considero que los derechos para ser efectivos, y no solo declarativos, deben ser objeto de tutela. Pero el tipo de tutela que se defina también tiene incidencia en la sostenibilidad fiscal. Entre las alternativas planteadas por las autoras, me parece pertinente explorar el caso español, que describen como de “consagración de estos derechos con tutela, pero restringiéndola a lo establecido en las leyes y reglamentos”. Esta forma de tutela, que debiera quedar establecida en la Constitución, es consistente con el principio de responsabili-

dad fiscal si es que cada vez que se legisla un derecho en particular se hace con su debido costeo y el aseguramiento de la existencia de recursos para su financiamiento. A la vez, esta forma de tutela contribuiría a que sean las leyes, discutidas democráticamente en el Congreso, y no los tribunales, los que definan la cobertura y la calidad de los bienes y servicios públicos. Esto reduciría el riesgo de incrementalismo de gasto sin respaldo financiero.

- Rodrigo Valdés

Este capítulo de Eyzaguirre y Sanhueza analiza el tema posiblemente más complejo de los considerados en este libro, o al menos el que tiene más aristas que difieren a una puramente económica. Incluso, hay asuntos legales y de filosofía política que podrían tener preeminencia por sobre consideraciones que han sido el ancla de otros capítulos.

Desde el punto de vista de la economía, un elemento central que debería preocuparnos es el potencial efecto de la inclusión de derechos sociales y económicos justiciables sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas, especialmente si son las cortes las que finalmente decidieran sobre los niveles de provisión. Ambas propuestas son relativamente cuidadosas en este ámbito: Eyzaguirre sugiere que la nueva Constitución incluya el mecanismo que utiliza la Constitución española (tutela sobre lo que la ley determina como beneficio), mientras Sanhueza incluye el principio de sostenibilidad fiscal como contrapeso del ejercicio de los derechos.

Para el diseño, creo importante tomar en cuenta que los países que han establecido largos catálogos de derechos justiciables no son ejemplos particularmente exitosos (Brasil, Colombia, Sudáfrica), mientras que la evidencia empírica muestra que su inclusión no tendría los resultados buscados. También tengo aprensiones a que la simple tutela sobre un catálogo de derechos tenga como resultado que solo personas individuales logren su garantía, perdiéndose la oportunidad de que la garantía se pueda ejercer colectivamente. Por último, considero importante que Alemania y España, países con un régimen legal de tradición romana y bastante exitosos, definan su respectivo Estado como “democrático y social”.

Dado lo anterior, en mi opinión la Constitución debería establecer: 1) que Chile es un Estado democrático y social de Derecho; 2) un listado acotado y preciso de derechos sociales y económicos, junto a que es deber del Estado garantizarlos, y 3) un mecanismo de tutela como el español, es decir, una remisión a las leyes, las

que respetando el contenido constitucional esencial, establecen las especificidades de los derechos sobre los que existe la garantía justiciable.

- Rodrigo Vergara

El tema de los derechos económicos y sociales es clave en la Constitución. Sin embargo, sería un error establecer una especie de lista sin fin, imposible de cumplir. Se debe evitar cometer los errores que vemos en las constituciones de otros países de América Latina, en que por la incapacidad presupuestaria de financiar los derechos establecidos, la Constitución y las instituciones pierden credibilidad. Además, la evidencia muestra que no hay un correlato entre mayores derechos consagrados en las constituciones y desarrollo social.

Coincido en que los ejemplos de España y Suiza son interesantes. En este último se considera el bienestar de la población y la igualdad de oportunidades como fines del Estado, y concibe las prestaciones sociales como objetivos sociales, limitados por los recursos económicos disponibles y sin garantías judiciales. Lo relacionado con el rol social del Estado no es muy diferente a lo que contienen los artículos 1 y 5 de la actual Constitución en Chile. Definir en la Constitución al Estado como “social” es algo que, como sostiene Eyzaguirre, puede limitar el debate democrático respecto al rol del Estado en cada momento.

Me parece bien que estos derechos, llamados de segunda generación, sean justiciables, pero a nivel de ley, como en el caso de España. Con ello se mantiene el control del presupuesto en el Ejecutivo y Legislativo, y se evita que la política social sea dictada por el Poder Judicial.

Considero que amarrar el contenido y extensión de los derechos sociales en la Constitución sería un error. Ello debe quedar en el ámbito de la política. Si se adopta el concepto de no regresividad en la Constitución, quedamos amarrados con contenidos que pueden no ser razonables en el tiempo. Por ejemplo, podría llevarnos al absurdo de cuestionar la constitucionalidad de una iniciativa legal para subir la edad de jubilación.

CAPÍTULO VIII

ESTADO SUBSIDIARIO Y ESTADO EMPRESARIO

*Pablo Correa**, *Luis Eduardo Escobar*** y *Sylvia Eyzaguirre****

RESUMEN

UNA DE LAS PRINCIPALES críticas que se le hace a la actual Constitución es su concepción del Estado subsidiario. El principio de subsidiariedad hace referencia a la distribución de poder tanto al interior del Estado (descentralización) como entre este y la sociedad civil. Aquí se tratará el principio de subsidiariedad únicamente en este segundo sentido. En particular, revisaremos dos aspectos de la idea de Estado subsidiario: la provisión de ciertas prestaciones públicas esenciales para la población (educación, salud y pensiones) y el rol empresarial del Estado. Las llamadas organizaciones intermedias no serán abordadas en este trabajo, a pesar de su importancia para la calidad de la democracia. Tampoco nos pronunciaremos sobre los bienes y servicios que deba proveer el Estado en calidad de derechos sociales o como principios del Estado; nos restringiremos únicamente a la forma en que estos deben ser provistos.¹

En la primera parte revisamos el concepto de subsidiariedad y sus orígenes históricos. En la segunda pasamos revista a las constituciones chilenas de 1833 y 1925, para constatar que ambas se hacían cargo de los derechos políticos de los ciudadanos y la conformación del Estado, pero no definían el rol del Estado en función de otros principios fundacionales. Posteriormente, mostramos cómo la Constitución de 1980 aplica el principio de la subsidiariedad en los dos ámbitos de análisis. En la tercera sección hacemos un examen comparativo respecto de cómo se tratan la provisión de prestaciones

N. de los A.: Los autores agradecen especialmente los valiosos comentarios y sugerencias de Diego Pardow, Lucas Sierra y Pablo Fuenzalida. De igual forma, agradecen a los coautores de este libro por sus comentarios, sugerencias y las fructíferas y apasionadas discusiones. Todos los errores y omisiones son de nuestra completa responsabilidad.

* Horizontal.

** Consultor independiente.

*** Centro de Estudios Públicos.

¹ Sobre la discusión en torno a los derechos sociales, ver capítulo VII de este libro.

públicas² y las empresas estatales en las constituciones de varios países que nos parecieron relevantes, principalmente latinoamericanos, europeos y de la *Commonwealth* británica.

De estas revisiones concluimos, en la última sección, que la forma de provisión de estas prestaciones no debiese estar presente en una nueva Constitución, sino que su definición debe ser tarea de la política y, por lo tanto, materia de ley. Por una parte, la evidencia internacional muestra que existen distintas formas de proveer estas prestaciones resguardando siempre su rol social. Por otra parte, los distintos diseños de provisión responden a legítimas preferencias políticas. Consideramos que es la democracia la llamada a resolver estas diferencias a través de los órganos que gozan de legitimidad popular y que no quede establecida en la Constitución. No obstante, estimamos que es importante incluir en la Constitución principios orientadores para que la provisión social con recursos fiscales o cotizaciones obligatorias logre cumplir su fin social, como por ejemplo el principio de no discriminación negativa y transparencia. Esto permitiría mantener el principio de libre elección entre entes estatales y privados, resguardando la finalidad social de la prestación. En esta línea, consideramos que las leyes que norman estas provisiones no debieran tener *quorum* supramayoritarios, aunque sí *quorum* calificado, esto es, la mitad más uno de los parlamentarios en ejercicio. En cuanto a las empresas del Estado, recomendamos que estas sean aprobadas por una ley de *quorum* calificado y se rijan por la ley común aplicable a los particulares, manteniendo las excepciones, tal como lo contempla la actual Constitución. Consideramos, sin embargo, adecuado exigir a nivel constitucional que estén sometidas al mismo estándar de divulgación de información que las sociedades anónimas abiertas. En el caso que se considere adecuado eximir las de alguna regulación que aplica a las sociedades anónimas abiertas, esta excepción debería ser aprobada por una ley de *quorum* calificado. Finalmente, proponemos eliminar el inciso tercero del artículo 1, que establece el rol subsidiario del Estado.

1. INTRODUCCIÓN

La palabra subsidiariedad es polivalente. Su origen es latino y proviene de la palabra *subsidium*, que significa dejar algo en reserva o, específicamente, reserva de tropas. Este significado todavía resuena en la primera acepción

² Entendemos por prestaciones públicas las actividades desarrolladas por instituciones estatales o privadas que tienen por objeto satisfacer derechos sociales o fines del Estado establecidos en la Constitución. En particular, nos referiremos a las prestaciones en el ámbito de la educación, salud y seguridad social (provisión de pensiones).

de la palabra subsidiario: “Que se da o se manda en subsidio o socorro de alguien” (Real Academia Española), y que usamos con frecuencia para referirnos a la ayuda que presta el Estado. Sin embargo, en este trabajo nos referiremos a la segunda acepción de la palabra subsidiario, que significa lo “dicho de una acción o una responsabilidad que suple a otra principal” (RAE).

