DIÁLOGOS
DEL BICENTENARIO
DEL CONGRESO NACIONAL

DESAFÍOS FUTUROS

DIÁLOGOS DEL BICENTENARIO DEL CONGRESO NACIONAL

DESAFÍOS FUTUROS

- FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA
- RECURSOS HIDRICOS
- ENERGIA
- CONCESIONES

PRESIDENCIA DEL SENADO 2011

H. SENADOR DON GUIDO GIRARDI LAVIN

Diálogos del Bicentenario del Congreso Nacional

Obra realizada por iniciativa del H. Senador don Guido Girardi Lavín, Presidente del H. Senado de la República 2011.

Editor general: José Antonio Ramírez Arrayás**

Agradecimientos a todos los participantes, los documentos y aportes de:

Sergio Bitar

Francisco Cumplido

Alberto Dallavia

Marcelo Figuereido

Ronald Fischer

Ana María García

Patricio Hermann

Salvador Millaleo

Salvador Mohor

Roberto Nahum

** Licenciado en Derecho y Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho Cum Laude, Universidad Complutense de Madrid. Asesor de la Presidencia del Senado de la República de Chile. jramirez@ramirezypfefferabogados.cl

Enrique Navarro

Clemente Pérez

Guillermo Pickering

Francisco Soto

José Ignacio Vásquez

José Antonio Viera-Gallo

Francisco Zuñiga

Y los asistentes y participantes en los encuentros.

Biblioteca del Congreso Nacional

Director: Alfonso Pérez Guiñez

Colaboradores BCN:

Rodrigo Bermudez

Marialyse Délano

Nicolás Martínez

Pablo Morales

Andrés Muñoz

Rafael Torres

Enrique Vivanco

Alejandra Voigt

Se agradece la colaboración de la Universidad de Chile y de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Tabla de Contenido

1. Introducción 14

Participación ciudadana 15

Recursos Hídricos en Chile Perspectivas para el Bicentenario del Congreso Nacional 17

Matriz energética y su desarrollo sustentable 18

Concesiones 19

2. El Congreso Nacional; su contribución al fortalecimiento de la institucionalidad democrática, la defensa de los Derechos Humanos y la participación ciudadana 21

2.1 Marco de referencia 23

2.2 Protección de los Derechos Humanos desde el Congreso Nacional, por Francisco Cumplido Cereceda 23

2.3 Marco jurídico-institucional de la participación ciudadana como derecho humano 34

2.3.1 Marco constitucional 35

2.3.2 Ley N° 20.500, sobre derecho de asociación 36

2.3.3 Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades 36

2.3.4 Ley N° 19.300 de Bases General del Medioambiente 37

2.4 Diagnóstico y propuestas de reforzamiento de la participación ciudadana desde la sociedad civil, por Francisco Soto Barrientos 38

2.4.1 Participación ciudadana 38

2.4.2 El Congreso: Espacio Preferente para la Participación Ciudadana ... 42

El debate doctrinal sobre mecanismo de democracia directa y participativa 42

Mecanismos participativos como complemento de la acción de los órganos representativos en Europa. 45

La fórmulas participativas presentes en Estado Unidos de América 51

El reconocimiento de la participación en Latinoamérica. 54

La eventual recepción de fórmulas participativas en Chile; particularidades y desafíos 60

La Constitución de 1980: definiciones que determinan la participación 68

El tratamiento constitucional del derecho de participación 84

Mecanismos de participación directa en la carta de 1980: el plebiscito nacional 94

El plebiscito comunal 98

Las iniciativas para fortalecer la participación 102

Reflexión y propuestas frente al reconocimiento de eventuales fórmulas participativas en Chile. 105

2.5 Contexto global: el malestar ciudadano y las redes sociales 110

2.5.1 Sociabilidad en Internet 110

2.5.2 La construcción social del conocimiento hoy 113

2.5.3 La política en las redes sociales 114

2.5.4 Chile: de las "paradojas de la modernización" a los nuevos movimientos sociales 115

2.5.5 Prospectiva 116

2.6 Participación ciudadana on line: Experiencias en el Mundo y ChileSalvador Millaleo H., Abogado, Ph. D en Sociología (Bielefeld) 119

2.6.1 La democracia encuentra la tecnología 119

2.6.2 Experiencias internacionales 124

2.7 Experiencias en Chile 135

2.7.1 Punta de Choros y Barrancones: Campaña + Redes Sociales 135

2.7.2 El largo y aún inconcluso invierno chileno: Jóvenes + Redes Sociales 140

2.7.3 Coordinación 143

2.7.4 Información alternativa 144

2.8 Institucionalidad y Participación on line 148

2.9 Referencias 150

3. Recursos Hídricos en Chile: perspectivas para el Bicentenario del Congreso Nacional 152

3.1 Marco de referencia 153

3.1.1 Marco Físico 153

3.1.2 Marco Socioeconómico 155

3.1.3 Marco Jurídico 160

3.2 El mercado de las aguas en Chile 169

3.2.1 Transacciones en el mercado de los derechos de aguas 169

3.2.2 Transacciones de derechos de aguas y eficacia 171

3.2.3 Las modificaciones al Código de Aguas 171

3.3 Estrategias y políticas públicas vinculadas a la gestión de recursos hídricos ... 186

3.3.1 Estrategia nacional de gestión integrada de cuencas hidrográficas 186

3.3.2 Estrategia Nacional de Glaciares 187

3.3.3 Acuerdos internacionales sobre la Antártica 190

3.4 Los aspectos sociales y ambientales en el modelo chileno de gestión de las aguas 191

3.5 Experiencias internacionales en la gestión de recursos hídricos: Elementos para el análisis..... 194

3.5.1 Europa..... 195

3.5.2 Estados Unidos de Norteamérica..... 197

3.5.3 Brasil..... 198

3.5.4 México..... 199

3.5.5 Sudáfrica..... 200

3.5.6 Colombia 201

3.5.7 Costa Rica 201

3.5.8 Conclusiones contexto internacional 202

3.6 Propuestas para una política de largo plazo para la gestión sustentable del agua 202

3.6.1 Principios y conceptos centrales de una política para los recursos hídricos 203

3.6.2 Objetivos de una política de largo plazo para la gestión de los recursos hídricos..... 204

3.6.3 Estrategias de acción 204

3.6.4 Involucramiento de la sociedad civil 205

3.6.5 Coordinación Intersectorial para la gestión del agua 206

3.6.6 Planificación estratégica en función de la vocación de la cuenca .. 208

3.7 Bibliografía, Recursos hídricos 210

4. Matriz energética y desarrollo sustentable 213

4.1 La termoelectricidad en la matriz energética mundial y de Chile 215

4.1.2 Generación de termoelectricidad 217

4.1.3 Generación térmica a carbón 220

4.1.4 Generación térmica a Gas Natural / Ciclo Combinado/ GNL 221

4.1.5 Generación térmica utilizando Petróleo Diesel 222

4.1.6 Normas de emisión para termoeléctricas de Chile 223

4.1.7 Nuevas tecnologías usadas en la generación de termoelectricidad 225

4.1.8 Hidráulica de mayor escala (sobre 50 MW capacidad instalada) ... 228

4.1.9 Beneficios y desventajas generados por centrales hidroeléctricas 232

4.2 Energías Renovables No Convencionales (ERNC) 234

4.2.1 Antecedentes generales 235

4.2.2 Las razones del cambio climático 237

4.2.3 Las Energías Renovables no Convencionales (ERNC) 240

4.2.4 Incentivos a la Inversión 242

4.2.5 Situación actual y problemáticas existentes 247

4.3 Génesis de la actual matriz energética 249

4.3.1 Rol del Estado, los privados y la ciudadanía en la definición de la matriz energética del siglo XXI 250

4.3.2 Mercado energético Nacional e Internacional 251

4.3.3 Barreras existentes para el crecimiento del sector 252

4.3.4 Energías renovables no convencionales 253

4.3.5 Participación deseable y/o posible en este segmento hacia el año 2020 254

4.4 Prospectiva 256

4.4.1 Matriz energética sustentable para Chile 256

4.4.2 Adopción de Nuevas tecnologías. 257

4.4.3 Integración regional, mercado regional (sudamericano) de energía 257

4.4.4 Modificaciones y eliminación de barreras para el desarrollo del sector hacia una matriz energética sustentable 259

4.4.5 Integración o participación en energías renovables no convencionales 259

4.4.6 Estrategias del sector para enfrentar el cambio climático 260

5. Sistema de concesiones de obras públicas: El Modelo de Asociación Público Privada (PPP, APP o DBOT) para la inversión en infraestructura en Chile.... 262

