

La Administración en el Estado social

Día 1 – Panel 3

Tabla de contenido

I.	Superando el Principio de Servicialidad: El Derecho a una Buena Administración Pública	2
	Bibliografía.....	6
II.	La consagración de la participación ciudadana en la carta fundamental Y SUS POSIBLES EXPRESIONES	9
	Presentación.....	9
	El estado actual de la participación en nuestro ordenamiento jurídico	10
	Consagración constitucional	10
	Consagración legal	11
	La consagración del derecho de participación como una garantía constitucional	12
	Las posibles expresiones de la participación ciudadana en el texto constitucional	13
	Derecho de petición	13
	Plebiscitos.....	14
	Iniciativa legislativa popular.....	15
III.	El Estado Social de Derecho en la nueva Constitución: réplicas y desafíos al Derecho Administrativo	17
IV.	Repensar el Estado liberal a través de los derechos sociales.....	25

I. SUPERANDO EL PRINCIPIO DE SERVICIALIDAD: EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Izaskun Linazasoro

El inciso 4º del artículo 1º de la Constitución de 1980, se ha impuesto como regla de funcionamiento estatal y en particular ha evolucionado como estándar de intervención administrativa. Lo ha anterior -debido a su evolución dogmática y jurisprudencial- ha derivado en múltiples interpretaciones al respecto. Por un lado, los intérpretes originalistas señalan que la llamada Cláusula de Servicialidad (Cordero, 2015) proviene de un concepto “ontológico, deontológico” que supone que las personas son anteriores y superiores al Estado, reflejando esto en el concepto de “bien común”, sirviendo como estándar de interpretación finalista para el texto constitucional.

La razón de establecer una regla de objetivos en la Constitución tenía por explícita finalidad señalar que el texto constitucional no era un cuerpo normativo neutral, buscando indicar que las intervenciones públicas se basaran en la buena fe del Estado. En la Comisión Ortúzar, se dijo explícitamente que *“este principio es tan trascendental, tan importante que en cierto modo va a proyectar todo el espíritu de la Nueva Constitución en forma que se diga claramente que las autoridades, los órganos del Estado deben actuar de buena fe, aplicar las normas sin violentar el espíritu, la finalidad o el objetivo previsto por el legislador.”* (Sesión 51 CENC).

La incorporación del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución y la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (“DIDH”) permitió una interpretación en clave democrática y social. Así, Pantoja llegó a señalar que esta reforma incorporó *“una norma jurídica de naturaleza substantiva o material que refuerza el sentido del artículo 1º inciso 4º, en cuanto garantiza el respeto a los derechos esenciales de la persona humana, en el contexto, ahora, de la realidad contemporánea, dando una profundidad de perspectiva al constitucionalismo individualista para hacerlo social, e imponiendo el respeto a esos derechos como*

un valor inserto per se en el orden jurídico formal, conformando una estructuración jurídica de finalidad humanista y solidaria, respetuosa de la sustancialidad de los derechos esenciales por parte de los órganos del Estado” (Pantoja Bauzá, 1996).

Esta regla, le ha venido utilizando (Linazasoro 2018, 2021) para justificar lo que se ha denominado en el DIDH como el “derecho a la buena administración pública”. Este concepto viene asociado a un cambio profundo en el entendimiento tradicional del derecho público y de la discrecionalidad administrativa, la cual no puede seguir siendo entendida como una elección entre indiferentes jurídicos. En palabras de Ponce Solé, mayor discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración (Ponce Solé, 2016).

El derecho a una buena administración permite una orientación en positivo del Derecho, equilibrando los principios de la luz roja y de la luz verde (Montt, 2011) (Linazasoro, 2018) y a su vez, entregando herramientas para la toma de decisiones administrativas, con el objeto de lograr la mejor decisión posible para los intereses generales, en prevención de la mala administración y de la corrupción. La buena administración, en definitiva, es entendida como “la adaptación equilibrada de los medios de la administración pública, que impone una obligación jurídica positiva de ponderación con debida diligencia y debido cuidado” (Linazasoro, 2018).

Este derecho se encuentra consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (también conocida como la Carta de Niza), en sus artículos 41, 42, 43 y 44. A ello se le suma el llamado «Código de Buena Conducta Administrativa», el cual pretende explicar –precisamente— lo que en la práctica significa el derecho a una buena administración pública (Mendes, 2009: párrafo 1). A su vez, ha sido consagrado de forma explícita e implícita en diversos países de la Unión Europea como Italia, Francia, España y Suecia (Ponce Solé, 2019). En el contexto español, su influencia ha sido especialmente relevante en los Estatutos de Autonomía de Valencia, Cataluña, Baleares, Andalucía y Castilla y León, las cuales han decidido consagrarlo de forma expresa (Escobar, 2018). En

Francia, es interesante como su desarrollo dogmático y jurisprudencia derivó en el desarrollo del “Code des relations entre le public et l’administration” (De Donno, 2017).

La consagración de esta norma -en particular, de los principios que la componen- no es ajena al constitucionalismo latinoamericano. Las Constituciones tanto de México, Colombia y Ecuador, consagran los derechos de acceso a la información pública, transparencia, publicidad y participación ciudadana. Más allá, la Constitución mexicana en su artículo 134 señala que “los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados”. Por su parte, la Constitución colombiana en su artículo 365 señala que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”. Por último, la Constitución del Ecuador consagra en su artículo 66 N° 25 “el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”. En particular, me parece que la Constitución Ecuatoriana contiene la definición más cercana al derecho a una buena administración pública como se ha concebido en el derecho europeo.

Se trata de una consagración de obligaciones de respeto y garantía contenidas en diversos instrumentos internacionales como la Carta Democrática Interamericana, Código Iberoamericano de Buen Gobierno del Centro Latinoamericano para el Desarrollo (CLAD), Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, entre otros, instrumentos que por lo demás, han sido suscritos por el Estado de Chile (Linazasoro y Cornejo, 2020).