Subsidiariedad, en este sentido, es un principio de distribución de competencias, que aplica tanto al orden social como a la institución del Estado. Este principio señala que los asuntos deben ser resueltos en las instancias más cercanas a los interesados; solo cuando estos no pueden resolverlo se debe acudir a una instancia superior. Así, el principio presenta una doble dimensión. La dimensión negativa obliga a las organizaciones mayores a abstenerse de intervenir en lo que es propio de los entes inferiores y la positiva exige a las organizaciones superiores, por una parte, respetar, proteger y promocionar la autonomía de los entes inferiores, otorgando prioridad a la iniciativa de las personas y sus grupos intermedios; y por otra, hacerse cargo de las necesidades sociales cuando la sociedad civil no pueda o no quiera hacerlo.³

El origen de este principio es antiguo, sin duda premoderno. Antecedentes se pueden encontrar en la *Política* de Aristóteles y en los comentarios a este texto de Tomás de Aquino,⁴ donde se identifican diversas formas de asociación que constituyen una estructura jerárquica, entregando grados importantes de autonomía a las estructuras inferiores del entramado social. En el siglo XVI, el teólogo calvinista Johannes Althusius le da un sentido nuevo al concepto de subsidiariedad, vinculándolo con los distintos niveles de soberanía de la autoridad política. Con ello, el principio de subsidiariedad se convierte en el fundamento de la organización federal del Estado. También en la tradición liberal del siglo XVIII, especialmente en el pensamiento de Alexis de Tocqueville, se reconoce la presencia de este principio en la defensa de la sociedad civil como espacio indispensable para el desarrollo personal y la protección de los derechos civiles y las libertades individuales; esta visión ha influido a pensadores liberales del siglo XX, como Friedrich von Hayek y John Rawls.

Pero el principio de subsidiariedad que inspira la Constitución de 1980 tiene sus raíces teóricas en la Doctrina Social de la Iglesia y fue acuñado en la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII en 1891, donde se propone, junto con el respeto irrestricto a los derechos individuales y la protección preferencial por los más pobres, que el Estado debe ejecutar una labor orientada al bien común solo cuando los particulares o los organismos intermedios no

³ Riofrío (2019).

⁴ Aroney (2014).

la realizan adecuadamente.⁵ Este principio fue profundizado en las siguientes encíclicas, en particular en *Quadragesimo anno*, de Pío XI, en el año 1931.

Las distintas tradiciones de este principio llevan a que con este se nombren dos fenómenos distintos. Por una parte, hace referencia a la distribución de competencias al interior del Estado, promoviendo la descentralización. Por otra, alude a los límites del poder y los deberes del Estado frente a la sociedad civil. Este trabajo se limita a abordar únicamente el segundo uso del principio subsidiario, que dice relación con el límite del poder del Estado y no con su distribución.⁶ Este principio en su segundo uso limita la acción del Estado para resguardar la libertad, autonomía e independencia de las personas, que se manifiestan a través de formas agregativas espontáneas que se suelen llamar entidades intermedias y conforman la sociedad civil. El Estado subsidiario, en este sentido, se opone a los Estados totalitarios o autoritarios, así como a los regímenes que coartan las libertades individuales y de los grupos intermedios. También hay quienes conciben al Estado subsidiario como contrario al Estado social de derechos o de bienestar y lo asocian con un Estado mínimo o “neoliberal”.⁷ En nuestro país, es común identificar al Estado subsidiario con el Estado mínimo o neoliberal, aunque es un uso bastante particular, poco común en la literatura internacional.

2. EVOLUCIÓN DEL ROL DEL ESTADO A LUZ DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL

Generalmente, se dice que Chile ha tenido tres constituciones: la de 1833, 1925 y 1980 (plebiscitada en septiembre de 1980). Esto, a pesar de que antes de 1833 hubo cinco reglamentos y constituciones, pero todos de muy breve vigencia. En cambio, la Constitución de 1833 estuvo en vigor por 92 años, la de 1925 por 56 y la actual ya tiene 39 años.

La Constitución de 1980 es la única de las tres constituciones que establece un concepto del rol del Estado y la sociedad. Las de 1833 y 1925 se limitaban a señalar los derechos políticos de los ciudadanos frente al

⁵ “No es justo (...) que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie. (...) Los derechos, sean de quien fueren, habrán de respetarse inviolablemente; y para que cada uno disfrute del suyo deberá proveer el poder civil. (...) Solo que en la protección de los derechos individuales se habrá de mirar principalmente por los débiles y los pobres. La gente rica, protegida por sus propios recursos, necesita menos de la tutela pública; la clase humilde, por el contrario, carente de todo recurso, se confía principalmente al patrocinio del Estado”. León XIII, *Rerum Novarum*, n. 26 y 27.

⁶ Para un análisis sobre el principio de subsidiariedad en su primer uso, ver el capítulo III sobre descentralización del Estado.

⁷ Ver Cumplido y Nogueira (1990), Lovera (2010), Zúñiga (2010) y Bustos (2012).

Estado, entre ellos el derecho de propiedad, el *habeas corpus* y otros, pero no articulaban una visión del carácter del Estado. Estas constituciones estaban más bien dirigidas a resolver el problema de la administración del Estado y explicitaban los derechos de las personas que habían sido establecidos en la Revolución francesa y que, ya en 1833, habían pasado a ser parte del sentido común del mundo occidental.

Desde el punto de vista de este capítulo es de particular interés el derecho de propiedad y los límites que le pueda poner al accionar del Estado y, en particular, si lo limita para hacerlo “subsidiario” respecto de la iniciativa privada.

En nuestra opinión, tanto la Constitución de 1833 como la de 1925, si bien le asignaban una alta importancia al derecho de propiedad, le imponían ciertas restricciones relacionadas con su “función social” y el “interés público”. Estas consideraciones permitieron un alto grado de injerencia pública en las actividades de tipo económico y social. La Constitución de 1833, por ejemplo, le otorgaba al Estado el poder de expropiar en caso “en que la utilidad del Estado; calificada por una lei, exija el uso o la enajenación de alguna” (artículo 12 número 5). La Constitución de 1925, por su parte, limitaba el derecho de propiedad de la siguiente forma: “El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública” (artículo 10 número 10, inciso segundo).

Las constituciones de 1833 y 1925 no se plantearon el conflicto entre el quehacer económico del Estado y los derechos de las personas. La acción expansiva del Estado, especialmente a partir de la década de 1930, en respuesta a la crisis mundial conocida como la Gran Depresión, llevó a que el Estado asumiera funciones de “desarrollo económico y social”, interviniendo directa y selectivamente en la producción de bienes y servicios. Entre ellas destacan las inversiones directas del Estado, muchas veces por medio de la Corfo (creada en 1939), en los sectores energéticos (electrificación, hidrocarburos), acero, celulosa, hotelería, servicios e infraestructura de transporte, telecomunicaciones, agua potable, sistema financiero (Banco del Estado) y muchas otras. Además, se ejecutaron políticas de protección y promoción para otros sectores, especialmente de la industria manufacturera, como textiles, automóviles y sus partes y piezas, radios y televisores, etc.

El Estado también intervino en la provisión de prestaciones públicas. La Constitución de 1833 establecía la educación pública como una atención preferente del Gobierno (artículo 153) y atribuía a las municipalidades la tarea de promover la educación, cuidar de las escuelas primarias, hospitales y otros establecimientos de beneficencia (artículo 128). La Constitución de

1925 mantuvo el rol preferente del Estado en materia de educación pública, pero incorpora la libertad de enseñanza y la obligatoriedad de la educación primaria (artículo 10 número 7). En materia de salud, por primera vez se estableció como deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país, financiando un servicio nacional de salubridad (artículo 10 número 7). A partir de 1950 se dio un gran impulso a los servicios públicos de salud y con Frei Montalva se fortaleció la atención primaria y se expandió la inversión en la educación pública. Los sistemas de pensiones eran creados por ley y hubo múltiples sistemas, altamente segregados y con beneficios muy distintos entre sí.

Especialmente significativas en el ámbito económico fueron las reformas constitucionales de 1967 (Reforma Agraria) y de marzo de 1971 (nacionalización de los recursos mineros). La reforma constitucional de enero de 1971 fue importante en materia de derechos sociales, incorporando el denominado “Estatuto de Garantías Democráticas”. En materia de educación se mantuvo la libertad de enseñanza y obligatoriedad de la educación básica, pero se estableció el sistema nacional de educación, conformado por instituciones estatales y particulares. Asimismo, se exigió como condición para el financiamiento de la educación privada que esta fuera gratuita y sin fines de lucro, incorporó el derecho a la seguridad social, pero sin pronunciarse sobre su provisión, con excepción del seguro de accidentes laborales.

Hasta 1973, y dada la neutralidad en materia económica de la Constitución de 1925, el Estado aumentó su participación en actividades económicas y durante el gobierno de Allende expropió empresas privadas que, en principio, debían ser estratégicas pero que culminó con la intervención en numerosas empresas, incluyendo áreas que ya eran satisfactoriamente abordadas por particulares. En muchos casos, las fábricas fueron tomadas *de facto* por sus obreros, sin mediar la intervención del Gobierno e incluso en contra de sus políticas. Las intervenciones legales se basaron en una serie de decretos y leyes, dictados entre 1932 y 1966. Como lo señaló Cristián Larroulet en 1984: “Es así como para la estatización del sector industrial manufacturero y los servicios de distribución y comercio se utilizaron el Decreto Ley N°520 (Ministerio del Trabajo), del año 1932; el Decreto Supremo N°1.262 (Ministerio de Economía), del año 1953, y el Decreto Supremo N°1.279 (Ministerio de Economía), del año 1966. La estatización de la banca, además de los decretos ya mencionados, se logró en virtud del DFL N°252 de 1960 (Ministerio de Hacienda) y de los instrumentos jurídicos que permitían a Corfo y al Banco del Estado la compra de acciones a los dueños del sistema financiero”.