5.1 Introducción 262

5.2 La APP y la inversión en infraestructura 263

5.2.1 Modelo Estándar de APP 264

5.2.2 La APP y las limitaciones de las condiciones locales 265

5.2.3 Un Nuevo Marco Analítico 267

5.3 El modelo de Asociación Público Privada (APP) en Chile 268

5.3.1 Contexto inicial 268

5.3.2 Inversión realizada bajo el sistema de concesiones 270

5.3.3 Proyectos por Subsector 272

5.4 Reflexiones y conclusiones sobre la aplicación del sistema de concesiones en Chile y proyecciones tras su reforma 2010 285

5.5 Bibliografía 288

Anexo 1: Discurso en Seminario de Diálogos del Bicentenario, Sr. Roberto Nahum 289

Anexo 2: 200 Años del Congreso Nacional, Sr. Enrique Navarro Beltran 292

I Primer Congreso Nacional 292

II En búsqueda de la estabilidad institucional 293

III El Congreso Nacional en la Constitución de 1833 294

IV El parlamentarismo chileno 295

V Las modificaciones en la Carta de 1925 295

VI El Congreso Nacional bajo la vigencia de la Constitución de 1980 297

VII La reforma constitucional de 2005 y el Congreso del bicentenario 297

Anexo 3: Fiscalización Parlamentaria de los Actos de Gobierno. Ana María García Barzelatto 298

Anexo 4: Senado, Atribuciones Exclusivas, Salvador Mohor Abuauad 316

Anexo 5: Gobierno y Oposición en el Congreso Nacional, José Antonio Viera-Gallo 324

Anexo 6: Acusación Constitucional: la "cuestión previa" como control político de constitucionalidad Francisco Zuñiga Urbina. 333

Anexo 7: HAY MUCHOS INDIGNADOS !, Alberto Ricardo Dalla Via.** 352

Anexo 8: La política de Aguas para futuro de Chile, Sergio Bitar 356

Anexo 9: Evaluación de las concesiones chilenas: ventajas ydificultades, Ronald Fischer 365

1. Introducción 365

2. Ventajas de las concesiones 367

3. Errores conceptuales en concesiones 368

Anexo 10: La Concesión y el Permiso de Servicios Públicos en Brasil , Sr. Marcelo Figuereido 373

Anexo 11: Concesiones 2011: ¿Punto de inflexión?. Sr. Clemente Pérez E. .. 399

Anexo 12: Estrategia Nacional Energía 2012-2030 423

Bibliografía 461

1. Introducción

El Bicentenario del Congreso Nacional es el hito que motiva la presente edición. Esta obra recoge presentaciones realizadas por destacados exponentes nacionales durante 2011, en seminarios y encuentros realizados por la Presidencia del Senado, H. Senador don Guido Girardi.

El trabajo parlamentario, pensado en el desarrollo de Chile durante doscientos años, ha sido un eje fundamental para la construcción institucional del país, en su perspectiva política, económica, social y cultural.

En esta obra, precisamente se plantea recoger los cimientos de Chile, en la visión de su desarrollo sustentable, recepcionando, primeramente, lo que ha sido el desenvolvimiento de los cuerpos jurídicos y los acontecimientos que los acompañan o ilustran, para luego, incorporar sistemáticamente visiones de largo plazo, que nos permitan reflexionar acerca de los desafíos que debemos enfrentar y superar en las décadas venideras.

Se han definido como ejes temáticos la institucionalidad chilena, localizada en la recepción de los derechos humanos ; la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones y su posición en el engranaje democrático del país (Capítulo 2) ; la matriz energética, en particular su historia y los requerimientos de la preservación del medioambiente (Capítulo 4) ; las concesiones de obras públicas como uno de los pilares de la creación de infraestructura originada por el concurso publico-privado (Capítulo 5) y los recursos hídricos, como fuente vital para la subsistencia y crecimiento de las comunidades que conviven en nuestra nación (Capítulo 3).

El desarrollo de estas materias, se aborda de manera interdisciplinaria, con el acucioso análisis de profesionales de la Biblioteca del Congreso Nacional y el valioso aporte de especialistas para cada uno de los diversos acápites de la obra.

A su vez, sin perjuicio del aporte académico de diversas instituciones,

destaca de manera particular el apoyo de la Biblioteca del Congreso Nacional y la estricta colaboración de la Universidad de Chile y de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Esta labor colectiva, se enmarca en el trabajo de más de un año de reuniones periódicas de coordinación, sesiones de análisis y debates; talleres y seminarios, en los cuales, participaron cientos de técnicos y profesionales de las diversas especialidades del sector público y privado, contando siempre con el aporte de los miembros de la Honorable Cámara de Diputados, Senadores y del Gobierno. Los encuentros temáticos fueron públicos y difundidos, a su vez, por los medios televisivos del Parlamento.

El trabajo que se desarrolla a continuación es el corolario de un esfuerzo mancomunado con motivo del Bicentenario del Honorable Congreso Nacional, concebido como un necesario aporte para los estudios, análisis y proyecciones que se formulen en el diseño de políticas públicas de las próximas décadas.

Participación ciudadana

El sistema constitucional chileno, encuentra en la Carta Política de 1980, luego de las reformas de 1989 y 2005, los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico que rige en nuestro país.

En estos textos se desarrollan los estatutos orgánicos y dogmáticos que vinculan a todos los órganos del Estado y a los particulares, la estructura de sus principales instituciones; sus competencias y atribuciones, así como, los derechos y garantías de las personas.

El perfeccionamiento del estatuto constitucional chileno, ha sido una permanente preocupación de los diversos actores sociales y políticos, pues se ha buscado fortalecer el Estado de Derecho, así como la efectiva participación de la ciudadanía en el rumbo de las políticas públicas. Se ha procurado, a su vez, en estas últimas dos décadas robustecer los mecanismos de control de juricidad de los actos de la administración; la

probidad de los entes públicos y la plena garantización de los derechos de las personas.

El Congreso Nacional, ha ocupado un lugar de protagonismo clave, en la estabilidad institucional del sistema político chileno, como también en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos. Igualmente, el Parlamento Nacional ha ocupado un espacio prioritario para el diálogo, la reflexión y la adopción de acuerdos que fijan las políticas públicas, en permanente búsqueda del bienestar colectivo de la Nación.

Es por ello que se dedica una primera parte de este capítulo, al análisis histórico del trabajo parlamentario, con motivo de estos 200 años de vigencia del Congreso Nacional, incorporando una reseña de los aportes de la Carta Política de 1833 y 1925 para luego analizar el texto Político vigente en el trabajo específico de la temática de la participación ciudadana, en la perspectiva de los mecanismos del derecho comparado y el tratamiento del sistema constitucional chileno.