Ahora, en el contexto del debate constitucional, surge la pregunta sobre cuándo es conveniente incorporar dentro del Catálogo de Derechos de una Constitución, nuevos derechos fundamentales. Escobar, nos entrega en primer lugar, un argumento de coherencia para dar una respuesta, que consiste en tres presupuestos independientes que podrían gatillar el debate sobre incorporar el derecho al catálogo constitucional: (i) cuando está reconocido como derecho en el Derecho Internacional; (ii) cuando está reconocido como derecho en la legislación vigente y; (iii) cuando está reconocido como mandato en la propia Constitución pero no se cumple correctamente (Escobar, 2018). En este sentido -y como se ha intentado demostrar con anterioridad- el derecho a una buena administración cumple con los tres presupuestos (Linazasoro, 2018) (Linazasoro y Cornejo, 2020), en tanto: (i) los derechos que lo componen se encuentran reconocidos en el derecho internacional y específicamente en tratados ratificados por Chile; los cuales además (ii) se encuentran ampliamente consagrados en la legislación vigente y por último (iii) la Cláusula de Servicialidad ha demostrado ser ineficiente como mandato en el contexto actual, generando problemas de mala administración, casos de corrupción y consecuente insatisfacción de Derechos Fundamentales que han podido ser analizado como co-causantes de la crisis social de Oct-2019 (Linazasoro y Cornejo, 2020) (Contesse, 2020) (Peña, 2020).

Para Escobar, es relevante “*situar a la Constitución en el mundo*” especialmente considerando los avances de la globalización y la cooperación internacional. En efecto, si hay lecciones que aprender de la crisis sanitaria, los desastres naturales, las crisis económicas y los conflictos bélicos, es que ningún país puede pretenderse aislado del resto. Estamos insertos en una comunidad internacional que requiere el respeto de ciertos mínimos razonables, los cuales han ido evolucionando y reconociéndose en diversos tratados internacionales. Por ello, es necesario avanzar en estándares modernos que permitan adaptación y prospección. Para ello, el derecho a una buena administración se transforma en un estándar de debida diligencia (Ponce Solé, 20219) que permite entregar mayores

herramientas discrecionales a la Administración, de cara a la protección de nuevas amenazas y la garantía de nuevas necesidades (Escobar, 2018).

Pero también -y especialmente relevante dado el contexto político y social en el que surge la Convención Constitucional chilena- es importante “reconocer las demandas ciudadanas democráticamente expresadas”. Así, la ciudadanía ha exigido la configuración de un Estado moderno, que sea capaz de hacer frente a los abusos de poder. En este contexto, el derecho a una buena administración se transforma a su vez en un derecho instrumental: en una verdadera garantía para la satisfacción de otros derechos fundamentales, proveyendo de un estándar razonable de ejecución y actuando como medida de prevención a la corrupción.

Por todo lo anterior es que, en el marco de la Convención Constitucional que vive Chile en la actualidad, parece necesario hacer una evaluación de las obligaciones contraídas por Chile en distintos Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales, con el fin de analizar la pertinencia de consagrar —de forma explícita— el derecho a una buena Administración Pública en nuestra nueva Carta Fundamental, como paradigma que supera el Principio de Servicialidad y se presenta de cara al DIDH, las comunidad internacional y los más importante: a los y las ciudadanas de nuestro país.

Bibliografía

1. BOUSTA, RHITA (2010) “*Essai sur la notion de Bonne Administration en droit public*”. L’Harmattan, París, Francia.
2. CONTESSE, J. (2020) “Derechos Humanos y Nueva Constitución”. En: Lorca, R., Marshall, P., Selamé N., y Guiloff, M. (Ed). “La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva Constitución”, Santiago de Chile, La Pollera Ediciones, Pags, 279-295.
3. CORDERO, Luis (2015) “*Lecciones de Derecho Administrativo*”, Thomson Reuters, Santiago de Chile.

4. DE DONNO, Marcia (2017). «The French Conde «Des relations entre le public et l'administration», a new european era for administrative procedure?». Italian Journal of Public Law, 9 (2): 220-260
5. ESCOBAR, Guillermo (2018) “Nuevos derechos y garantías de los derechos”, Marcial Pons, Madrid, España.
6. LINAZASORO, Izaskun y Camilo Cornejo (2020) “*El derecho a una buena Administración Pública en las Constituciones a propósito del debate constitucional chileno*”
7. LINAZASORO, IZASKUN (2018a) “El derecho a una Buena administración Pública. Cambios de paradigmas en el derecho administrativo chileno: de las potestades y privilegios a los derechos de los ciudadanos”. Transjus Working Papers Publications, Universitat de Barcelona, España.
8. LINAZASORO, IZASKUN (2018b) “El derecho a una buena administración pública en Chile”. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile.
9. MONTT OYARZÚN, SANTIAGO (2011) “Autonomía y responsividad: dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”, Centro de Regulación y Competencia (REGCOM), Santiago, Chile.
10. PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO (1996) “El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
11. PEÑA, C. (2020). “Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional”. Santiago de Chile, Taurus, Penguin Random House.
12. PONCE SOLÉ, JULI (2019) “La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración pública mediante el estándar jurídico de diligencia debida”,

Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo (num. 15), España.

13. PONCE SOLÉ, JULI (2016) “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº175. Pags. 57-84.

Izaskun Linazasoro

II. LA CONSAGRACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CARTA FUNDAMENTAL Y SUS POSIBLES EXPRESIONES

Carolina Helfmann Martini

Presentación

Este trabajo tiene por propósito revisar la normativa constitucional actualmente vigente en materia de participación ciudadana para determinar los ámbitos que abarca la misma así como su suficiencia. Para ello, también se revisarán algunas normas legales a efectos de configurar como el ordenamiento legal se ha ido desarrollando a partir de los preceptos constitucionales.