Después del golpe de Estado de 1973, el nuevo gobierno encargó la redacción de una nueva Constitución a una comisión constituyente, que proponía que la neutralidad económica debía ser reemplazada. La tesis subyacente consistía en que buena parte de la destrucción económica resultante del

gobierno de la Unidad Popular tenía por causa la intromisión estatal en el funcionamiento del mercado y en su actividad empresarial desproporcionada. En esta línea, tempranamente la comisión constituyente argumentaba que la nueva Constitución, “debería estimular y asegurar la iniciativa creadora de los particulares, pues ella, a través de la empresa privada, es el gran motor que impulsa el desarrollo económico de un país y que, a su vez, garantiza su libertad (...) la absorción de las actividades por el Estado conduce a una sociedad estatista que termina por negar la libertad personal”.⁸

Luego, el objetivo en materia económica fue restringir las funciones del Estado, materializando dicho cometido a través de la introducción del principio de subsidiariedad del Estado en la Constitución: “El criterio sustentado por la Comisión en cuanto a que la iniciativa particular o privada es preferente y que solo en virtud del principio de subsidiariedad, el Estado puede desarrollar aquellas funciones que los particulares no pueden efectuar por sí solos (...) al Estado le corresponden dos grandes tipos de actividades en materia económica (...) aquella que nunca podrían realizar los particulares y que dice relación a su calidad de garante del bien común (...) y la otra, que emprende de manera subsidiaria y que implica aquellas actividades que de suyo podrían efectuar los particulares, pero que no cumplen pese al apoyo prestado por el Estado, y que son necesarias para el país o pertenecen al campo del bien común”.⁹

Este principio ayuda a comprender el rol que se le asignaría al Estado, a saber, que no tome a su cargo lo que puedan en buenas condiciones realizar las personas y los entes colectivos y, a la inversa, la obligación del Estado de proveer la satisfacción de las necesidades colectivas, cuando los particulares no estén en posibilidad de lograrlo.

Si bien el término “subsidiariedad” no está en la Constitución de 1980, el Tribunal Constitucional (TC), a través de sus fallos, ha interpretado el inciso tercero del artículo 1 y el numeral 21 del artículo 19 como las dos partes constitutivas de la dimensión negativa del principio de subsidiariedad.¹⁰ La primera establece que “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Esta norma establece el reconocimiento de los grupos intermedios como unidades de organización y reunión existentes en la vida de cualquier individuo. Por su parte, el numeral 21 del artículo 19 consagra la denominada garantía

⁸ Acta de la primera sesión de la Comisión Ortúzar, 24 de septiembre de 1973.

⁹ Memorándum de Actas Oficiales de la Comisión Constituyente dirigido al Presidente de la República, agosto de 1978.

¹⁰ Ver, por ejemplo, los fallos del Tribunal Constitucional en el caso de Ley de prensa (STC Rol 226-1995, considerandos 28° y 29°) y del Liceo Manuel de Salas (STC Rol 343-2002, considerandos 4° y 7°).

de libre iniciativa en lo económico: “La Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica”. No obstante, *a contrario sensu*, la Constitución permite al Estado desarrollar actividades económicas sin tener que ajustarse a la ley común, exigiendo únicamente que sea aprobada por ley con la mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio.¹¹

Adicionalmente, se observa un cambio en la manera de concebir las prestaciones públicas, entendiéndolas como derechos de los ciudadanos. Así, la Constitución de 1980 mantiene el derecho a la seguridad social introducido en 1971, establece como derechos la educación y la protección a la salud, e incorpora el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Asimismo, establece como tareas del Estado tutelar la preservación de la naturaleza, proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo, garantizar la ejecución de las acciones de salud a través de instituciones públicas o privadas, financiar un sistema de educación escolar gratuito y garantizar el acceso universal al goce de prestaciones básicas uniformes en materia de seguridad social.¹²

Como se puede apreciar, la Constitución de 1980, por sí misma, no ha sido una camisa de fuerza para modificar la forma en que se proveen estas prestaciones públicas. El problema más bien radica en la declaración del inciso tercero del artículo 1 y su estructuración con las leyes que regulan dichas prestaciones y, en el caso de educación, en su Ley Orgánica Constitucional (LOC), que para modificarla exige el control preventivo del TC y un *quorum* supramayoritario de 4/7 de los parlamentarios en ejercicio.¹³

¹¹ “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de *quorum* calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de *quorum* calificado” (artículo 19 número 21). Además, el numeral 9° del artículo 63 de la Constitución establece la prohibición de que el fisco otorgue préstamos a las empresas del Estado y aquellas en que este tenga participación. Cabe destacar que, en caso de que las empresas estatales no se rijan por el derecho común, estas se deben regir por el derecho administrativo, que suele ser más exigente.

¹² Ver artículo 19, numerales 8, 9, 10 y 18. La Constitución de 1980 no obliga al Estado a financiar proyectos educativos privados y no inhibe la creación de entes estatales para administrar fondos previsionales.

¹³ De acuerdo a la Constitución vigente, los aspectos relativos a la libertad de enseñanza que deben ser normados por una LOC son: requisitos mínimos para cada uno de los niveles de enseñanza básica y media, las normas objetivas que permiten al Estado resguardar el cumplimiento de estos requisitos y los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel (ver inciso quinto, del numeral 11 del artículo 19). La gran mayoría de los artículos de la Ley General de Educación (2009), cuyo contenido es abundante, están sometidos al control preventivo del TC.

Por último, cabe destacar que el debate público sobre el principio de subsidiariedad en la Constitución se ha dado principalmente a partir de los fallos del TC, que reflejan una evolución en la interpretación del principio de subsidiariedad en el tiempo según las preferencias de los jueces. Si bien durante los primeros 18 años del retorno a la democracia la jurisprudencia del TC da cuenta de una interpretación libertaria del principio de subsidiariedad, basado en el inciso tercero del artículo 1° de la Constitución,¹⁴ en los últimos 12 años se observa un cambio en la interpretación del principio de subsidiariedad que hace posible imponer obligaciones a los privados, como en el caso de las Isapres,¹⁵ o matizar la autonomía de los grupos intermedios (franja de las elecciones primarias),¹⁶ revelando que la interpretación de este principio no está en absoluto zanjada.¹⁷

3. EVIDENCIA COMPARADA

Analizando diversas constituciones,¹⁸ advertimos que el principio de subsidiariedad si bien en su primer uso, como criterio de distribución de poder del Estado, es relativamente frecuente, no lo es en su segundo uso. Las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, Portugal y Venezuela contemplan explícitamente este principio descentralizador del poder. En esta misma línea, constituciones de países con gobiernos federales, tales como Alemania, Canadá y Australia, se fundan en dicho principio, aunque no lo mencionen explícitamente.¹⁹ La Unión Europea (UE) también se construye sobre el principio de subsidiariedad competencial, como quedó establecido en el Tratado de Maastricht (1992).²⁰ De las constituciones estudiadas, solo las de Suiza y Polonia hacen referencia al principio de subsidiariedad en un sentido más cercano al de la Doctrina Social de la Iglesia. La primera lo establece como guía para la asignación y cumplimiento de las tareas del

¹⁴ Ver Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1295-08, 6 de octubre de 2009, considerando 58°, en el cual se cita el fallo de la causa Rol 352-02, manteniendo el criterio sobre el Estado subsidiario. Sobre esto mismo ver también la nota al pie número 9.

¹⁵ Ver STC Rol 976-2008, considerandos 36°, 37° y 38°, y STC Rol 1218-2009.

¹⁶ Ver STC Rol 2487-2013, considerandos 45°, 46° y 47°.

¹⁷ Sobre este punto, ver García y Verdugo (2015), Ruiz-Tagle (2008), Vallejo y Pardow (2008), Bass (2012), Figueroa (2000), Zapata (2008), Silva (2012) y Zúñiga (2012), entre otros.

¹⁸ Para ello utilizamos la plataforma web *Constitute Project*, que permite comparar el texto constitucional de 202 países.

¹⁹ Gussen (2014). Follesdal y Muniz-Fraticelli (2015).

²⁰ Su actual formulación se encuentra en el artículo 5 (2), modificado por el Tratado de Lisboa en 2009. Ver Protocolo N°2, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en el anexo al Tratado.

Estado,²¹ mientras que la segunda lo hace en el preámbulo, con el objeto de fortalecer los poderes de ciudadanos y las comunidades.

A continuación, revisaremos las disposiciones constitucionales de diversos países respecto de la provisión de prestaciones públicas (educación, salud y seguridad social) y del rol del Estado como empresario. A nivel de las primeras, la discusión nacional se ha centrado principalmente en tres aspectos: quién presta los servicios (el Estado o los privados), quién recibe los beneficios (beneficios universales o focalizados) y la regulación de dichas prestaciones (si rige la ley de mercado o se resguarda su rol público). Nosotros solo abordaremos el primer y tercer punto, dado que el segundo corresponde al capítulo sobre derechos sociales. A nivel de las empresas públicas, la discusión se focaliza en los requisitos que se establecen para su creación.