Se culmina este tópico, con las diversas iniciativas de fortalecimiento institucional, como la iniciativa popular de ley y las formas de referéndum o plebiscitos.

En este capítulo se desarrollan extensamente diversos aspectos vinculados al estudio, análisis crítico y propuestas de mejoramiento del sistema constitucional vigente, entre los cuales encontramos temáticas vinculadas a las atribuciones exclusivas del Senado; la Acusación Constitucional; el Rol de la Corte Suprema en la Actividad Legislativa; la Fiscalización Parlamentaria de los actos de gobierno; el estatus del Gobierno y oposición en el Congreso Nacional.

En estas páginas contemplamos un esfuerzo innovador a explicitar el estado de la participación ciudadana en nuestro sistema institucional y, en una perspectiva comparada, Recursos Hídricos en Chile Perspectivas para el Bicentenario del Congreso Nacional se analizan algunos casos emblemáticos, entregando de diversos autores valiosos aportes para un futuro trabajo legislativo.

Encontramos pues, en este capítulo un material rico y relevante, en el cual, se despliegan contenidos y opiniones entregadas con especial acuciosidad, por juristas y expertos en estas temáticas institucionales, que aportan un material imprescindible para los análisis y desarrollos institucionales venideros.

Recursos Hídricos en Chile Perspectivas para el Bicentenario del Congreso Nacional

El Capítulo que se desarrolla a continuación, se preocupa de la compleja temática del desarrollo de los recursos hídricos en nuestro país, abordando para este objeto, primeramente, los antecedentes propios del marco físico, socioeconómico e institucional en el que se desenvuelven para luego formular aspectos centrales de las dificultades presentes y desafíos futuros.

Aspectos cruciales como la reconocida escasez del recurso, su posición estratégica en el desarrollo de proyectos de infraestructura productiva, así como para el crecimiento de la agroindustria y el abastecimiento de los centros urbanos, la vinculación de esta temática a la institución medio ambiental, el rol que le corresponda el Estado en la preservación y administración del recurso, así como la función que le cabe a los actores privados, son parte de las interrogantes que encuentran, en estas páginas, elementos indispensables a considerar en las futuras acciones de políticas públicas.

Encontramos en este apartado, el instrumental esencial para comprender la institucionalidad vigente que regula los recursos hídricos, con precisas alusiones al derecho nacional y a la experiencia comparada, así como observaciones y críticas al funcionamiento del sistema en Chile.

Al material descriptivo, se suman cuestionamientos que el lector podrá compartir o disentir; elementos para proyectar decisiones públicas,

como la eficiencia del uso del recurso hídrico, construcción de embalses e implementación de plantas desaladoras. En este último aspecto, destaca la progresiva incorporación de la desalinización como vía de abastecimiento en proyectos mineros ingresados al sistema de evaluación ambiental.

Visualizaremos también en este trabajo, elementos esenciales de la estrategia nacional de gestión integrada de cuencas hídricas, así como de glaciares y acuerdos internacionales vinculados a la Antártida.

Matriz energética y su desarrollo sustentable

El desarrollo de la matriz energética en chile y las políticas públicas que son necesarias para garantizar su desarrollo sustentable, son parte de los desafíos más relevantes que debe asumir nuestro país en las próximas décadas. Es por ello que se dedica en este trabajo colectivo un capítulo de distinción a esta materia, describiendo, primeramente el estado de la termoelectricidad a nivel nacional y en la perspectiva comparada, describiendo, sucintamente los beneficios y desventajas de las diferentes formas de generación energética; ya sea a carbón, gas natural/ciclo combinado GNL, petróleo, hidráulicas, para culminar en las denominadas energías renovables no convencionales, (ERNC).

La tramitación del proyecto denominado "Hidroaysén" y el transporte de la energía desde el extremo sur del país, hacia la región metropolitana -que esta iniciativa involucra- ha generado, no solamente discusiones de carácter legal, técnico y económico, y también ha "despertado" el interés ciudadano por las formas en que se desarrollan y ejecutan los proyectos que involucran abastecimiento energético para la población. La preservación del patrimonio ambiental ha pasado a convertirse tanto en un deber de las autoridades competentes como en un valor esencial de la convivencia ciudadana, cautelado por medio de una progresiva participación social.

El Congreso Nacional, ha impulsado un proyecto de Ley que obliga, hacia el año 2020 incorporar un 20% de energías renovables no convencionales dentro de la matriz energética. A su vez, el Gobierno despliega su esfuerzo para institucionalizar una carretera pública de transmisión de energía, que facilite el desarrollo de proyectos de este rubro en el territorio nacional.

En estas páginas, encontramos los instrumentos necesarios para comprender esta problemática, así como los documentos centrales que se han elaborado tanto en el seno del Ejecutivo, por miembros del Congreso Nacional, organizaciones sociales, así como el ya citado proyecto "Propicia la Ampliación de la Matriz Energética, Mediante Fuentes Renovables No Convencionales" (20/20).

El chile que veremos en las próximas décadas, dependerá sustancialmente, de la dirección que adopten las políticas públicas vinculadas a la matriz energética en el país.

Concesiones

Las asociaciones publico-privadas en materia de concesiones de infraestructura publica, desarrolladas desde los inicios de la década de los noventa, permitieron a Chile, subsanar un déficit histórico de obras de servicio y utilidad pública. La implementación de los procesos que la doctrina anglosajona denomina como BOT o APP, resultaron exitosos en el desafío de dotar al país de autopistas urbanas e interurbanas, aeropuertos, recintos penitenciarios, hospitales, entre otras obras de infraestructura.

El presente capítulo aborda precisamente las características de este proceso que ha combinado la incorporación de exigencias técnicas con regulación jurídica en las diversas bases de licitación, de manera de brindar seguridad jurídica en la hermenéutica contractual.

Las modificaciones legales introducidas al sistema en el 2010,

robustecieron y actualizaron su desarrollo de forma de garantizar de mejor manera los derechos de los usuarios, explicitar las prerrogativas de las autoridades competentes y el estatuto normativo aplicable a los adjudicatarios.

Se logra con estas innovaciones perfeccionar la regulación en el ámbito de los niveles de servicio, estándares técnicos y mecanismos para la resolución de controversias.

A los antecedentes que se ordenan en estas páginas para explicar el desarrollo de esta virtuosa asociación publico-privada, se suman datos específicos para comprender la magnitud de la implicancia en el incremento de la infraestructura publica. A su vez, se recogen aspectos fundantes para apreciar una reducción en el último periodo de este tipo de concesiones.

Los desafíos propios del crecimiento del país para las próximas décadas se ligan al devenir de las concesiones de obras públicas que se describen en este apartado.

El ambicioso programa de obras que se enuncia y proyecta para los próximos años -permitiendo dotar al país de nuevas carreteras, hospitales, aeropuertos, centros cívicos y espacios públicos-, validan a las concesiones como un instrumento vigoroso, tributario de la confianza en la estabilidad institucional del país, que depositan para su adecuado funcionamiento ciudadanos, emprendedores nacionales e internacionales y organismos del Estado.

José Antonio Ramírez A.
Editor General

2. El Congreso Nacional; su contribución al fortalecimiento de la institucionalidad democrática, la defensa de los Derechos Humanos y la participación ciudadana

Se presentan las visiones jurídico-sociales que los actores han colocado en el debate nacional, especialmente referidos a la revisión de nuestro sistema representativo actual y los mecanismos que admite, o no, la institucionalidad democrática vigente, para que exista un contacto directo entre ella y los ciudadanos.