En este sentido, lo primero que debe ser sostenido es la ausencia de consagración constitucional expresa relativa a la participación ciudadana, a diferencia de otros valores —como la transparencia y la probidad— que han sido incluidos en el texto constitucional. Por ello, resulta importante para resaltar la importancia de la participación ciudadana e igualarla con otros valores que, al igual que la participación ciudadana, hoy permean el ordenamiento jurídico a través de diversas manifestaciones. Así, una primera interrogante es si la participación ciudadana debe ser consagrada como un principio o bien como una garantía constitucional. Sin perjuicio de la respuesta, igualmente se deben revisar las instituciones que la misma carta fundamental consagra así como aquellas que han estado en el debate público reciente.

En cuanto a aquellas efectivamente consagradas, se trata del derecho de petición y de los plebiscitos, mientras que aquello discutido y propuesto dice relación con la iniciativa legislativa popular.

El estado actual de la participación en nuestro ordenamiento jurídico

Consagración constitucional

La participación ciudadana no se encuentra consagrada de modo general a nivel constitucional. Así, el texto fundamental se limita a hipótesis particulares de participación ciudadana.

En este sentido, una primera manifestación de participación ciudadana se encuentra en el artículo 19 N° 14 relativo al derecho de petición. En virtud del mismo, cualquier persona puede realizar peticiones a la autoridad, sin otra limitación que tratarse de asuntos de interés público o probada y dirigirse en términos respetuosos y convenientes.

Una segunda manifestación se encuentra en relación con la normativa sobre gobierno regional y municipal. Sobre el primero, el artículo 113 se encarga de señalar que el consejo regional es el órgano encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional. Algo similar se consagra a nivel municipal, aunque acá con mayor detalle. Así, el artículo 118 inciso segundo señala que la ley orgánica respectiva establecerá modalidades y formas que deberá asumir la comunidad local. Luego, en el inciso cuarto, reitera que las municipalidades deben asegurar la participación de la comunidad local en el progreso económico, social y cultural de la comuna. Además, el artículo 118 inciso séptimo prevé que se podrían crear unidades vecinales con el propósito de propender a la adecuada canalización de la participación ciudadana. Por último, en cuanto al concejo municipal, se establece que este órgano será el encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local.

Una tercera manifestación, dice relación con los plebiscitos vinculados a las reformas constitucionales. Su regulación se encuentra prevista en el artículo 128 y 129. El primero, establece los supuestos. Un primer caso consiste en que el Presidente no acepte el proyecto aprobado por ambas Cámaras, mientras que el

otro se concreta cuando las Cámaras no aprueben toda o algunas de las observaciones del Presidente de la República. En este último se devuelve el proyecto al Presidente quien lo promulga o bien convoca a un plebiscito. El artículo 129, por su parte, regula la convocatoria y realización del plebiscito.

Consagración legal

En cuanto a la regulación legal, es bastante más abundante que la constitucional. Así, lo primero que se debe destacar es el contenido de la Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Esta norma, dentro de otras disposiciones, introduce modificaciones a la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Específicamente, intercala un nuevo Título IV relativo a la participación ciudadana en la gestión pública.

Lo primero que se debe destacar es que se consagra un “derecho de participar en políticas, planes, programas y acciones”, además de agregar que será una conducta contradictoria a estas normas todas aquellas conductas que estén destinadas a excluir o discriminar, sin justificación, el ejercicio del derecho de participación ciudadana señalado en el artículo anterior.

Así, existe un mandato general en cuanto a: i. que todo órgano administrativo debe establecer modalidades formales y específicas de participación, las que deben mantenerse actualizadas y ser publicadas en medio electrónicos u otros; ii. publicar políticas, planes, programas, acciones y presupuestos, asegurando que ésta sea oportuna, completa y ampliamente accesible; iii. rendir cuenta pública anual, que incluya información sobre planes, programas, acciones y ejecución presupuestaria; iv. señalar materias de interés ciudadano en que se requiera conocer la opinión de las personas, agregando que para tal efecto se realizarán consultas. Tales opiniones, serán evaluadas y ponderadas según lo señale la norma de aplicación general; v. establecer consejos de la sociedad civil. Tendrán un carácter consultivo y deberán ser diversos en cuanto a su conformación, además de ser la misma

representativa y pluralista a través de la participación de integrantes de asociaciones sin fines de lucro que se encuentren relacionadas con la competencia del órgano respectivo.

Por último, en cuanto al ámbito de aplicación de este Título, se establece que el mismo será aplicable a todos los órganos de la Administración, salvo por aquellos señalados en el inciso segundo del artículo 21 de la norma. Es decir, se excluye a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Orden y Seguridad Pública. Asimismo, quedan excluidos los gobiernos regionales, las Municipalidades, el Consejo Nacional de Televisión, el Consejo para la Transparencia y las empresas públicas creadas por ley. Esta exclusión, se encontraría justificada en la medida que tales organismos tengan una normativa especial sobre participación ciudadana.

La consagración del derecho de participación como una garantía constitucional

En el contexto constitucional actual se ha discutido acerca de la incorporación de nuevos derechos y la consagración de los mismos como justiciables. En este sentido, resulta del todo contingente plantearse la necesidad y conveniencia de incorporar la participación ciudadana como un derecho constitucional.

Lo mismo no sería una novedad por parte de la legislación chilena, pues así ya se encuentra consagrado en otros ordenamientos constitucionales. Ello ocurre por ejemplo en la Carta Española donde se señala que “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.” (artículo 23.1). Luego en el mismo texto constitucional español se consagran mecanismos de participación ciudadana. En el caso chileno, y como fue planteado, este derecho no existe, así como tampoco existe un planteamiento general vinculado a la participación ciudadana.

Dada la relevancia de la participación ciudadana en el contexto social y político actual, resulta recomendable su consagración a nivel constitucional, ya sea como un derecho o bien como un principio. En caso de optar por la primera alternativa, se debe determinar su carácter justiciable. De esta manera, la participación ciudadana se establecerá o bien como una garantía para todas las personas y un derecho que pueden hacer valer frente a cualquier órgano administrativo o bien como un principio que debe guiar el actuar de todo organismo público.