3.1. Provisión de prestaciones públicas

La evidencia comparada muestra que la forma de proveer a la población los derechos sociales o prestaciones públicas en materia social no está contemplada en la gran mayoría de los textos constitucionales de los países de Europa, así como tampoco en los países anglosajones. Esta es materia de ley y su definición corresponde a la política a través de la elección democrática de los parlamentarios y, en los casos que corresponda, del Presidente de la República. En los países latinoamericanos, por el contrario, se observa con mayor frecuencia disposiciones constitucionales específicas respecto de la provisión de dichas prestaciones. Entre estos dos grupos, nuestra Constitución se ubica en el segundo.

Educación

A diferencia de las otras prestaciones públicas, prácticamente todas las constituciones analizadas aseguran el derecho universal a la educación obligatoria y gratuita.²² Al mismo tiempo, prácticamente todas las constituciones aseguran la libertad de enseñanza y el derecho de los padres de elegir la educación de su hijo.²³ Un número importante asegura la educación

²¹ Ver <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html>. Este artículo fue aprobado en 2004 y entró en vigencia en 2008.

²² Las constituciones de Alemania, Holanda y Noruega son una excepción. Alemania y Holanda mencionan la libertad de enseñanza, pero no hacen referencia a la educación como un derecho universal y gratuito. La Constitución de Noruega concibe la educación básica como un derecho, pero no establece su obligatoriedad ni gratuidad. En general, los países anglosajones como Canadá, EE.UU. y Nueva Zelanda no mencionan los derechos sociales en sus constituciones, y menos aún su provisión.

²³ Los textos constitucionales de Alemania, Bélgica, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, España, Holanda, Irlanda, Italia, México y Uruguay.

escolar estatal gratuita.²⁴ De todos los textos constitucionales revisados, no encontramos ninguno que prohíba el financiamiento estatal a la educación privada, pero Alemania, Brasil y Ecuador establecen exigencias para este.²⁵ La Constitución de Holanda es la única que establece la obligatoriedad del Estado de financiar la educación privada de igual forma que la estatal, y la irlandesa establece la obligación del Estado de entregar ayudas razonables a los establecimientos privados. Respecto de la regulación del sector privado de educación, ninguna Constitución hace referencia a ello, aunque Alemania podría ser una excepción.²⁶

Si analizamos cómo los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) han provisto la educación escolar, advertimos que en la mayoría existe educación privada con financiamiento estatal,²⁷ pero el 70% o más de los jóvenes estudia en establecimientos estatales (cuadro VIII.A1). Si miramos la proporción del gasto público en comparación con el privado en la educación escolar, advertimos que, en casi todos los países de la muestra, el grueso del gasto en educación (sobre el 80%) proviene del Estado (gráfico VIII.1). En Chile, el 83% del gasto en educación escolar proviene del Estado, pero es uno de los países, junto con Holanda, con menor cobertura estatal.

²⁴ Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Francia, Grecia, Guatemala, Irlanda, México, Paraguay, Perú, Polonia, Rusia, Suiza, Uruguay y Venezuela establecen gratuidad en los establecimientos escolares estatales. Las constituciones de Bélgica, Chile, España, Finlandia, Italia, Luxemburgo, Portugal y Suecia aseguran un sistema de educación gratuito, sin hacer referencia directa a los establecimientos del Estado. Las constituciones de Alemania, Holanda y Noruega no mencionan la gratuidad.

²⁵ De las constituciones examinadas, las únicas que restringen el financiamiento estatal a establecimientos privados sin fines de lucro son las de Brasil y Ecuador; y la única que lo restringe a establecimientos gratuitos, es la de Ecuador.

²⁶ La Constitución alemana asegura la libertad de enseñanza, pero regula de forma estricta la creación de colegios privados que compiten con la alternativa estatal.

²⁷ En este subsector se observa una enorme heterogeneidad en el diseño institucional. Los establecimientos privados con financiamiento estatal, en Bélgica y Holanda, son gratuitos y sin fines de lucro, pero tienen derecho a seleccionar a sus estudiantes; en Alemania también se les permite seleccionar a sus estudiantes, pero están obligados a tener un copago alto de parte de los padres, como señal de su compromiso con el proyecto educativo y como una barrera de retención para el sector estatal. Suecia financia colegios privados con fines de lucro, pero exige que sean gratuitos; Estados Unidos permite entregar en concesión establecimientos municipales a entidades privadas con fines de lucro, pero estas no pueden cobrar a los padres. El financiamiento de la operación de los establecimientos estatales en Nueva Zelandia funciona como arancel diferenciado según el decil de ingreso del estudiante, suponiendo un cofinanciamiento por parte de las familias.

Salud

Un número importante de países europeos y anglosajones no menciona en sus constituciones el acceso a la prestación de salud como derecho universal, ni tampoco hacen referencia a su provisión.²⁸ En términos de provisión, las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, Rusia y Venezuela establecen que la provisión de la red de salud pública es tarea del Estado. Países que explícitamente permiten provisión mixta de la red de salud pública en la Constitución son una minoría, a saber: Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Portugal.²⁹

Si revisamos la actual provisión de servicios de salud en los diferentes países, observamos una gran diversidad. Con todo, la gran mayoría de los sistemas de salud pública cuenta con la participación de entidades privadas.³⁰ En un extremo se encuentra el sistema británico, donde solo existe un seguro estatal obligatorio y los hospitales que prestan el servicio público son estatales. En el otro extremo están Alemania y Holanda, que no cuentan con seguros estatales, sino solo con seguros privados de libre elección, y un porcentaje alto de clínicas privadas en el sistema de atención de salud público. En estos dos países se ofrece un plan base igual para todos, asegurando así un acceso universal e igualitario. Chile se encuentra dentro del promedio de los países analizados en relación con la provisión estatal de hospitales (gráfico VIII.A2), pero en la distribución superior de gasto privado en salud (gráfico VIII.A3). A diferencia de los países de la OCDE, en Chile existen dos subsistemas de salud con regulaciones totalmente distintas y diferencias en la calidad y oportunidad del acceso a las prestaciones. Mientras el sistema estatal tiene elementos de solidaridad, el privado hasta hace poco respondía estrictamente a lógicas de aseguramiento individual.

²⁸ Alemania, Dinamarca, Holanda, Irlanda, Noruega, Reino Unido, Suecia y Suiza, que se destacan por su bienestar social, no conciben en sus constituciones prestaciones como derechos universales ni hacen referencia a la forma de provisión de estas. Por el contrario, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Francia, Grecia, Guatemala, México, Perú, Polonia, Portugal, Rusia y Venezuela mencionan en su Carta Fundamental la salud como un derecho universal. Argentina y Uruguay no contemplan la protección de la salud como un derecho universal, pero la de Uruguay pone exigencias a los beneficiarios de la ayuda del Estado, la cual se limita a quienes no tienen recursos (ver artículo 44).

²⁹ Brasil establece limitaciones a las clínicas con fines de lucro y Chile asegura la libertad de elección del sistema de salud.

³⁰ Ver European Observatory on Health Systems and Policies, accesible en: <https://www.euro.who.int/en/about-us/partners/observatory/publications/health-system-reviews-hits/full-list-of-country-hits>. Ver también gráfico VIII.A1 y gráfico VIII.A2, donde se muestra el porcentaje de provisión hospitalaria estatal y privada, así como el porcentaje del gasto público u obligatorio versus gasto voluntario y privado.

Seguridad social (pensiones)

Al igual que en salud, un número importante de países europeos no menciona la seguridad social como un derecho social ni tampoco hace referencia a su provisión en la Constitución.³¹ De las constituciones estudiadas, solo los países latinoamericanos establecen en la Constitución la exclusividad del Estado en la provisión de la seguridad social obligatoria;³² las excepciones son Chile, Colombia y Paraguay, que permiten la participación del sector privado.³³ La Carta Fundamental de Perú, a su vez, asegura la libertad de elección entre entidades privadas y estatales.

Si analizamos los distintos sistemas de pensiones, se advierte que la mayor parte de los países miembros de la OCDE cuenta con un sistema obligatorio exclusivamente estatal (Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, España, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Corea y EE.UU.), aunque se observa una tendencia al ahorro voluntario en el sistema privado como complemento al sistema público.³⁴ Por otra parte, cinco países (Dinamarca, Estonia, Noruega, Suecia y Suiza) tienen un sistema mixto de pensiones obligatorias, cuyos administradores son estatales y privados. Finalmente, Australia, Chile, Islandia, Israel, México y Holanda tienen un sistema de administración de los ahorros principalmente privado, aunque la Constitución chilena, en su artículo 19 número 18, permite la creación de una entidad estatal de pensiones (cuadro VIII.A2).

Como se puede colegir de lo anterior, cada país tiene un sistema de educación, salud y seguridad social con particularidades que lo hacen único y difícil de comparar. En general, se observa que la forma de disponer de las prestaciones estatales es similar en los distintos países. Sin embargo, a la hora de analizar la regulación del sector privado con recursos públicos o cotizaciones obligatorias se advierte una enorme diversidad. Con todo, la

³¹ Alemania, Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, México, Noruega, Polonia y Uruguay, entre otros, no hacen referencia en la Constitución a la provisión de esta prestación, sino que ella es materia de ley. Sin embargo, la Constitución de Alemania establece las competencias federales y estatales en relación con la seguridad social, pero no hace mención a su provisión. Portugal no determina la provisión del sistema de seguridad social, pero sí establece la participación de las asociaciones sindicales en él. La Constitución de Uruguay no define la provisión de la seguridad social, pero sí crea el Banco de Previsión Social, de carácter autónomo, cuya misión es coordinar los servicios estatales de previsión social y organizar la seguridad social.

³² Estos países son Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Venezuela. La Constitución de Brasil (artículo 202) establece la prohibición de financiar con recursos fiscales entidades privadas.