En el escenario del perfeccionamiento democrático –soslayando la brecha digital- se presenta asimismo, el fortalecimiento del "capital social" a través de las redes, abriendo nuevas dimensiones al "empoderamiento" ciudadano y a su capacidad de interpelación a las instituciones públicas, con nuevas prácticas de control social de las autoridades.

El presente documento contiene una revisión de nuestro actual sistema representativo y los mecanismos que admite, o no, la institucionalidad democrática vigente, para que exista un contacto directo entre ella y los ciudadanos. Como punto de partida, el profesor Francisco Cumplido Cereceda revisa la protección de los diversos derechos humanos por parte del Congreso Nacional desde su apertura en 1811. Lo anterior da paso, luego, a una revisión del marco jurídico-institucional de la participación de la sociedad civil en las distintas instancias de decisión y administración del Estado y al diagnóstico y propuestas académicas, desde el punto de vista legal y sociotecnológico.

De acuerdo a las propuestas, es posible ver que materias como el diálogo social, el voto programático, los referéndum o plebiscitos, vinculantes o no, la iniciativa popular de ley, entre otras variadas instancias consultivas, deliberativas y directas impulsadas en el derecho comparado, parecen ser alternativas de mejoramiento del sistema de democracia más tradicional, y que apuntan a una mayor inclusión de la sociedad civil en la toma de decisiones y en los procesos de ejecución de

políticas o normas que, finalmente, los afectará directamente a ellos y tender hacia una democracia participativa.

La Unión Interparlamentaria mundial, incluso, ha afirmado que los mecanismos de democracia participativa son opciones complementarias para el mejoramiento de la calidad de la democracia y no tienen por qué contraponerse, como excluyente, al sistema democrático actual[1]. "En este sentido, la democracia participativa también se podría entender como el aumento de aquellas instancias de *influencia* de ciertos grupos u organizaciones políticas –o ciudadanos sin estructuración evidente– en la toma de decisiones, más no una toma de decisiones conjunta"[2], pues, finalmente, la decisión siempre pesará sobre las estructuras de poder administrativo[3].

Una sociedad civil fortalecida normalmente se vincula, además, a una democracia participativa. Así, los diversos sistemas de participación ciudadana pueden dar mayor legitimidad que los mecanismos de representación propiamente electorales, al involucrar a la ciudadanía de una forma más activa en los procesos de toma de decisiones, llegando incluso a convertirse en una herramienta eficaz para la rendición de cuentas[4] y para la democratización de los procesos de adopción de esas mismas decisiones.

---

1 Unión Interparlamentaria. El Parlamento y la Democracia en el Siglo XXI. Una guía de Buenas Prácticas. Unión Interparlamentaria, 2006, pp. 24 – 41.

2 POBLETE, Mario. "La Representación en la Teoría sociológica de Niklas Luhmann" en Studia Politica 16, 2009, p. 89.

3 HABERMAS, Jurgen, Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso, Madrid, Trotta, 2005.

4 *Cf.* MARTÍNEZ, María Antonia. Larepresentación política y la calidad de la democracia en *Revista Mexicana de Sociología*,Año 66, Núm. 4, 2004, p. 670.

2.1 Marco de referencia

En su discurso de apertura del Primer Congreso Nacional, el 4 de julio de 1811, su primer presidente accidental, Juan Martínez de Rozas, daba los lineamientos para la apertura a la participación de la ciudadanía por medio "[d]el sufragio libre de los pueblos" para la elección de los primeros diputados que conformaron el Congreso Nacional fundado en 1811.

Desde inicios, entonces, el Poder Legislativo chileno se caracterizó por ser no sólo el referente democrático de nuestro país, sino también, por ir modelando el sistema de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos y una instancia preferente de diálogo social, donde la participación directa o indirecta de los ciudadanos ha sido clave.

Sin perjuicio del gran compromiso que ha tenido siempre el Parlamento con los derechos y libertades personales y su apertura a la ciudadanía, según revisamos a continuación, la democracia sigue siendo eminentemente representativa, y sus instancias de participación aparecen, bastante restringidas en comparación con otros regímenes comparados.

2.2 Protección de los Derechos Humanos desde el Congreso Nacional, por Francisco Cumplido Cereceda[5]

El Congreso Nacional de Chile, desde los albores de la Independencia (1811), consagró y protegió muchos de los derechos humanos, llamados en aquella época derechos del Hombre y del Ciudadano, patrimonio de la Revolución Francesa.

Sin caer en el "nominalismo", adecuaremos esos derechos a las denominaciones de las actuales Declaraciones y Convenios sobre Derechos humanos.

---

[5] Francisco Cumplido Cereceda, Profesor de Derecho Constitucional, ex Ministro de Justicia, 1990-1994.

Estimo de justicia iniciar este estudio con una parte del discurso pronunciado por Fray Camilo Henríquez en la inauguración del Congreso de 1811: "Como la autoridad pública se ejerce sobre hombres libres por naturaleza, los derechos de la soberanía, para ser legítimos, han de fundarse sobre el consentimiento libre de los pueblos. En virtud de este consentimiento, la potestad suprema puede residir en uno o en muchos, y aquel o aquellos que la ejercen, son los grandes representantes de la Nación, órganos de su voluntad, administradores de su poder y de su fuerza". "El más augusto atributo de este poder es la facultad de establecer las leyes fundamentales, que forman la Constitución del Estado".

Chile ha establecido mediante aprobación por suscripción, por Convenciones Constituyentes, por el Poder Constituyente integrado por el Presidente de la República, el Senado, la Cámara de Diputados, el Congreso Pleno, por plebiscitos y por Tratados Internacionales ratificados por el Congreso Nacional, normas fundamentales que reconocen los derechos de la persona, los aseguran, los respetan y los promueven .

Ejemplos significativos.-

1.- Reconocimiento de la personalidad jurídica de los naturales o indígenas de los pueblos originarios. "Por tanto, declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanoschilenos, i libres como los demás habitantes del Estado...."El Director Supremo del Estado de Chile de acuerdo con el Excmo. Senado. (Bernardo O´Higgins). 4 de marzo de 1819.

Igualdad ante la ley.

a) Abolición de la esclavitud de vientre. "que sus hijos que nazcan desde hoy serán libres". El Supremo Congreso acordó que desde hoy en adelante no venga a Chile ningún esclavo... (La Junta Ejecutiva) 15 de Octubre de 1811. Libertad de los esclavos: Decreto del Senado Conservador, publicado el 24 de julio de 1823. Constitución de 1823, Art. 8°." En Chile no hai esclavos: el que pise su territorio por un dia

natural será libre...” Constitución aprobada por el Soberano Congreso Constituyente de la Nación, promulgada el 23 de diciembre de 1823.

b) Abolición de los títulos de nobleza. Prohibición de usar escudos de armas e insignias de nobleza. Bernardo O´Higgins, 16 de marzo de 1817 y 16 de septiembre de 1817.Constitución de 1822, Art.6° “Todos los chilenos son iguales ante la lei, sin distinción de rango ni privilejio”. Constitución aprobada por los Diputados de la Convención el 23 de octubre de 1822. Constitución de 1833, Art.12 “ La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1° La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilejiada.” Constitución de 1833 aprobada por la Gran Convención, modificatoria de la Constitución de 1828, jurada por el Congreso Nacional el 22 de mayo de 1833.