En caso de optar por consagrarlo como un derecho, cabe determinar su contenido. La fórmula española antes descrita no resulta suficiente. Por lo mismo, resulta de utilidad la fórmula introducida por la Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Así, el texto constitucional podría asegurar a todas las personas: “La participación en los asuntos públicos, incluyendo el conocimiento e involucramiento en la gestión de políticas, planes, programas y acciones, así como la posibilidad de plantear iniciativas de ley y participar en plebiscitos en aquellas materias que prevea la misma carta Fundamental.”

Las posibles expresiones de la participación ciudadana en el texto constitucional

De acuerdo con lo antes expuesto, actualmente a nivel constitucional existen algunas expresiones sobre participación ciudadana, aunque la misma no se encuentra regulada en términos generales y amplios y tampoco como un derecho constitucional o un principio que guie la actuación administrativa. En este sentido, a continuación, se da cuenta de ciertos aspectos a tomar en consideración en la regulación de esta hipótesis en el nuevo texto constitucional.

Derecho de petición

Este derecho actualmente previsto como una garantía constitucional — artículo 19 N° 14— también se encontraba consagrado en el texto constitucional de 1925 en términos muy similares (artículo 10 N° 6). Por ende, es un derecho con

profunda raigambre en nuestro ordenamiento constitucional. Como ha señalado doctrina nacional este derecho incluye “*el deber intrínseco de la autoridad competente de recibirlo, exteriorizando tal recepción, el tenerlo en consideración y el de responder razonadamente al interesado.*” (Nogueira página 93). De esta manera, la autoridad respectiva debe tramitar la petición y dar respuesta a la misma, aunque ello no necesariamente implicará una respuesta positiva a la solicitud planteada. Cabe en todo caso señalar que ello no era la visión de todos los constituyentes de 1980. Así, habían quienes dudaban de la obligatoriedad de emitir una respuesta Sin embargo, hoy parece difícil interpretarlo de otra manera. Así, es posible sostener que este derecho obliga a dar respuesta a la petición, pero no a iniciar un procedimiento administrativo — en el caso de la Administración del Estado— ni tampoco a una acción política o legislativa. Lo anterior, en todo caso no resulta claro del tenor constitucional actual, lo que debiese ser debidamente regulado a efectos de permitir una efectividad del mismo.

En cuanto a esto último, el legislador chileno ha ido regulando limitada e incompletamente el derecho de petición. Así, a nivel legal es posible encontrar diversas normas que son representaciones de este derecho. Por ejemplo, en materia administrativa se puede citar la LOCBBAE y la LBPA. Sin embargo, y como sostiene la misma doctrina antes citada, en materia legislativa y judicial no existe una adecuada legislación sobre la materia. En definitiva, no existe una ley que regule el derecho de petición. Ello puede llevar a la conclusión de que su consagración constitucional resulta ineficaz desde que no existe un procedimiento, plazos de respuesta y responsabilidades para quienes incumplan el mismo, entre otros aspectos.

Plebiscitos

Como fue señalado, los plebiscitos se encuentran previstos en el texto constitucional en relación con las reformas constitucionales. En este sentido, lo que se debe analizar es la posibilidad de ampliar su ámbito de aplicación.

Así, se podría establecer que los plebiscitos serán procedentes para decisiones políticas relevantes. Asimismo, se podría establecer la realización de plebiscitos a nivel regional y comunal de manera de dotar de mayor representatividad a las decisiones que se adopten en esos ámbitos de administración, sin perjuicio de las regulaciones sectoriales correspondientes.

En todos estos posibles casos, hay que plantearse: i. quienes pueden participar; quien realiza la convocatoria; los límites; y los efectos del mismo.

En cuanto al primer elemento —quienes pueden participar— se debe tratar en el caso de los plebiscitos nacionales de todos los ciudadanos, mientras que cuando se trata de plebiscitos locales solo aquellos que residan en tales territorios.

Respecto del segundo elemento —quien realiza la convocatoria— debe ser en el caso de los plebiscitos nacionales el Presidente de la República, mientras que en el caso de los plebiscitos locales el gobernador regional y el alcalde.

El tercer y cuarto elemento, son quizás los más complejos de plantear. El tercero, por cuanto obligar a determinar límites, ya sean materiales o temporales o una combinación de ambos. El cuarto considera decidir si los resultados de tales plebiscitos serán vinculantes o solo consultivos. Dada la complejidad de estos elementos cada uno de ellos será tratado a continuación por separado.

Iniciativa legislativa popular

El contexto actual

Este sea uno de los temas —vinculados a la participación ciudadana— que mayor interés ha concitado en los últimos meses. Ello debido a la mala evaluación que la ciudadanía tiene del poder legislativo y ejecutivo. En este sentido, se ha planteado que los ciudadanos tengan capacidad para presentar proyectos de ley. Así, se han presentado dos proyectos de ley que hacen referencia a esta materia. En ambos casos, se trata de proyectos que tienen por propósito modificar el actual

artículo 65, ampliando la presentación de proyectos de ley —actualmente limitada a congresista y al Presidente de la República— a los ciudadanos.

Conveniencia de lo mismo

La normativa constitucional parlamentaria actual solo permite al Presidente de la República y al Congreso Nacional la iniciativa para presentar proyectos de ley a través de mensajes presidenciales y mociones parlamentarias. La duda es si ello ha sido un impedimento para que la ciudadanía tenga un rol participativo en el proceso de formación de la ley. Hay quienes plantean que no ha sido un inconveniente, citando intervenciones permitidas, tales como audiencias que realizan las comisiones respectivas con el propósito de permitir a los parlamentarios tener un conocimiento más acabado de ciertos aspectos involucrados en un determinado proyecto de ley.

Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Congreso Nacional, norma de acuerdo a la cual las comisiones “podrán solicitar de las autoridades correspondientes, la comparecencia de aquellos funcionarios que estén en situación de ilustrar sus debates, (...) hacerse asesorar por cualquier especialista en la materia respectiva, y solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen conveniente”. De esta manera, se trata de una atribución que puede ser ejercida por las diversas comisiones pero en las que la ciudadanía no tiene la opción de ser escuchada de solicitar ser escuchada. Ello implica que cada comisión adoptará una decisión pero sin que exista la real oportunidad de participar para la ciudadanía. Por lo mismo, resulta complejo concluir que existen mecanismos que aseguran una efectiva participación de las personas en los procesos legislativos. Así, se trata de un tema que debe ser abordado, aunque ello no necesariamente implique la adopción de la iniciativa legislativa a nivel ciudadano.

III. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN: RÉPLICAS Y DESAFÍOS AL DERECHO ADMINISTRATIVO

Carlos Dorn Garrido

La ponencia por exponer en las próximas XVII Jornadas de Derecho Administrativo tiene por finalidad adelantar algunas reflexiones sobre los efectos transformadores que tendrá en el Derecho Administrativo la muy probable inclusión en la nueva Constitución de una cláusula que declare la adhesión del Estado chileno a la forma del Estado Social de Derecho.

Mi interés consiste en traer a colación el hecho que este tipo de cláusulas constitucionales, a pesar de su brevedad y estar normalmente ubicadas en los títulos preliminares de las Cartas Fundamentales, son profusas en consecuencias jurídicas. Pues, las coordinadas teóricas del Estado Social de Derecho muestran que es una forma de organización de las instituciones jurídico-políticas, especialmente su aparataje administrativo, comprometida con un deber de intervención activo en la ordenación y conformación de los elementos materiales de la dimensión social de la vida. De manera tal que el sustrato material de la sociedad sea compatible con el necesario proceso de convergencia de la universalidad liberal de origen de los derechos ciudadanos con su universalidad por equiparación del ejercicio efectivo y real de tales derechos producto de los imperativos categóricos ínsitos en los valores de libertad, igualdad y justicia del Estado Social de Derecho.

La convergencia entre ambos tipos de universalidades de los derechos ciudadanos requiere la configuración de un Derecho Administrativo y de una institucionalidad administrativa dotada de mayores poderes de intervención para la coordinación de la propiedad y de los derechos individuales con las exigencias de constitución de un espacio vital colectivo adecuado para la integración y cohesión de reconocimiento del otro en cuanto igual, sea modelando, encauzando o

corrigiendo los efectos disruptivos de los intereses individuales en la dimensión social de la vida.

A mayor abundamiento, la civilización enfrenta en la actualidad desafíos radicales producto de las transformaciones que en la trama social de la vida generará tanto el cambio climático como el fenómeno denominado cuarta revolución industrial. Ambos sacudirán los elementos materiales de subsistencia y vida digna de vastos sectores de la población del planeta, introduciendo, al igual como ocurrió en la génesis de los Estados Sociales de Derecho en la segunda mitad del siglo XIX en adelante, con la cuestión social desencadenadas por las primera y segunda revoluciones industriales, una presión acuciante por intervenciones públicas en la dimensión social de la vida bajo lógicas distintas a las soluciones normativas de corrección de las imperfecciones de mercado. Simplemente porque el mercado es una fuerza entrópica incompatible con los desafíos planteados por el cambio climático y la sustitución de una parte relevante de la fuerza laboral por mecanismos automatizados y/o procedimientos de inteligencia artificial.

En ese orden de ideas, la declaración en una futura nueva Constitución supondrá un cambio de paradigma trascendental a las limitaciones y restricciones del Estado liberal de Derecho de la Constitución de 1980, la cual, frente a las tensiones entre intereses sociales acuciantes de la trama de la vida y las libertades individuales y económicas y el derecho de propiedad, estaban zanjadas en favor del individualismo posesivo del orden económico constitucional.

Para entender la magnitud del cambio se hace necesario revisar las razones históricas de surgimiento del Estado Social de Derecho, las cuales, a diferencia de lo que se pueda pensar, mantienen su vigencia ya que dan cuenta de la necesaria imbricación del poder público en el proceso de modificación de los elementos de conexión del individuo con el espacio vital afectando sus correlativas capacidades de existencia y desarrollo de su plan de vida.

En cierto sentido, el Estado Social de Derecho insufla al ordenamiento y a sus instituciones de una fuerte dosis de materialidad conectando las categorías abstractas y formales del Derecho liberal con las distorsiones que sufren sus postulados al vérselas con el *lodo de la realidad*. Naturalmente, semejante cambio de paradigma tiene un impacto directo en el enfoque del Derecho Administrativo y en la organización y funcionamiento de la Administración pública, ya que se convertirá en un actor relevante para el ajuste de los efectos distorsivos que el portento económico-tecnológico causa en la matriz social de la vida, especialmente, liberando dinámicas entrópicas, disgregadoras y de exclusión. La articulación de técnicas de intervención pública ajenas a las simples lógicas de mercado es un imperativo para los efectos de dar contenido a los valores de libertad, igualdad y justicia que deben sostener al espacio vital colectivo.

Al respecto tiene sentido recordar al padre teórico del Estado Social de Derecho, el teórico alemán Hermann Heller, quien en la década del 30 del siglo veinte advirtió sobre la amenaza a la estabilidad de las democracias europeas, a raíz de la crisis social derivada de la economía liberal-industrial y al surgimiento de movimientos fascistas. El germano consideraba que de la fragilidad social y política era responsable la burguesía producto de su preocupación porque el orden normativo e institucional estuviera jurídicamente depurado, esto es, vaciado de contenidos materiales de carácter axiológico. Solo importaba la abstracción y generalidad de la norma que desnuda al sujeto de su posición real en la sociedad derivada de sus circunstancias personales. Es el culto por la aplicación objetiva de la ley. “La cuestión primordial no estribaba ya en la rectitud, sino en la calculabilidad y seguridad burguesa de la ley”. El resultado era un Estado de Derecho formal caracterizado por la limitación del poder político para intervenir en la esfera de la libre interacción de los agentes sociales, aún cuando existieran resultados injustos.