³³ Aunque en Chile la Constitución de 1980 permite establecer un sistema público de pensiones, ningún gobierno lo ha planteado. De hecho, el Decreto Ley 3.500 que creó las AFP ni siquiera es una ley orgánica constitucional.

³⁴ OCDE (2020).

provisión privada con recursos fiscales en la mayor parte de los países desarrollados forma parte de un único sistema y colabora o complementa, no compete, con la provisión estatal. El rol social de estas prestaciones depende esencialmente de la forma en que dichos servicios están regulados y esta regulación es materia de ley y no de la Constitución.

3.2. Rol del Estado empresario

En esta materia también se observan diferencias entre las constituciones de los países europeos y latinoamericanos. Los primeros suelen tener constituciones más bien minimalistas y no mencionan dicho rol,³⁵ mientras que en el caso latinoamericano se advierte una tendencia al maximalismo: se especifica en detalle el rol del Estado empresario y los ámbitos de su exclusiva competencia. Excepciones en Europa son Alemania y España. En América Latina, la mayoría de los países asigna en la Constitución el derecho de propiedad de los recursos naturales al Estado, así como de sectores estratégicos, como energía, telecomunicaciones, espectro radioeléctrico, vialidad, infraestructura portuaria y aeroportuaria.³⁶ Las constituciones de Bolivia y Ecuador son las más intensas en el rol empresarial del Estado. La Constitución de Bolivia es la más estricta, prohibiendo la delegación de muchas de estas funciones en el sector privado, mientras que la de Ecuador lo permite en empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria y solo de forma excepcional en empresas privadas (artículo 316). La Constitución de México exige que la sujeción a regímenes de servicio público se lleve a cabo mediante una ley y establece la posibilidad de contar con el sector privado para el manejo de las áreas estratégicas a cargo del Estado (artículo 28). La Constitución de Brasil exige que las empresas estatales sean creadas mediante una ley específica (artículo 37), queden sujetas al mismo régimen jurídico que las empresas privadas, sin privilegios fiscales no aplicables al sector privado (artículo 173) y posibilita que los servicios de utilidad pública de responsabilidad del Estado puedan ser delegados al sector privado, a través de licitaciones públicas y concesiones (artículo 175). Similar a Brasil, la Constitución de Perú establece que el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial por razón de alto interés público, autorizada por ley y que debe regirse por las mismas normas que el sector privado (artículo 60).

³⁵ Las constituciones de Dinamarca, Francia, EE.UU., Holanda y Noruega, por ejemplo, no mencionan las empresas públicas en la Constitución, así como tampoco ámbitos de exclusión económica reservados al Estado.

³⁶ Ver las constituciones de Bolivia, Brasil, Ecuador y México.

Si analizamos la realidad de las empresas estatales con fines comerciales,³⁷ observamos que los gobiernos de la muestra son dueños completos o mayoritarios de 2.467 empresas comerciales, valuadas en \$2,4 trillones de dólares³⁸ y emplean a más de 9,1 millones de personas. En cambio, en el otro extremo, el gobierno chino es dueño de 51.000 empresas comerciales, valuadas en \$29,2 trillones de dólares y emplea aproximadamente a 20 millones de personas. En promedio, las empresas estatales con fines comerciales representan entre 2 y 3% del empleo nacional en los países de la OCDE (2017) y se concentran en las industrias de transporte y servicios básicos (energía y agua). La gran mayoría de estas empresas (92% según su avalúo y 84% según empleo) están sujetas a las mismas regulaciones y leyes que las empresas privadas y aproximadamente la mitad de ellas (según su avalúo) están listadas en alguna bolsa doméstica. Como se aprecia en los gráficos VIII.A4 (a) y VIII.A4 (b), Chile en ambos rankings se encuentra bajo el promedio de estos países, pero, en relación con el avalúo de sus empresas, se encuentra sobre países con un PIB significativamente superior (Australia, Canadá y EE.UU.), debido a su participación en el sector minero.

4. DISCUSIÓN POLÍTICA ACTUAL Y PROPUESTA

En el debate público en Chile se ha instalado la idea de que la Constitución de 1980 se construyó sobre el principio de subsidiariedad, que impediría una mayor presencia del Estado, tanto en las prestaciones públicas (educación, salud y pensiones) como en su rol empresarial. Efectivamente, el inciso tercero de su artículo 1, sobre la sociedad y su conformación, ha sido interpretado en reiterados fallos por el TC como expresión del principio de subsidiariedad. Sin embargo, este inciso en sí mismo no presenta un obstáculo para una mayor presencia del Estado en actividades empresariales o en la provisión de servicios de salud, pensiones y educación. Como se analizó anteriormente, las trabas han existido más por interpretaciones del TC respecto del principio de subsidiariedad o debido a la falta de acuerdo político sobre el rol del Estado en estas materias.

En relación con el inciso antes nombrado, si bien consideramos que los organismos intermedios y su autonomía son sumamente importantes en el buen funcionamiento de la democracia, no creemos que una determinada concepción del rol del Estado deba quedar establecida en la Constitución. Más bien somos de la idea de que es la misma democracia, a través del voto, la que debe ir adaptando a lo largo del tiempo dicho rol según lo determinen

³⁷ En inglés se denominan *State Owned Enterprises (SOE)*.

³⁸ Equivalente a 2.400.000 millones de dólares.

las voluntades sociales y políticas. De ahí que nuestra primera propuesta sea eliminar el inciso tercero del artículo 1º, sobre todo considerando que los organismos intermedios están suficientemente resguardados en el derecho de libre asociación y la autonomía de las asociaciones ciudadanas.³⁹

Respecto de la provisión de prestaciones públicas (educación, salud y seguridad social) que se financian con recursos fiscales o cotizaciones obligatorias, consideramos que la Constitución debe incluir algunos principios orientadores para su provisión, de manera de velar por su rol social. Para ello, proponemos mantener el financiamiento de un sistema gratuito en la educación obligatoria, la libertad de enseñanza, el derecho de los padres de escoger la educación de sus hijos, como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el principio de libertad de elección entre prestadores estatales y privados, e incorporar el principio de no discriminación negativa en pensiones y salud.⁴⁰

Al mismo tiempo, consideramos que la forma específica en que estas prestaciones sean provistas no debe quedar establecida en la Constitución, sino que debiera ser materia de ley, es decir, de deliberación política a través de los órganos electos democráticamente, en línea con la tradición constitucional de los países europeos y la nuestra.⁴¹

En esta misma dirección, consideramos que las leyes que regulan estas prestaciones no deben tener *quorum* supramayoritario,⁴² como ocurre en el caso de educación, aunque sí creemos necesario que sean de *quorum* calificado. A su vez, creemos que la transparencia es un principio fundamental

³⁹ Particularmente, en el número 15 del artículo 19.

⁴⁰ La libertad de elección entre prestadores públicos y privados en salud y pensiones, y el principio de no discriminación negativa se encuentran contemplados en el Proyecto de Reforma Constitucional, Boletín N° 11.617-07, presentado por la presidenta Bachelet a fines de su mandato. Sobre este punto, ver también Correa (2010). El principio de no discriminación arbitraria, que se funda en el principio de igualdad que es condición de posibilidad para la democracia, se encuentra contemplado en el artículo 19, numeral 2 y 22. Es importante destacar las diferencias cualitativas que existen entre las prestaciones de salud y pensiones en comparación con la educación superior y la enseñanza media. La primera es por definición selectiva y la segunda, si bien es universal, permite selección por mérito artístico, deportivo y académico.

⁴¹ La provisión es instrumental a los fines que persiguen las prestaciones sociales. La evidencia internacional nos muestra que distintas formas de provisión son compatibles con el fin social que se busca proteger. En concreto, no creemos que la Constitución deba pronunciarse sobre la participación de instituciones con fines de lucro o el cobro de eventuales copagos en la provisión de los derechos sociales. Ver Atria, Couso, Benavente, Joignant y Larraín (2013). Ello porque, por una parte, la evidencia comparada nos muestra que la provisión privada de prestaciones públicas, incluso con fines de lucro y con copago, debidamente regulada, no afecta necesariamente el interés público (ver las prestaciones de salud pública y educación privada con financiamiento estatal en los países de la OCDE) y, por otra parte, porque es uno de los principales puntos de desencuentro político. De ahí que sea prudente dejar este conflicto en manos de la política, que se resuelve periódicamente a través de las elecciones populares.

⁴² Ver Sierra (2011).

de la esfera pública, que debe tener reconocimiento constitucional y regir no solo para los órganos del Estado, sino también para las entidades privadas y estatales que provean prestaciones públicas con recursos fiscales o cotizaciones obligatorias. Para ello se sugiere ampliar el artículo 8 de la Constitución, de manera que contemple en su inciso primero no solo el principio de probidad, sino también el de transparencia. Este último abarca tanto la publicidad como el acceso a la información pública.⁴³ Asimismo, consideramos que estos principios de probidad y transparencia deben regir tanto para instituciones estatales como privadas que entreguen prestaciones públicas básicas con financiamiento estatal o cotizaciones obligatorias, en lo que dice relación con dichas prestaciones. Es decir, en el caso de instituciones privadas, este principio sería aplicable únicamente en lo relativo a la prestación de los servicios financiados con recursos fiscales o cotizaciones obligatorias, cuando el prestador al mismo tiempo ofrece otros servicios a personas o instituciones privadas. El estándar de transparencia deberá ser establecido en cada caso en una ley.⁴⁴

Sobre el rol empresarial del Estado, opinamos que la actual Constitución no impone obstáculos exagerados para la creación de empresas públicas y, de hecho, en los últimos 30 años se han creado varias. Teniendo a la vista el principio de igualdad económica, que nos parece importante resguardar, la deuda pública que pueden generar las empresas estatales y las dificultades políticas que conlleva cerrarlas, nos parece razonable mantener el *quorum* calificado, esto es una mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio, para la creación de este tipo de instituciones, así como que estas se rijan por los mismos estándares que el sector privado, salvo que la misma ley de *quorum* calificado establezca motivos para eximir las. Adicionalmente, como una manera de incentivar la rendición continua de cuentas del Estado como empresario, consideramos necesario establecer en la Constitución el mandato al legislador de establecer en la ley, de *quorum* calificado, que crea una nueva empresa de propiedad del Estado, al menos las causales de la iniciativa, su estructura corporativa, su financiamiento, su eventual desinversión, los mecanismos de fiscalización y métricas de gestión. Los estándares de divulgación de información deberán ser al menos iguales a los de una sociedad anónima abierta.