Seguridad, libertad personal y garantías procesales.

a) Constitución política provisional sancionada i jurada el 27 de octubre de 1812, “Art. 16. Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus personas, casas, efectos i papeles; i no se darán órdenes sin causas probables, sostenidas por un juramento judicial i sin designar con claridad los lugares o cosas que se han de examinar o aprender”. “Art. 18.Ninguno será penado sin proceso y sentencias conforme a la lei”. “Art. 19.Nadie será arrestado sin indicios vehementes de delito, o a lo menos sin una semiplena prueba. La causa se hará constar antes de tres días perentorios; dentro de ellos se hará saber al interesado.” “Art. 20. No podrá estar ninguno incomunicado después de su confesión, i se tomará precisamente dentro de diez días”. “Art. 21. Las prisiones serán lugares cómodos i seguros para la detención de las personas contra quienes existan fundados motivos de recelos i mientras duran éstos; i de ningún modo servirán para mortificar a los delincuentes”.

b) Constitución Política jurada el 23 de octubre de 1818 i publicada el 10 de agosto del mismo año. “Artículo 1°. Los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inadmisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil”. “Artículo 3°. Todo hombre se

reputa inocente hasta que legalmente sea declarado culpado". "Artículo 4°. El hombre que afianza la existencia de su persona i bienes, a satisfacción del juez, con una seguridad suficiente, no debe ser preso ni embargado, a no ser que sea por delito que merezca pena aflictiva."

c) Constitución de 1822. "Art. 202 A nadie se pondrá preso por delito que no merezca pena corporal o de destierro, i sin que proceda mandamiento de prisión por escrito, que se notificará en el acto de ella". "Art. 208 A todo preso antes de cuarenta i ocho horas de su prisión, se le hará saber el motivo de ella"."Art. 212 A ningún reo se le recibirá juramento para dar su confesión..."

d) Constitución de 1828, aprobada por el Congreso Jeneral Constituyente el 6 de agosto de 1828 y promulgada el 8 de agosto de 1828." Art. 13. Ningún habitante del territorio puede ser preso ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de juez competente, previa la respectiva sumaria, excepto el caso de delito infraganti o fundado recelo de fuga".

"Art. 15. Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales , sino por los tribunales establecidos por la lei. Esta en ningún caso podrá tener efecto retroactivo". "Art. 19.La lei declara inviolable toda correspondencia epistolar; nadie podrá interceptarla ni abrirla, sin hacerse reo de ataque a la seguridad personal".

e) Constitución de 1833, aprobada por la Gran Convención, como reforma de la Constitución de 1828. "Art. 134. Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la lei, i que se halle establecido con anterioridad por ésta". "Art.137.Ninguno puede ser preso o detenido sino en su casa o en los lugares públicos destinados a este objeto" "Art. 140. Ninguna incomunicación podrá impedir que el majistrado encargado de la casa de detención en que se halle el preso le visite". "Art . 143. Todo individuo que se hallare preso o detenido por haberse faltado a lo dispuesto en los artículos 135, 137, 138 i 139 podrá ocurrir por sí o cualquiera a su nombre a la majistratura que señale la lei, reclamando que se guarden

las formas legales. Esta majistratura decretará que el reo sea traido a su presencia, i su decreto será precisamente obedecido por los encargados de las cárceles o lugares de detenidos. Instruída de los antecedentes hará que se reparen los defectos legales y pondrá al reo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve i sumariamente, corrijiendo por sí o dando cuenta a quien corresponda correjir los abusos".

Examinadas las normas constitucionales y legales, que se han transcrito, aprobadas por el Congreso Nacional, en sus diversas organizaciones, desde 1812 hasta 1833, queda demostrado que ya desde hace muchos años en Chile se han consagrado los derechos humanos que aseguran la libertad personal y las normas del debido proceso que se contienen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales sobre la materia.

Libertad de opinión, imprenta y comunicaciones.

a) Constitución de 1812 "Art.23 La imprenta gozará de una libertad legal.i, para que esto no degenere en licencia nociva a la relijión, costumbres y honor de los ciudadanos i del pais, se precribirán reglas por el Gobierno y Senado".

b) Decreto de la Junta de Gobierno, con acuerdo del Senado, en 23 de junio de 1813 "I.- Habrá desde hoi entera y absoluta libertad de imprenta. El hombre tiene derecho de examinar cuantos objetos estén a su alcance; por consiguiente, quedan abolidas las revisiones, aprobaciones i cuantos requisitos se opongan a la libre publicación de los escritos." II.- Siendo la facultad que los hombres tienen de escribir con la limitación de que se guarde decoro i honestidad, faltar a esta condición es un delito....." III.- La libertad de la prensa se pone bajo la suprema tuición i cuidados del Senado....." IV.- Una Junta compuesta se siete individuos de ilustración, patriotismo e ideas liberales proteje también la libertad de la prensa; i en todo caso de reclamacion contra un escrito, declarará si hai o nó abuso de esta libertad. Si lo hai, las justicias ordinarias conocen del delito i aplican las penas que

corresponden. Ningún tribunal, ningún juez puede proceder a conocer y castigar crimen de esta clase sin la previa declaración del hecho, que debe dar la junta protectora, de que hai abuso" "IX.- De todo escrito es responsable su autor, i, si es anónimo el impresor...." X.- Todo ciudadano que directamente, por amenazas o de cualquier otro modo indirecto, atentase contra la libertad de imprenta se entiende que ha atacado la libertad nacional..." Constitución de 1822 "Art. 225. Es libre la circulación de impresos en cualquier idioma; pero no podrán introducirse obras obcenas, inmorales e incendiarias". "226. Siempre que alguno sea reconvenido por impresos que contengan una o más proposiciones de las prohibidas en el artículo 223, se le citará i prevendrá que en el término perentorio de doce horas nombre veinte literatos para que juzguen de la causa. De estos se sacarán siete a la suerte i serán los jueces." Acuerdo del Senado Conservador y del Director Supremo de 18 de junio de 1823, que adiciona la lei de 23 de junio de 1813," 6.° Que no son responsables los que por medio de la imprenta publican o censuran delito, culpa, defecto, o exceso cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, i con relación a ellas, o delito sujeto a pena por la lei civil en los casos en que la misma lei concede acción popular para acusar o denunciar, con tal que se pruebe la certeza de lo que se dice." 7°. Que abusan de la libertad de imprenta los que publican, censuran, o echan en cara defectos, o excesos puramente domésticos..." "8° Que todo el que en un impreso inserte el nombre de un individuo i cuente sus acciones privadas de modo que sea ofendido i ultrajado, abusa de la libertad de prensa....." . "Constitución de 1828 "Art.18. Todo hombre puede publicar por la imprenta sus pensamientos y opiniones. Los abusos cometidos por este medio serán juzgados en virtud de una lei particular i calificados por un tribunal de jurados". Lei de abusos de la libertad de imprenta, aprobada por el Congreso Nacional con fecha 6 de diciembre de 1828 desarrolla la disposición constitucional transcrita. Constitución de 1833 "Art. 12. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 7°. La libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin censura previa, i el derecho de no poder ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por

jurados, i se siga y sentencie la causa con arreglo a la lei." El Congreso Nacional, por ley de 16 de septiembre de 1846 regula los abusos de la libertad de imprenta. Posteriormente, el Congreso Nacional aprueba el 17 de julio de 1872 una nueva ley sobre abusos de la libertad de imprenta, que en lo pertinente es la más democrática que ha regido en Chile. En efecto, califica las infracciones como abuso y no como delito, y sanciona los abusos con multas, las que son aplicadas por un jurado, que resuelve en conciencia. "Art. 3°. La lei solo califica de abusos de la libertad de imprenta los siguientes: 1°. Los ultrajes hechos a la moral pública o a la relijión del Estado; 2°. Los escritos en que de cualquier modo se tienda a menoscabar el crédito o buen concepto de un empleado público, o la confianza que en él tiene la sociedad; 3°.Aquellos en que se tienda al mismo fin respecto de las personas particulares". "Art. 4°. El abuso será calificado por jurados, los cuales apreciarán las circunstancias del caso i las alegaciones de las partes, i resolverán si ha habido en el autor del impreso acusado el propósito que se le imputa; i según su conciencia determinarán la culpabilidad, clasificándola en alguno de los tres grados que a continuación se expresan : En primer grado, si el abuso es digno, según el concepto de los jurados, de una multa de cincuenta pesos; En segundo grado, el abuso que merezca una multa de cien pesos; I en tercer grado, el que deba ser castigado con una multa de trescientos pesos" "Art 6°. No son abusivos de la libertad de imprenta los escritos científicos o literarios, cuando no tienen más fin que la investigación de la verdad científica, literaria o judicial, aunque san discutibles las apreciaciones o los hechos sobre los que versa la investigación."