La consecuencia de todo ello, además de la desigualdad económica entre proletariado y clase dominante, era una de mayor gravedad ya que por su magnitud afectaba un bien esencial para la unidad política en democracia: la **homogeneidad**

social. Para Heller es un *estado socio-psicológico* de conciencia de un *nosotros* a pesar de las diferencias, antagonismos y luchas de intereses en una sociedad. Siendo aquel un elemento fundamental para la unidad política en democracia, ya que cuando desaparece significa que “las partes del pueblo políticamente relevantes no se reconocen ya en la unidad política...en ese momento se tornan posibles la guerra civil, la dictadura, la dominación extranjera”. Si bien observaba que, en los últimos siglos en Europa había existido un avance significativo en la obtención de homogeneidad civil y política, aún era insuficiente para mantener la unidad política de la democracia. “Sin homogeneidad social, la más radical igualdad formal se torna en la más radical desigualdad y la democracia formal, en dictadura de la clase dominante”. En su concepto la pérdida de homogeneidad social tiene un derivado peligroso para la unidad política. En efecto, una vez que el proletariado adquiere conciencia de su estado de disparidad, solamente respetará la democracia si ésta le ofrece expectativas de triunfo y una fundamentación moral-espiritual de la actual relación de poder. En caso contrario, “no ya la condición económica, sino la propia conciencia ético-espiritual de ambas clases, se enfrenta –en su heterogeneidad- sin mediación alguna. Ya no aparece por más tiempo al proletariado el burgués como semejante; en consecuencia, opone a la dictadura del Estado burgués su ideal de la dictadura proletaria.

Con justa razón, Heller afirmaba que “la sumisión de la economía a las leyes bajo el Estado de Derecho, no es otra cosa que el sometimiento de los medios a los fines de la vida” debiendo repararse que la principal amenaza para el futuro de las sociedades “no consiste en la ley ni en su extensión de ésta a la economía, sino justamente por la anarquía y por la forma de manifestar ésta en la política, por la Dictadura, así como por el frenesí anárquico de esta producción capitalista que padecemos, que ni a los trabajadores manuales ni a los intelectuales deja el ocio y la oportunidad que reclama una actividad cultural creadora”.

La aportación de Heller es fundamental en la construcción del Estado Social de Derecho dotándolo de una dimensión social en cuya virtud la piedra angular del

sistema político debe ser, no ya la *naturaleza humana* o el *ciudadano* abstracto, sino el hombre *con atributos*, el hombre inserto en circunstancias socioeconómicas concretas y sujeto de necesidades concretas, el hombre adjetivado histórica y socialmente. Así, el Estado Social es la solución propuesta por Heller para enfrentar el desierto ideológico causado por el formalismo jurídico unido a las tensiones políticas y sociales derivadas del modelo político y económico del proyecto liberal burgués.

Las referencias anteriores no son para nada ajenas a la severa crisis de legitimidad de la institucionalidad neoliberal de la Constitución de 1980, pues el contenido emancipador de los valores de libertad e igualdad en dignidad y derechos del inciso 1º del artículo 1 y los deberes estatales de respeto y promoción de los derechos fundamentales del inciso 2º del artículo 5, eran neutralizados y vaciados de contenido producto de la preeminencia de los intereses particulares encarnados en el orden económico constitucional de la propiedad y libertad económica de mercado. Lo cual se plasmó en el desarrollo de políticas públicas institucionales respetuosas de los imperativos de la racionalidad económica, que resultaron absolutamente insuficientes para siquiera plasmar un sustrato material suficiente para dotar de sentido de realidad a los valores de libertad, igualdad y dignidad compartidos por la calidad de ciudadanos. Al contrario, se crearon espacios segregados por capacidad económica, donde no existe la inclusión del otro en cuanto igual, destruyendo cualquier posibilidad de espacios comunes que hagan sentir a los individuos que son parte de una polis.

Por esa razón es posible aventurar que el establecimiento y posterior desarrollo legislativo del andamiaje del Estado Social de Derecho, en la futura Constitución, se enfrentará a la tarea titánica del desmontaje de los enclaves de propiedad económica en recursos y bienes esenciales de la dimensión social necesarios para transformar el espacio vital en uno compartido y justo para el desarrollo de la libertad e igualdad de los ciudadanos en cuanto iguales. Además, el Estado Social de Derecho brindará cobertura constitucional para que el legislador

democrático pueda atribuir a la Administración Pública poderes de intervención en la configuración del orden social y económico, mediante instrumentos de planificación en los sectores relevantes de la economía, así como para el desarrollo de la democracia al interior del proceso económico, todo con el propósito de corregir y/o romper el ciclo de concentración de poder económico que, a la larga, se traduce, en concentración de poder político refractario a la igualdad política entre los ciudadanos.

En ese orden de ideas, tiene interés observar como los poderes de planificación del orden socioeconómico forman parte de la identidad del Estado Social de Derecho, lo cual abrirá el espacio al desarrollo de instrumentos normativos que en el plano económico ya no estarán limitados a simples programas de fomento o estímulo de la actividad económica privada, sino a la definición de planes estratégicos o de interés nacional de desarrollo que servirán de contexto normativo al ejercicio de la libertad económica. Expresiva en este tópico es el artículo 38 de la Constitución española, incluido en el Capítulo Segundo de la Sección 2ª denominada “De los Derechos y Deberes ciudadanos” al señalar que “[s]e reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, **de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación**”. En sentido similar se manifiesta el artículo 41 de la Constitución italiana al destacar que la iniciativa económica privada es libre, pero no puede desarrollarse en perjuicio del interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana. Correspondiendo al legislador establecer los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda coordinarse y dirigirse a fines sociales.