Es importante recordar que la Constitución limita la esfera de deliberación democrática. De ahí que nuestras propuestas no revelan necesariamente nuestras preferencias individuales en materia de provisión o actividad

⁴³ En relación con la transparencia y los derechos sociales ver la propuesta de Correa (2016).

⁴⁴ Respecto de por qué no extender este principio de transparencia a las empresas comerciales del Estado, ver Pardow y Vallejo (2010).

empresarial del Estado, sino solo aquellos ámbitos que consideramos fundamentales de proteger de las simples mayorías.

5. REFERENCIAS

- Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Aroney, N. (2014). "Subsidiarity in the Writings of Aristotle and Aquinas". En Evans, M. y Zimmermann, A. (editores), *Global Perspectives on Subsidiarity*, Nueva York: Springer, páginas 17-18.
- Atria, F., Larraín, G., Benavente, J. M., Couso, J. y A. Joignant (2013). *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*. Santiago: Debate.
- Bassa, J. (2012). "La evolución en la protección constitucional de los derechos sociales vía interpretación constitucional". En Aguilar, G. (editor), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago: Librotecnia, páginas 93-112.
- Benedicto XVI. (2009). Caritas in Veritate, accesible en: http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html
- Bustos, R. (2012). "Derechos sociales y Constitución. Algunas reflexiones sobre el modelo chileno". En *Derechos Fundamentales. Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda*. Santiago: Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile.
- Centro de Estudios Públicos, Chile 21, Espacio Público y Libertad y Desarrollo (2018). "*Transparencia, acceso a información pública y gestión de la información en el Estado*". Accesible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190103/20190103130120/libro_transparencia_3ene2018.pdf
- Correa, J. (2016). "Propuesta inicial sobre derechos constitucionales". En Sierra, L. (editor), *Propuestas constitucionales. La Academia y el cambio constitucional en Chile*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, páginas 17-32.
- Cumplido, F. y Nogueira, H. (1990). *Teoría de la Constitución*. Santiago: Cuadernos Universitarios Universidad Nacional Andrés Bello.
- Figuroa, R. (2000). "De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional". *Revista de Ciencias Sociales* N°45, páginas 587-603.
- Follesdal, A. y Muniz-Fraticelli, V. (2015). "The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in the EU and Canada". *Les ateliers de l'éthique / The Ethics Forum* Vol. 10 N°2, páginas 89-106.

- García, J. F. y S. Verdugo. (2015). "Subsidiariedad: mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional". En Ortúzar, P. (editor), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del Mercado*. Santiago: IES, páginas 205-226.
- Gussen, B. (2014). "Subsidiarity as a constitutional principle in New Zealand". *New Zealand Journal of Public and International Law*, Vol. 12 N° 1, páginas 123-144.
- Historia de la Ley, Constitución Política de la República de Chile de 1980, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Larroulet, C. (1984). "Reflexiones en torno al Estado empresario en Chile". Centro de Estudios Públicos, Documento de Trabajo N° 22, páginas 129-151.
- León XIII. (1831). *Rerum Novarum*. Accesible en: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html#_ftnref22
- Lovera, D. (2010). "Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)". En Fuentes, C. (editor), *En Nombre del Pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago: Heinrich Böll Stiftung, páginas 217-243.
- Memorándum de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente dirigido al Presidente de la República (1978). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- OCDE. (2014). "Indicator C7: In What Ways do Public and Private Schools/ Institutions Differ?". *Education at a Glance 2014*. OECD Indicators, OECD Publishing. Accesible en: <http://dx.doi.org/10.1787/888933119321>
- ____ (2017). *The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises*. Paris: OCDE Publishing.
- ____ (2019). *Pension at a Glance 2019: OECD and G20 Indicators*. Paris: OECD Publishing.
- Ortúzar, P. (editor). (2015). *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del Mercado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Pardow, D. y R. Vallejo. (2010). "El traje nuevo del emperador. Análisis crítico de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia respecto de los deberes de publicidad de las empresas públicas en materia de remuneración a sus ejecutivos". En *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Ediciones UDP, páginas 220-243.
- Pío XI. (1931). *Quadragesimo Anno*. Accesible en: http://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html
- Riofrío, J. C. (2019). "Evolución, alcance y límites del principio de subsidiariedad". En Méndez, R. (editor). *Derechos y Economía. Estudios Institucionales*. Quito: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Quito.

- Ruiz-Tagle, P. (2000). "Principios constitucionales del Estado empresario". *Revista de Derecho Público* N°62, páginas 49-65.
- Sierra, L. (2011). "La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática". En Sierra, L. y Mac-Clure, L. (editores). *Frente a la mayoría: Leyes supramayoritarias y tribunales constitucionales en Chile*. Santiago: Centro de Estudios Públicos y Programa de Nacionales Unidas para el Desarrollo, páginas 13-168.
- Silva Bascuñán, A. (1997). "Tratado de Derecho Constitucional". Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Silva, M. P. (2012). "El Estado social de derecho en la Constitución chilena". En Aguilar, G. (editor), *Derechos económicos, sociales y culturales en orden constitucional chileno*, Santiago: Librotecnia, páginas 29-48.
- Vallejo, R. y Pardow, D. (2008). "Derribando mitos sobre el Estado empresario". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N°1, páginas 135-156.
- Verdugo, M., Pfeffer, E. y H. Nogueira. (1994). *Derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Zapata, P. (2008). *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zúñiga, A. (2012). "Las teorías de la justicia detrás de nuestra Constitución. El caso de los derechos sociales". En Aguilar, G. (editor), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*. Santiago: Librotecnia.

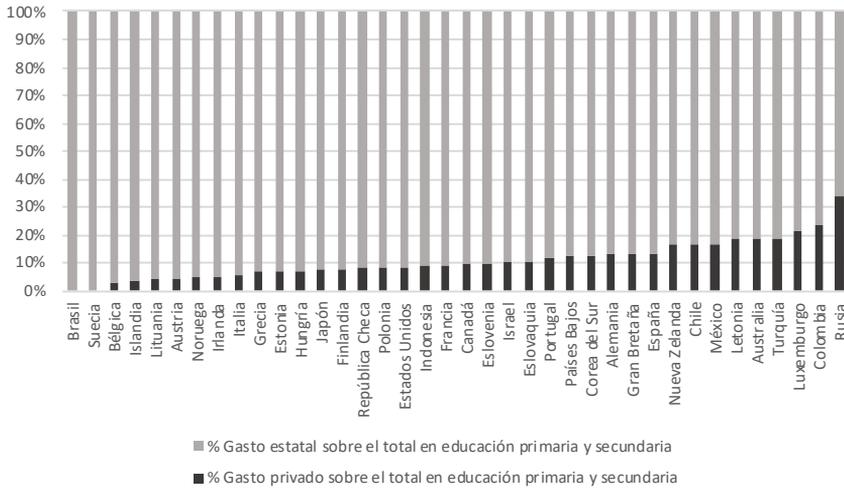
ANEXO

CUADRO VIII.A1. *Matrícula de enseñanza secundaria según dependencia*

País	% estatal	% privado	% privado cfp	País	% estatal	% privado	% privado cfp
Chile	37	14	48	Australia	61	13	26
Argentina	68	7	26	Nueva Zelanda	95	5	0
Brasil	87	13	1	China	68	28	5
Perú	85	15	0	Japón	70	30	0
Colombia	86	10	4	Hungría	84	0	16
Alemania	95	0	5	Austria	91	1	8
España	68	7	24	Finlandia	97	0	3
Francia	83	0	17	Corea	53	16	31
Holanda	34	0	66	Suiza	94	5	1
Suecia	86	0	14	Hong Kong	7	1	92
UK	56	36	8	Tailandia	83	5	12
Canadá	92	3	4	Luxemburgo	85	2	13
USA	95	5	0	Uruguay	83	17	0
México	91	9	0				

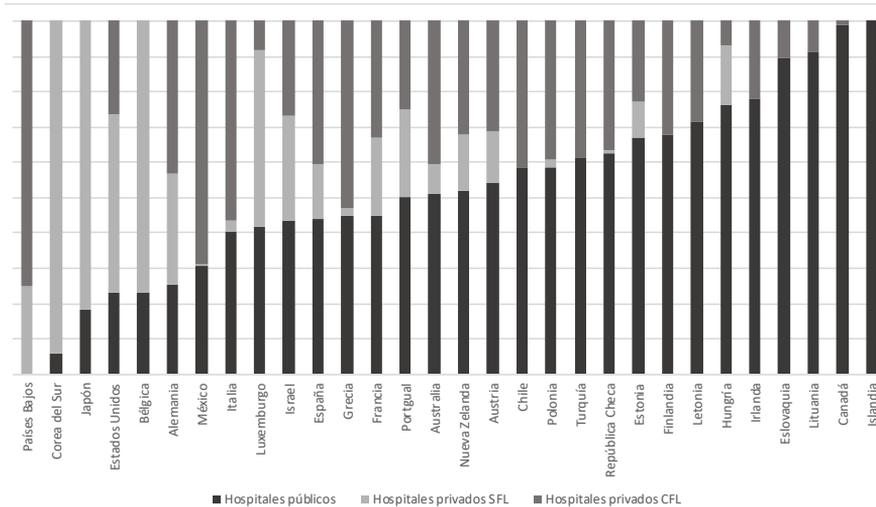
Fuente: elaboración propia, a partir de base de datos OCDE 2014. *Education at a Glance*. Tabla C7.2. Datos 2012.