Las disposiciones transcritas prueban que la libertad de opinión y de imprenta ha sido garantizada por el Congreso Nacional desde 1811 y que a 1872 se encontraban asegurados todos los derechos humanos sobre la materia.

Libertad de conciencia y culto.

Si bien desde la Constitución Política Provisional de 1812," Artículo primero. La relijión católica, apostólica es i será siempre la de Chile",

por ley interpretativa de 27 de julio de 1865, del artículo 5° de la Constitución de 1833, el Congreso Nacional aprobó; " Artículo 1° Se declara que por el artículo 5°. de la Constitución se permite a los que no profesan la relijión católica, apostólica, romana, el culto que practiquen dentro del recinto de edificios de propiedad particular"." Art. 2°. Es permitido a los disidentes fundar i sostener escuelas privadas para la enseñanza de sus propios hijos en la doctrina de sus relijiones." La Constitución de 1925, aprobada por plebiscito, aseguró a todas las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.

Derecho a la Educación.

Reglamento aprobado por la Junta Suprema de Chile el 18 de junio de 1813. sobre Instrucción Primaria: " Recuperada nuestra libertad, el primer cuidado del Gobierno ha sido la educación pública....." "I.- En toda Ciudad, toda Villa i todo pueblo que contenga cincuenta vecinos debe haber una escuela de primeras letras costeada por los propios del lugar, que se invertirán precisamente en este objeto con preferencia a todo otro, i en caso de no haberlos, el Jefe de la Provincia en cuya jurisdicción se halle dicho lugar, propondrá los arbitrios que puedan tomarse para su establecimiento". "II.- En toda escuela habrá un fondo destinado para costear libros, papel y demás utensilios de que necesiten los educandos, de tal modo que los padres por ningún pretesto, ni bajo título alguno, sean gravados con la más pequeña contribución". "XII.- Se establecerá en cada villa una escuela de mujeres, en donde se enseñe a las jóvenes a leer i escribir, i aquellas costumbres y ejercicios análogos a su sexo." " XX.- Ninguno puede enseñar en el Estado de Chile, sino en la forma dispuesta por este Reglamento." "XXI.- El Gobierno dispondrá prontamente un plan de enseñanza de primeras letras, que se pasará a todos los maestros para su puntual cumplimiento. EL 10 de Agosto de 1813 fue creado el Instituto Nacional y en el transcurso del siglo XIX se aprobaron por el Congreso Nacional diversas leyes para la construcción de su edificio y para su financiamiento. La Constitución Política de 1822 destinó un capítulo

único de su "título VIII, De la educación pública" a regular la materia. "Art. 230. La educación pública será uniforme en todas las escuelas, i se le dará toda la estensión posible en los ramos del saber, según lo permitan las circunstancias". La Constitución Política de 1833 dispuso: "Art. 153. La educación pública es una atención preferente del Gobierno. El Congreso formará un plan jeneral de educación nacional y el Ministro del Despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la República". "Art. 154. Habrá una superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional, i su dirección bajo la autoridad del Gobierno". En 1842 se crea la Universidad de Chile, por ley aprobada por el Congreso Nacional , promulgada el 19 de noviembre de 1842. Por ley de 14 de noviembre d 1849 se suplementa el presupuesto de la Escuela de Artes i Oficios. El 24 de noviembre de 1860, se promulga la "Lei jeneral de instrucción primaria" " Artículo 1°. La instrucción primaria se dará bajo la dirección del Estado ." " Art. 2°.La instrucción que se diere en virtud de esta lei será gratuita i comprenderá a las personas de uno i otro sexo"." Art.3°. Habrá dos clases de escuelas, elementales y superiores". " Art 8°. Se establecerán las escuelas normales para preceptores i preceptoras que sean necesarias i serán costeadas por el tesoro público". " Art. 10°. La instrucción que se diere privadamente a los individuos de una familia no estará sujeta a las disposiciones de la presente lei." "Art. 11°. Las escuelas costeadas por particulares o con emolumentos que pagaren los alumnos, quedan sometidas a la inspección establecida por la presente lei en cuanto a la moralidad i orden del establecimiento, pero no en cuanto a la enseñanza que en ella se diere ni a los métodos que se emplearen". Como puede observarse esta ley consagra la libertad de enseñanza .Lei Interpretativa de 27 de julio de 1865 del artículo 5° de la Constitución, "Art. 2°. Es permitido a los disidentes fundar i sostener escuelas privadas para la enseñanza de sus propios hijos en la doctrina de sus relijiones". Por último, el Congreso Nacional aprobó "la lei jeneral de instrucción secundaria y superior", promulgada el 13 de Enero de 1879. "Artículo 1°. Con fondos nacionales se sostendrán establecimientos de enseñanza destinados: 1°. A la instrucción secundaria: habrá a lo menos un establecimiento en cada provincia; 2°.

A la instrucción especial, teórica i práctica que prepara al desempeño de cargos públicos i para los trabajos i empresas de las industrias en jeneral; 3°. A la instrucción superior que requiere el ejercicio de las profesiones científicas i literarias; 4°. A la instrucción científica i literaria superior jeneral en todos sus ramos i al cultivo y adelantamiento de las ciencias, letras i artes.". " Art. 2° Es gratuita la instrucción secundaria y superior costeada por el Estado." "Art. 3° Toda persona natural o jurídica a quien la lei no se lo prohiba, podrá fundar establecimientos de instrucción secundaria y superior i enseñar pública o privadamente cualquiera ciencia o arte, sin sujeción a ninguna medida preventiva ni a métodos o testos especiales". Esta ley aprobada por el Congreso Nacional regula, además, el Consejo de Instrucción Pública, encargado de la superintendencia de la enseñanza costeada por el Estado, la enseñanza universitaria y los establecimientos de instrucción secundaria costeados con fondos nacionales. Así, a 1879, el Congreso Nacional había aprobado leyes que aseguraban la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, derechos humanos fundamentales.

Derecho de propiedad.