De lo anterior se puede apreciar que una cláusula de Estado Social de Derecho generará inexorablemente una reconfiguración de los términos de relación entre el poder público, derechos individuales y poder económico. Coherentemente con la fórmula del Estado Social de Derecho, de ser incluida en la nueva

Constitución, el derecho de propiedad debe perder su estatus de derecho fundamental (numeral 24 del artículo 19 de la Constitución de 1980) y ocupar el su lugar propio de institución económica que en cuanto tal debe ser organizada por el legislador democrático. Incluso se abre la posibilidad de que la propiedad sea susceptible de distintas formas de organización y enfoque ubicados más allá de la concepción moderna de propiedad individual. Aspecto más a tono con el fin y objetivo del Estado Social de Derecho de mantener un contexto material de la sociedad compatible con el derecho de los ciudadanos a insertarse con igualdad y dignidad en la vida en comunidad y, además, evitar las concentraciones de poder económico por ser incompatibles con la igualdad política de los ciudadanos democráticos. Así por ejemplo perfectamente sería posible incluir en la futura nueva Constitución una norma similar a la contenida en el artículo 15 de la Constitución alemana, en cuya virtud se deja abre la posibilidad de la convivencia de la economía de mercado con formas de socialismo liberal respecto de los elementos materiales de subsistencia y desarrollo para el bien común del espacio colectivo (suelo, recursos naturales y medios de producción).

Sin embargo, en esa tarea aparecen nubarrones en el horizonte, planteando grandes dudas y desafíos, especialmente respecto a definir cuáles serían las consecuencias de los eventuales cambios de situaciones jurídicas constituidas al amparo de la Constitución de 1980, por ejemplo, en materia de aguas y recursos naturales. Lo cual, por cierto, tiene alcances a nivel de ordenamiento administrativo nacional pero también supranacional respecto a las salvaguardas de los intereses económicos de las inversionistas internacionales contempladas en los Estatutos de Protección de Inversiones.

Del mismo modo, la inclusión de estas nuevas formas de intervención estatal en el circuito socioeconómico de la vida no son panaceas en sí mismas sino meros medios, que como tales, pueden ser formas de generar círculos virtuosos o destructivos en la medida que no se acomete conjuntamente una reforma y modernización de la Administración del Estado en el sentido de sustraerla de la

influencia de los intereses de corto plazo de los actores políticos, convirtiéndola verdaderamente en un aparato objetivo y técnico que sea un contrapeso al poder político, anteponiendo su fin de servicio a los intereses generales del bien común. Para tal propósito se requiere en el denominado sector técnico de la Administración -en el cual debería desarrollarse la organización administrativa de estos nuevos poderes de intervención- asegurar su autonomía ante el sector político de la Administración, sin perjuicio de establecer canales de coordinación y controles recíprocos.

Finalmente, en este resumen de mi ponencia no puedo dejar de advertir que, a lo señalado, la cláusula de Estado Social de Derecho también deberá incluir dentro de su dimensión social un elemento ajeno a su génesis histórica, a saber, la necesidad de los Estados de contar con mayores poderes de control social sobre la población producto de la licuefacción de los espacios de interacción social a través de las redes de internet. Así, en el corazón de la cláusula convivirán en pugna por una parte el deber del Estado de adecuar los elementos materiales de la realidad de modo tal existan que se garantice la igualdad real al derecho a insertarse con dignidad en la vida social para el desarrollo de sus planes de vida. Pero junto a ese fin de emancipación el Estado está sujeto a la necesidad de incluir mayores dispositivos de control y vigilancia sobre las libertades individuales, donde muchos de ellos estarán vinculados a los medios de subsistencia de una gran masa de ciudadanos pues el cambio climático y la sustitución de una gran proporción de la fuerza laboral por procesos automatizados obligarán a los Estados a incluir formas de renta básica universal.

IV. REPENSAR EL ESTADO LIBERAL A TRAVÉS DE LOS DERECHOS SOCIALES

Alina del Carmen Nettel Barrera

Luis Gerardo Rodríguez Lozano

La propuesta de participación en las XVII Jornadas de Derecho administrativo se desarrolla en el marco del tema sugerido *Derechos fundamentales y derecho administrativo: libertades clásicas propiedad, derechos sociales, derechos de tercera generación.*

Sometemos a su consideración la ponencia titulada “Repensar el Estado liberal a través de los derechos sociales” en la cual se problematiza a partir de la disociación entre el Estado liberal y los derechos sociales producto de la incomprensión del papel que juegan estos derechos en la cohesión social y la consolidación del Estado liberal a través de la actuación administrativa.

En este sentido, es importante recordar que el derecho administrativo provee los mecanismos de materialización de los derechos sociales a través de la legislación de desarrollo y, asimismo, ordena los estándares de actuación administrativa de acuerdo con los parámetros económicos del Estado. La apuesta por este tema se justifica en las crisis sociales que viven los países latinoamericanos no sólo desde los grupos más vulnerables económicamente sino también de desde la increpante clase media que se replantea un papel más activo del Estado para asegurar la cohesión social y el crecimiento económico simultáneo. Abordar la problemática desde una óptica de derechos humanos exige analizar los deberes de actuación de las autoridades administrativas desde dos dimensiones, por un aparte, el discurso normativo constitucional y su transferencia a las normas secundarias a partir de la progresividad; por otra, los regímenes de discrecionalidad y

responsabilidad frente a la omisión de materializar los derechos consagrados en la Constitución en manos de los tribunales.

La materialización de los derechos sociales legitima al Estado liberal en el marco y salvaguarda de los principios y deberes constitucionales y, por el contrario, un Estado debilitado por el repliegue de los deberes de actuación para la tutela de los derechos sociales provoca ambientes regresivos de inseguridad social, jurídica y política. Es necesario replantear los estándares de actuación y la progresividad en los derechos sociales a través de la acción administrativa y su control. Para ello debemos ofrecer una visión precisa de qué es el Estado liberal, cómo se desarrolla éste en el contexto mexicano y latinoamericano, cómo se legislan a nivel constitucional los derechos sociales y cómo se hace en materia administrativa, cuáles son los marcos de actuación discrecional de las autoridades y a qué responde ésta. El objetivo es ofrecer un replanteamiento del Estado liberal a partir de su construcción social y los deberes de actuación administrativa en clave de análisis crítico de la evolución hacia el post-neoliberalismo, así como, cuáles son las expectativas de un nuevo modelo.