GRÁFICO VIII.A1. *Gasto público y privado en enseñanza básica y media*



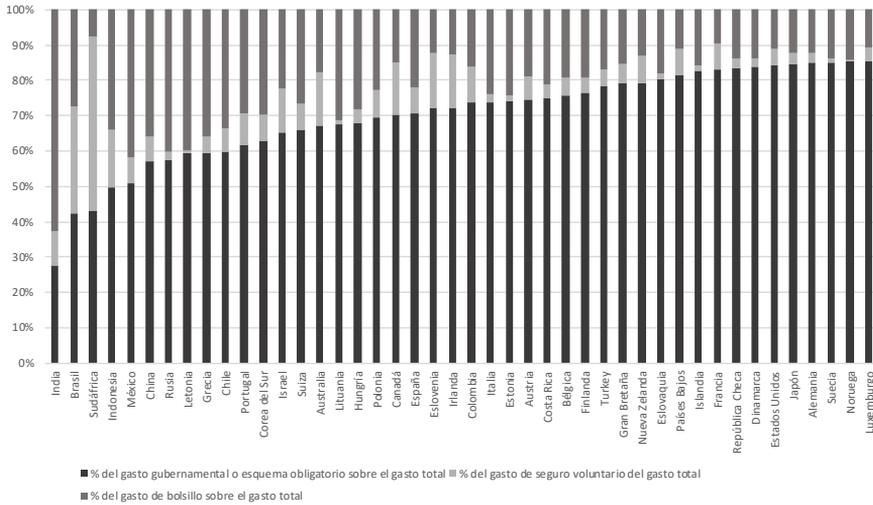
Fuente: elaboración propia en base a datos OCDE, Education at a Glance: Educational finance indicators, datos 2015.

GRÁFICO VIII.A2. *Hospitales públicos y privados con y sin fines de lucro*



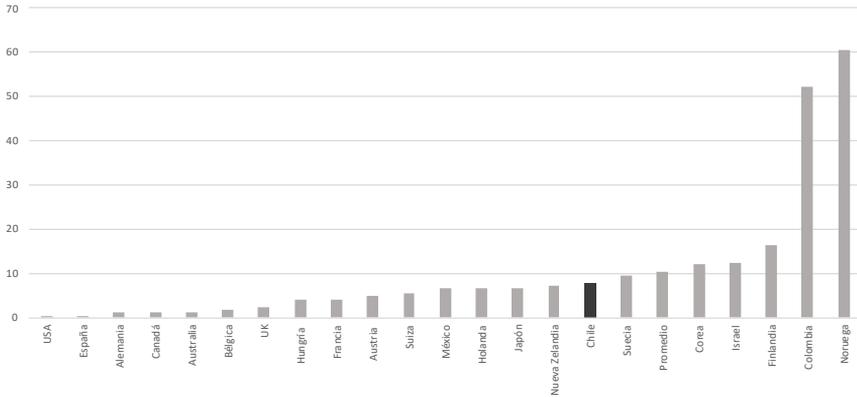
Fuente: elaboración propia sobre la base de datos OCDE, Health Statistics 2020. Dataset: Health Care Resources, datos 2017.

GRÁFICO VIII.A3. Salud: gasto gubernamental o esquema obligatorio, del seguro voluntario y de bolsillo



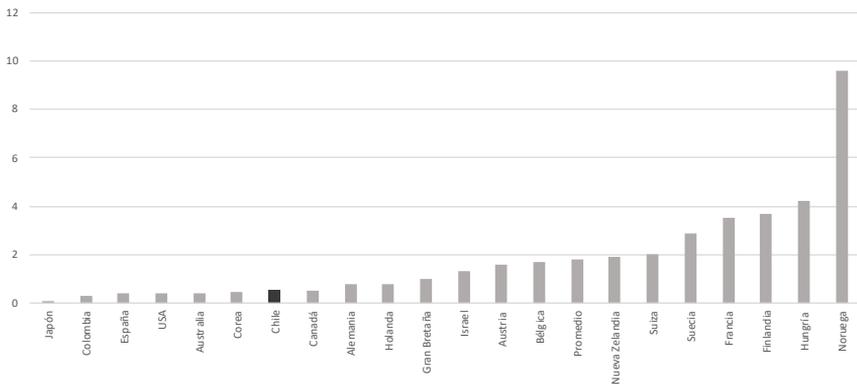
Fuente: elaboración propia sobre la base de datos OCDE, Health Statistics 2020. Dataset: Health expenditure and financing, datos 2019.

GRÁFICO VIII.A4 (a). *Ranking de países en función del avalúo de las empresas estatales con fines comerciales como porcentaje del PIB*



Fuente: elaboración propia según datos OCDE 2020. “Dataset on the Size and Sectoral Composition of National SOE Sectors”, datos 2012.

GRÁFICO VIII.A4 (b). *Ranking de países en función del porcentaje de la fuerza laboral del país que trabaja en las empresas estatales con fines comerciales*



Fuente: elaboración propia sobre la base de datos OCDE. “Dataset on the Size and Sectoral Composition of National SOE Sectors”, datos 2012.

7. COMENTARIOS DEL RESTO DE LOS AUTORES A LA PROPUESTA

Resumen

Suscriben con reserva: Sebastián Claro, Jorge Rodríguez, Rodrigo Valdés y Rodrigo Vergara.

No suscriben: Andrea Repetto y Claudia Sanhueza.

Comentarios específicos

- Sebastián Claro

El texto propone eliminar el inciso tercero del artículo 1 de la Constitución actual. Manifiesto mi desacuerdo con esta opción. El texto menciona que “este inciso en sí mismo no presenta un obstáculo para una mayor presencia del Estado en actividades empresariales o en la provisión de servicios de salud, pensiones y educación”. A su vez, establece que “la Constitución de 1980, por sí misma, no ha sido una camisa de fuerza para modificar la forma en que se proveen estas prestaciones públicas”. La opción de eliminarlo, por lo tanto, no descansa en la evidencia de que este artículo imponga un rol al Estado, sino más bien en dos argumentos: 1) que la protección a las personas queda bien resguardada en el artículo 19 (por ejemplo, numerales 15 y 21), que consagran el derecho de asociación y la libre iniciativa económica, y 2) que en algunas ocasiones este inciso fue interpretado como un impedimento para aprobar leyes en materias específicas.

En mi opinión, el inciso tercero del artículo 1 tiene un alcance social bastante más amplio que uno restringido exclusivamente a la actividad económica. Como destaca el mismo texto, el fundamento del artículo 1 es que “limita la acción del Estado para resguardar la libertad, autonomía e independencia de las personas, que se manifiestan a través de formas agregativas espontáneas que se suelen llamar entidades intermedias y conforman la sociedad civil”. De esta manera, no solo se busca proteger la autonomía de las personas en el ámbito económico, sino también en su quehacer como seres sociales, así como también a las instituciones que ellas crean. El valor de este principio se recoge en la propuesta constitucional de la expresidenta Bachelet, que mantiene el texto actual de manera íntegra, agregando que la autonomía que se reconoce, ampara y promueve a las organizaciones civiles, debe respetar la

Constitución. El principio establecido en el inciso tercero busca asegurar el respeto a la autonomía de las personas y a las organizaciones sociales, y al mismo tiempo reconocer que puede existir una acción reguladora del Estado respecto de ellas, definida en función de la colaboración al bien común. La redacción actual, que incorpora el término “adecuada autonomía”, refleja que esa autonomía no es incondicional. Mi propuesta es mantener el inciso tercero del artículo 1, agregando una aclaración respecto de que el reconocimiento y protección a las organizaciones de la sociedad civil no debe entenderse como contraria a la acción regulatoria del Estado en la búsqueda del bien común.

- Andrea Repetto

Me parece muy importante consagrar en la Constitución ciertos principios referentes a prestaciones sociales como el acceso universal. Sin embargo, la interpretación que se le ha dado al texto actual respecto del rol del mercado en su provisión impide que se expresen las preferencias sociales, que pueden cambiar en el tiempo, respecto de si fortalecer lo público o lo privado. Me parece que la Constitución debiese ser al menos neutra cuando se trata de la provisión de derechos sociales, de modo que cada gobierno, a través de leyes discutidas en el Congreso, pueda asegurar esa provisión por la vía que le parezca más adecuada.