Constitución de 1818, "Art. 9°. No puede el Estado privar a persona alguna de la propiedad i libre uso de sus bienes si no lo exije la defensa de la Patria, i aun en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, i nunca con tropelias e insultos". Constitución de 1822, "Art. 221, Todo ciudadano tiene la libre disposición de sus bienes, rentas, trabajo e industrias....". Constitución Política de 1828. "Art. 17.- Ningún ciudadano podrá ser privado de los bienes que posee, o de aquellos que tiene lejítimo derecho, ni de una parte de ellos por pequeña que sea, sino en virtud de sentencia judicial. Cuando el servicio público exijiese la propiedad de alguno, será justamente pagado de su valor, e indemnizado de los perjuicios en caso de retenérsele."Constitución Política de 1833, Art 12.- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 5°. La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que

sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial, salvo el caso en que la utilidad pública del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos."Art.- 152. Todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción por el tiempo que la concediere la lei; i si ésta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente ". Este análisis histórico demuestra que ya a 1833 estaban asegurados los principales derechos humanos sobre la propiedad. El 24 de julio de 1834 se promulga la lei sobre propiedad literaria aprobada por el Congreso Nacional, y el 14 de agosto de 1838 se publica el Decreto- lei sobre expropiación.

Fauna y flora. Protección de la biodiversidad y el medio ambiente.

Ley sobre corta de bosques, aprobada por el Congreso Nacional, promulgada el 13 de julio de 1872, "Art, 2°. Se prohibe el corte de los árboles o arbustos en los lugares en que existen o aparecieren vertientes". Lei núm. 83, aprobada por el Congreso Nacional y promulgada el 28 de agosto de 1893, "Artículo único. Prohíbese en absoluto, por el término de cuatro años, la caza o pesca de focas o lobos marinos, nutrias i chungungos, en las zonas que abarcan las gobernaciones marítimas de Chiloé i Magallanes i en las costas de la isla de Juan Fernández." Lei núm 1.050, aprobada por el Congreso Nacional y promulgada el 3 de julio de 1898. " Artículo único. Prohíbese la pesca con dinamita bajo la pena de cincuenta a quinientos pesos de multa o de cuarenta a sesenta días de prisión."

Los jirones transcritos de nuestras Constituciones y leyes demuestran el desarrollo y modernidad de las ciencias jurídicas y sociales en Chile en el Siglo XIX, la capacidad de anticipación legislativa de nuestros políticos y la fecunda y visionaria labor realizada por el Congreso Nacional desde los albores de nuestra Independencia, y que este año celebra su bicentenario.

2.3 Marco jurídico-institucional de la participación ciudadana como derecho humano

El Congreso Nacional ha dictado algunas leyes donde se ha incorporado la participación ciudadana. Sin embargo, su reconocimiento jurídico en Chile es esporádico, constatándose sólo algunos casos puntuales en ciertos ámbitos y regiones específicas[6]: La Ley Nº 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, y experiencias previas de los "cabildos culturales" y los "presupuestos participativos".

Los "Cabildos Culturales" son un ejemplo incipiente de democracia participativa para la recepción de demandas por parte de la política. Con aparición en 1999, a través de la Dirección de Cultura del Ministerio de Educación, se impulsaron reuniones ciudadanas basadas en el diálogo y el acuerdo de sus participantes, respecto de temas relacionados con la política cultural de las comunas. La realización de los cabildos, en unas primeras instancias, fue un espacio de diagnóstico y discusión. Luego se orientó la reflexión hacia asuntos referidos a la formación de audiencias y de artistas y artesanos. Finalmente, ya en una tercera etapa, se orientó hacia temáticas de planeación de la política cultural[7]. Los acuerdos logrados por los ciudadanos participantes del Cabildo no son vinculantes, es decir, sólo funcionan como sugerencia para que los representantes puedan orientar sus decisiones en torno a estas demandas ciudadanas. Si bien los Cabildos Culturales son una forma de recepción política de demandas, ésta se da a nivel de los gobiernos locales –municipalidades– sin participar la legislatura nacional.

---

[6] Al respecto véanse una serie de investigaciones que dan cuenta de experiencias puntuales de participación ciudadana a nivel local en Chile. ALENDA, Stéphanie. "Evaluación de la participación ciudadana en las experiencias de desarrollo integral del Programa Ciudadanía y Gestión loca". ECLAC-CEPAL; MONTECINOS, Egon. "Descentralización y Democracia en chile: análisis sobre la participación ciudadana en el presupuesto participativo y el plan De Desarrollo comunal" en *Revista de ciencia política (PUC)*, vol. 2, núm. 2, 2006.

[7] Disponible en: http://www.oei.es/cultura2/relatoria.htm(Septiembre, 2011).

Los presupuestos participativos se han implementado en Chile desde el año 2001. Diez años después Egon Montecinos (2011)[8] da cuenta de un resultado más bien modesto: del universo de 345 municipios, lo han aplicado 30, y de ellos, sólo 13 han logrado sostener este mecanismo, de modo ininterrumpido, por más de tres años. Las problemáticas en su implementación, reseñadas por Montecinos, dicen relación básicamente con: una cierta "alcaldización" del mecanismo (que abre posibilidades para clientelismos), incidencia del edil y del consejo comunal en el manejo de los recursos, y limitaciones de diseño vinculadas a la necesidad de descentralización de la gestión.

2.3.1 Marco constitucional

La Constitución Política de la República establece que Chile es una República democrática, y que la soberanía reside esencialmente en la Nación, especificando que esa soberanía se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y por la autoridades que la propia Constitución establece[9].

Ahora bien, la propia Constitución limita el ejercicio de la soberanía a través de plebiscitos y elecciones, al estipular taxativamente aquellas materias que pueden ser objeto de plebiscito o elección: para el primero, la Constitución lo prevé como un instrumento del Presidente de la República para resolver diferencias con el Congreso en casos de reforma constitucional; y, las elecciones, para la designación de Presidente de la República, Parlamentarios y Alcaldes y Concejales.

El artículo 118 inciso 2° de la Constitución, eso sí, abre la posibilidad de que las Municipalidades, es decir, la administración local del Estado,

---

[8] Montecinos, Egon (2011). Democracia participativa y presupuesto participativo en Chile: ¿complemento subordinación a las instituciones representativas locales?. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, Vol.31, Nº 1. Disponible en:http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v31n1/art04.pdf (Septiembre, 2011).

[9] Artículos 4° y 5° de la Constitución Política de la República.

utilice mecanismos de participación en las diversas actividades municipales.

2.3.2 Ley N° 20.500, sobre derecho de asociación

Una de las principales fuentes normativas relativa a la participación de la sociedad es la Ley N° 20.500 que reconoce el derecho de todas las personas a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos y establece el deber del Estado de promover y apoyar las iniciativas asociativas de la sociedad civil.

En el marco del reconocimiento de las personas jurídicas, la Ley define como organizaciones de interés público a "aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado".

Por el solo ministerio de la ley, tienen carácter de interés público las organizaciones comunitarias funcionales, juntas de vecinos y uniones comunales y las comunidades y asociaciones indígenas[10].

2.3.3 Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades

Los artículos 93 y siguientes de la LOC de Municipalidades regulan los mecanismos de participación ciudadana en la gestión municipal, estableciendo que "cada municipalidad deberá establecer en una ordenanza las modalidades de participación de la ciudadanía local, teniendo en consideración las características singulares de cada comuna […]".

[10] Reguladas en la ley Nº 19.253.

Más adelante, la norma estipula que, dentro de la libertad de cada municipio para regular estos mecanismos, las ordenanzas que los desarrollen deben contener, al menos, "una mención del tipo de las organizaciones que deben ser consultadas e informadas, como también las fechas o épocas en que habrán de efectuarse tales procesos. Asimismo, describirá los instrumentos y medios a través de los cuales se materializará la participación, entre los que podrán considerarse la elaboración de presupuestos participativos, consultas u otros."

Es importante destacar que la LOC también dispone que en cada municipalidad exista un consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, de acuerdo a lo que estableció la Ley N° 20.500 y cuyo mecanismo de elección es efectuado directamente por las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional, y por las organizaciones de interés público de la comuna.