Al respecto, puede decirse que una corriente de estudio económico, político y jurídico está avanzando sobre el terreno jurídico y es necesario sentar las bases de un sistema ius-administrativista preparado para recibir las encomiendas de actuación gestionando las expectativas y las restricciones en el marco del Estado liberal en el que surge. La tarea es ardua si consideramos que en muchos países de América Latina la prestación de servicios públicos, por una parte, se encuentran diezmados por la ineficacia normativa y de gestión, por la otra, se encuentran acorralados por la reducción del Estado y de su operatividad de manera deliberada orientado por la política económica. Y de todo ello son cómplices tanto el poder legislativo, con la visión mínima de las obligaciones del Estado, como el poder judicial que avala el reduccionismo de servicios públicos a favor del Estado con una interpretación incorrecta y extensiva (a favor del Estado) del concepto de discrecionalidad. Sin olvidar que, otro de los actores responsables de las

condiciones y enfrentados al reto del post-neoliberalismo, son los organismos autónomos constitucionales, los cuales se han extendido por Latinoamérica desde los años noventas del siglo pasado con la intención de garantizar una visión o gestión independiente de los poderes tradicionales pero no han conseguido posicionarse o legitimarse con la sociedad para ofrecer un abalanza en las decisiones públicas o en la defensa frente al abandono de los derechos sociales orquestada por las tendencias reduccionistas a-críticas.

Las encomiendas de actuación discrecional se han encontrado de manera sistemática en el ordenamiento jurídico administrativo y su control, en algunos países, se ha sujetado a un análisis de los límites de la discrecionalidad respecto de la vulneración de derechos, sin embargo, quedan dos frentes de reflexión. En primer lugar, reflexionar sobre la habilitación legislativa a ejercer facultades discrecionales frente al cumplimiento de estándares de actuación establecidos por instrumentos internacionales vinculantes, en este orden de ideas, la discrecionalidad debe ser debidamente justificada más allá del discurso de repliegue sistematizado por falsas concepciones de un Estado liberal. En segundo término, pero no menos importante, lo encontramos en los criterios jurisdiccionales en torno al carácter proteccionista que ofrecen ante una posible condena por la omisión en la prestación de servicios públicos que satisfacen derechos fundamentales previstos en la constitución.

Resulta importante, fuera de toda duda, reflexionar sobre el concepto de Estado de derecho, lo mismo desde la filosofía jurídica que de la política contemporánea en donde el concepto ha atravesado por diversas manifestaciones ideológicas. El Estado de derecho incluye, principalmente, una tendencia hacia la libertad tal como lo demuestra la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Para la ideología liberal el individuo es un fin en sí mismo, y la sociedad y el derecho son un canal para la satisfacción de sus intereses. En esta perspectiva los derechos individuales se encuentran en conexión directa con

la ideología liberal que les otorga un sentido eminentemente negativo desde la perspectiva de la no intervención del Estado en la esfera de autonomía del sujeto.

Los derechos humanos, producto de determinados procesos históricos, surgen o se consolidan en el ordenamiento a la luz de las necesidades o decisiones políticas que adquieren sentido en cada momento y en cada sociedad. El derecho, como un concepto histórico, surge en determinados momentos y evoluciona al ritmo de esas circunstancias que caracterizan la evolución de los sistemas jurídicos. Es necesario prestar atención a la historia para comprender el devenir de los derechos humanos los cuales solo se pueden predicar en contextos temporales y determinados. Y es así como tienen su primer arranque en el seno de las revoluciones burguesas del siglo XVIII que le asignan a los derechos una muy acentuada impronta individualista que configuran la primera fase de los derechos que se ha caracterizado por su fuerte carácter dinámico de progreso para las sociedades. Es importante señalar también que el Estado liberal le otorga un valor fundamental a la propiedad privada, a la libertad y a la seguridad de la persona como factores condicionantes del desarrollo individual, en este sentido, podemos señalar que el mercado es fruto de los primeros derechos que consagran el credo liberal lo que sigue permitiendo ese dinamismo económico que sin duda ha traído progreso a las naciones. No obstante, dicha matriz individualista con el curso del tiempo presenta un proceso de erosión que se advierte en las luchas sociales del siglo XIX, dando paso a la segunda generación de derechos que se caracterizan por su impronta social que hace posible el nacimiento del Estado social de derecho.

La distinción entre ambas generaciones se observa en que la primera le otorga a los derechos humanos un carácter de defensa de las libertades del individuo, que exigen del Estado una auto limitación y no injerencia del poder público en la esfera del sujeto, en tanto que la segunda generación que se integra por los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en términos de participación por parte del Estado y se realizan a través de la técnica de prestación de los servicios públicos que prestan las administraciones, de ahí la importancia de

replantear el papel que juega el derecho administrativo y los estándares de actuación que encomienda la norma. Se afirma que los derechos individuales galvanizan la esfera de autonomía del individuo, en tanto que los derechos sociales se consideran derechos de prestación. A partir de dichas consideraciones se puede señalar que los derechos individuales son derechos económicos y los sociales caros, sin omitir que en el contexto actual la eficacia de un derecho liberal exige el accionar de medidas prestacionales, más aún, todos los derechos exigen la actuación de los poderes públicos, toda vez que el ejercicio de los derechos ya sean estos sociales o individuales dependen de su reconocimiento constitucional y por ende del desarrollo legislativo de los mismos, lo que en definitiva implica actuaciones por parte del Estado, en particular las administraciones.

A partir de estos señalamientos se puede considerar que apelar a los valores de la libertad, la dignidad y la igualdad implica una teleología que tiene por finalidad reivindicar a los derechos humanos que contemplan un contenido diverso en función del contexto que atraviesan. En donde la dignidad es el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento de la dimensión moral de la persona. La dignidad de la persona tiene la implicación ética de la libertad en el individuo. En suma, la libertad es el centro toral de la construcción y reconocimiento de los derechos humanos.