Un ejemplo claro es el caso de la educación: la interpretación que se ha dado a la Constitución ha imposibilitado el reforzamiento de su provisión pública. En este caso, me parece que lo apropiado sería que se consigne en la Constitución el derecho de los ciudadanos a la educación, pero que la forma de organizar su provisión se determine por ley, sin que exista una preferencia constitucional hacia la provisión pública o privada. Al mismo tiempo, la Constitución debería reconocer el derecho de las instituciones privadas de educación para ser reconocidas por el Estado, pero que los requisitos para este reconocimiento se determinen por ley, con el límite de la arbitrariedad. También debiera consignar que la igualdad en el reconocimiento no asegura igualdad en el financiamiento, y que la ley puede efectivamente establecer mecanismos discriminatorios a la hora de financiar o incluso excluir a instituciones privadas del financiamiento por razones determinadas.

- Jorge Rodríguez

Concuerdo con el enfoque de los autores, referido a establecer principios generales en la Constitución sobre las materias relacionadas con el rol del Estado en la provisión de servicios de salud, pensiones y educación, y en actividades empresariales, y dejar sus aspectos operativos concretos para leyes. Sin desmedro de ello, considero relevante incorporar algunos principios complementarios, y difiero de los autores en los *quorum* exigidos para las leyes que los concretizan.

En particular, en cuanto a la provisión de servicios de salud, pensiones y educación, el principio de transparencia que proponen los autores debiera incluir explícitamente la rendición de cuentas en materias financieras y de resultados, ya sean prestadores públicos o privados. Además, este principio debiera hacerse extensivo a cualquier otra prestación social financiada con recursos públicos en ámbitos distintos a los tres señalados. Complementariamente, debiera quedar establecido como principio que el Estado tiene potestad para establecer exigencias a los privados que entregan prestaciones sociales con financiamiento público. Respecto de los *quorum* para las leyes que regulan estas materias, considero que deben ser simples.

En cuanto al Estado empresario, debiera establecerse como principio complementario a los señalados por los autores, el que todo eventual subsidio estatal que se entregue a través de una empresa pública debe hacerse con cargo al presupuesto de la Nación, para evitar así que exista gasto cuasi fiscal que distorsione las cuentas de las finanzas públicas. Asimismo, considero que el *quorum* para aprobar la creación de una empresa pública debiera ser el mismo que el exigido para crear un servicio público (*quorum* simple), de manera que la decisión de crear nueva institucionalidad pública se base en criterios de eficiencia no influidos porque algunas formas son más simples de tramitar en el Congreso. En cualquier caso, a mi juicio la creación de nueva institucionalidad pública, en cualquiera de sus formas, debiera ser de iniciativa presidencial exclusiva. Sin desmedro de lo anterior, sí exigiría *quorum* calificado para eximir a una empresa pública de alguna norma de aplicación general a una empresa del sector privado del mismo rubro.

- Claudia Sanhueza

Aunque el artículo reconoce en su redacción que este tipo de materia en la mayor parte de los países no está en la Constitución, pro-

pone dejar la libertad de elegir entre prestadores públicos y privados en una nueva Carte Fundamental. La implicancia en términos de política pública es que los proyectos políticos que implican un fortalecimiento de lo público terminan siendo inconstitucionales, limitando y rigidizando la discusión política, lo que este mismo artículo dice criticar.

Creo que una nueva Constitución debe permitir que un proyecto político mayoritario de fortalecimiento de lo público sea al menos posible. Por lo tanto, esto debe quedar fuera de la Constitución y ser materia de ley ordinaria aprobada por mayoría simple. Más aún, creo que una nueva Constitución debería establecer que el Estado es el principal responsable en el espacio de los derechos sociales, específicamente como un Estado Social y Democrático de Derechos. Las instituciones privadas pueden apoyar esta función bajo el régimen de lo público, como por ejemplo en Alemania en el ámbito educacional. El Estado, a su vez, debe aprobar la apertura de una institución privada y la condición es que esta no segregue el sistema educacional.

Por la misma razón de que es materia de política pública, no comparto la idea de que las empresas públicas necesiten de *quorum* calificado; con mayoría simple es suficiente, como ocurre en general en el mundo.

- Rodrigo Valdés

Las propuestas de este capítulo me parecen bien orientadas y las suscribo en general. Sin embargo, quisiera agregar dos precisiones que, si bien no contradicen lo propuesto, su ausencia podría dar pie a eventuales interpretaciones que no comparto. Al final sugiero una idea específica.

Primero, sobre el principio de libertad de elección entre prestadores estatales y privados, pienso que es importante que ello no implique, de manera inequívoca, que las personas tengan el derecho de poder “comprar” directamente el servicio público usando recursos comunes o del Estado. Por ejemplo, esa libertad no debería restringir la posibilidad de que, si el sistema democrático lo acuerda, el 7% de cotización de salud vaya a un seguro único o a un sistema de seguros compensados según riesgo e ingreso (aunque las personas puedan suplementarlos).

En segundo lugar, no estoy convencido de dejar fuera del principio de no discriminación negativa a la educación. Ella se propone correctamente para las pensiones y la salud, pero debería ampliarse también a la educación (y tal vez a otras prestaciones

sociales). El punto es, tal vez, precisar qué entendemos por discriminación y limitarla a situaciones que lleven a disposiciones arbitrarias (como lo menciona Rodrigo Vergara). En paralelo, creo importante precisar que el principio de libertad de elección de la educación de los padres no restringe la posibilidad de tener un sistema centralizado de asignación de vacantes y eventualmente sin copagos, en la medida en que las mayorías lo acuerden en el proceso democrático.

En línea con lo expresado por Jorge Rodríguez, creo que es conveniente que, si se canalizan eventuales subsidios a través de empresas públicas, ellos sean materia de discusión presupuestaria.

- Rodrigo Vergara

Me parecen bien orientadas las propuestas, que suscribo en general. No me queda claro, no obstante, la necesidad de no incluir en una futura Constitución el inciso tercero del artículo 1. Se dice que la protección de los grupos intermedios está en otros artículos (artículo 19) y, luego, que sería redundante. Además, que puede entenderse como limitante de la acción estatal. No tengo claro que sea así. Además, a diferencia del artículo 19, que se refiere a temas específicos, este inciso es un reconocimiento general a estos grupos intermedios. Es interesante destacar que este inciso está incluido en el proyecto de nueva Constitución enviado al Congreso en 2018 por la expresidenta Bachelet.

Por otra parte, entiendo, como lo dicen los autores, que la no discriminación se refiere a no discriminación arbitraria.

SOBRE LOS AUTORES

SEBASTIÁN CLARO

Ingeniero comercial, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Economía, Universidad de California, Los Angeles. Profesor del Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Exvicepresidente del Banco Central de Chile.

PABLO CORREA

Ingeniero comercial y magíster en Economía Financiera, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Administración Pública y Desarrollo Internacional, Universidad de Harvard. Magíster en Artes Liberales, Universidad Adolfo Ibáñez. Vicepresidente de BancoEstado y director de Horizontal. Ha trabajado en el Ministerio de Hacienda de Chile, en el Banco Central y en la banca privada.

LUIS EDUARDO ESCOBAR

Bachiller en Ciencias Económicas, Universidad de Chile. Master of Arts, Universidad de Maryland. Consultor independiente. Trabajó en el Fondo Monetario Internacional, donde fue Senior Economist y representante residente en Ecuador y Venezuela, y asesor del Banco Central y de la presidenta de Nicaragua, Violeta Chamorro. En Chile ha sido asesor sénior del Ministerio de Hacienda, asesor de empresas y consultor de organismos internacionales.

SYLVIA EYZAGUIRRE

Licenciada en Filosofía, Universidad de Chile. Doctora en Filosofía, Universidad Albert-Ludwigs de Freiburg (Alemania). Exasesora del ministro de Educación. Investigadora del Centro de Estudios Públicos. Miembro del Consejo Asesor Ministerial de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.

ANDREA REPETTO

Ingeniera comercial, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Economía, MIT. Académica de la Escuela de Gobierno de la Universidad

Adolfo Ibáñez y Senior Fellow de la misma universidad. Presidenta de la Fundación para la Superación de la Pobreza.

JORGE RODRÍGUEZ CABELLO

Ingeniero comercial y magíster en Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Administración Pública, Universidad de Harvard. Investigador asociado del Centro de Políticas Públicas de la UC y vicepresidente del Consejo Fiscal Autónomo. Fue subdirector de Racionalización y Función Pública de la Dirección de Presupuestos de Chile y jefe de estudios de la misma institución. También fue investigador sénior de la Corporación de Estudios para Latinoamérica (Cieplan).

CLAUDIA SANHUEZA

Ingeniera comercial, Universidad de Chile. Doctora en Economía, Universidad de Cambridge. Directora del Centro de Economía y Políticas Sociales de la Universidad Mayor. Investigadora del Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social, COES. Expresidenta del Consejo Consultivo Previsional.

RODRIGO VALDÉS

Ingeniero comercial, Universidad de Chile. Doctor en Economía, MIT. Profesor asociado de la Escuela de Gobierno de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Fue ministro de Hacienda de Chile, presidente de BancoEstado y trabajó en banca de inversión en Nueva York y en Chile. También fue subdirector para Europa y las Américas del Fondo Monetario Internacional, y gerente de estudios del Banco Central.

RODRIGO VERGARA

Ingeniero comercial, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Economía, Universidad de Harvard. Profesor del Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigador asociado al Centro Mossavar Rahmani de la Escuela de Gobierno de la Universidad de Harvard. Fue presidente del Banco Central de Chile. Investigador sénior del Centro de Estudios Públicos.

*Aspectos económicos de la Constitución. Alternativas
y propuestas para Chile*, editado por Rodrigo Valdés y
Rodrigo Vergara, se terminó de imprimir y encuadernar en
el mes de abril de 2021 en los talleres de Equipo Gráfico
Impresores SpA S.A., Santiago de Chile.
Se tiraron 1.000 ejemplares.