2.3.4 Ley N° 19.300 de Bases General del Medioambiente

El sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA) contenido en la Ley N° 19.300 se enmarca dentro del principio participativo[11]. Así, En la Ley N° 19.300, los procesos de Participación Ciudadana dentro del SEIA pueden detallarse como:

En primer lugar, le corresponde a la Comisión Nacional o la Regional de Medio Ambiente, según corresponda, "establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se le presenten" (art. 26). Luego, el artículo 28 concede el derecho a las personas naturales directamente afectadas y a las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por medio de sus representantes, de conocer el

---

[11] ARMISÉN Causarano, Juan Pablo, La participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno: Conceptos, alcances, y resultados actuales, The Institute for Research and Debate on Governance (2008). Disponible en: http://www.institut-gouvernance.org/en/analyse/fiche-analyse-351.html (Diciembre, 2011).

contenido del Estudio de impacto ambiental que debe haber publicado la empresa o proponente del proyecto, además de los documentos que lo acompañan.

Estas personas y organizaciones tienen la posibilidad de formular observaciones a los Estudios ante la autoridad competente dentro de un plazo determinado y es responsabilidad de dicha autoridad ponderar (hacerse cargo y responder) las observaciones recibidas en los fundamentos de la Resolución de Calificación Ambiental y de dar a conocer dicha ponderación a quienes hicieron observaciones

Finalmente, el artículo 29 inciso 3º otorga el derecho de presentar un recurso de reclamación a quienes estimen que sus observaciones no fueron debidamente ponderadas.

2.4 Diagnóstico y propuestas de reforzamiento de la participación ciudadana desde la sociedad civil, por Francisco Soto Barrientos

A continuación se presentan la visión y propuestas del abogado, Magister y Doctor en Derecho Francisco Soto Barrientos, Académico con compromiso preferente en el Programa de Doctorado (Facultad de Derecho U. de Chile) Publico y de Derecho Comparado. Profesor de Derecho Consitucional y Ciencias Políticas en pre-grado de dicha Facultad.

El profesor Soto, junto con el Decanato y el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile, se hicieron parte de la convocatoria efectuada en el marco del Bicentenario del Congreso Nacional sobre las posibilidades y desafíos que se le presentan al Parlamento hacia el futuro en tanto espacio preferente de la participación ciudadana.

2.4.1 Participación ciudadana

La progresiva falta de compromiso político es un mal endémico de las democracias contemporáneas. Si bien la existencia de un sistema representativo constituye el supuesto básico para el buen

funcionamiento de una democracia, la experiencia comparada ha justificado la incorporación de mecanismos de democracia directa y participativa como el referéndum, la iniciativa legislativa popular, entre otras fórmulas participativas con el objetivo de revertir esta tendencia a la apatía, de complementar el buen funcionamiento de las instituciones representativas, de generar fórmulas para resolver conflictos entre órganos constitucionales a través de la opinión de la ciudadanía, de dinamizar la acción legislativa incorporando nuevos actores, entre otros argumentos. De esta manera, la elección periódica de autoridades, se le adicionan otras formas de participación ciudadana, con lo que se busca alcanzar crecientes niveles de involucramiento ciudadano con la institucionalidad[12].

En las últimas décadas, en la mayoría de las constituciones del mundo occidental, han proliferado regulaciones que van desde garantizar la participación como derecho, hasta contemplar mecanismos de democracia directa. Este reconocimiento, como veremos, satisface una creciente necesidad por comprometer a la ciudadanía en decisiones concretas, que afectan el futuro de los Estados. Es el caso de la conformación de la Unión Europea, por dar un ejemplo que analizaremos, donde los mecanismos de democracia directa se han convertido en una herramientas importante para lograr la conformidad de varias naciones en este proceso de integración continental. Desde la década del setenta en el marco de la integración europea, encontramos 36 referendos que suponen la participación de más 500 millones de personas. En este mismo sentido, los 27 Estados de la Unión han adaptado sus cartas fundamentales para que sus ciudadanos decidan directamente materias que comprometen a más de una generación, como es el caso de la entrega de competencias a esta plataforma

12 LUCIANI, Massimo: *La formazione delle leggi, tomo I, 2 Art. 75, Il referendum abrogativo*, Comentario della Costituzione fondato da G. Branca a continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli Editore Bologna, Il Foro Italiano Roma-Bologna, 2005, pág. 84 y sig., y SANTAMARÍA, Julián: "Participación política y democracia directa", *Estudios de Ciencia Política y Sociología*, Homenaje al Profesor Carlos Ollero, Editorial Nacional, Madrid, 1972, págs. 743 a 783.

supranacional.

En nuestro continente la situación no ha sido tan distinta. Estados Unidos de América (en adelante EUA), por ejemplo, registra a la fecha más de 2000 consultas directas en los estados que reconocen este mecanismo. En Latinoamérica, sólo dos países no establecen esta institución en sus constituciones: México (sólo lo reconoce a nivel de las entidades federativas en 23 estados) República Dominicana. Mientras, otros 5 casos (entre ellos el de Chile), a pesar de su inserción constitucional estas fórmulas nunca han sido utilizadas. Con todo, desde la década de los ochenta se vienen desarrollado importantes reformas en varios países como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela. Así se ha avanzado en la consagración constitucional del derecho de participación. Inclusive, la consagración constitucional de este derecho ha motivado la elaboración de numerosas leyes de participación. Es en este contexto, en que experiencias como los presupuestos participativos comienzan tímidamente a expandirse en nuestro continente. No obstante, son contados los casos en que, dichas fórmulas participativas han logrado establecer continuidad en el tiempo. Destacando las experiencias de municipios brasileños, en particular Porto Alegre.

Chile es uno de los pocos países de Latinoamérica que no le asigna un rol relevante a los mecanismos de democracia directa y participativa en su sistema institucional. Se pueden distinguir tres momentos determinantes en la evolución constitucional de este país en materia de participación: antes del proyecto de reforma constitucional de 1964; la reforma de 1971 que establece el artículo 10 N º 17; y la regulación contenida en la constitución de 1980 y sus posteriores modificaciones.

La primera etapa proviene de una evolución administrativa en la gestión pública, y es muestra de profundización democrática del Estado liberal conformado con el advenimiento de la República en Chile. La reforma constitucional propuesta en 1964 buscaba reconocer y elevar a un estatus constitucional el rol colaborativo de las organizaciones de la sociedad civil. En el segundo momento surge recogiendo prácticamente

la misma propuesta constitucional de 1964 pero con un énfasis distinto, dado el momento político que se vivía y la propia estrategia definida por el conglomerado de gobierno de ese entonces. Así se elabora el concepto de "poder popular" que encaja muy bien con la intención de elevar el reconocimiento de las "organizaciones de base" propuesta en 1964. Finalmente, el debate preparatorio que llevó a la actual Constitución visibilizó una tercera propuesta referida al tratamiento del derecho de participación ciudadana, pretendiendo fundar una nueva relación entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil. De esta manera, se busca no sólo desechar la reforma implementada en 1971 sino la propia construcción participativa establecida por más de ciento cincuenta años de gestión administrativa de los diversos gobiernos en el marco de las constituciones de 1833 y 1925. Las tres perspectivas declaran, con notables diferencias entre sí, un reconocimiento al rol protagónico de las organizaciones de la sociedad civil. No obstante, nunca se pensó en la alternativa, que permitiera implementar mecanismos de democracia directa.

Así el desarrollo de la democracia en Chile se fundó únicamente en la profundización del sistema representativo, en mejorar las alianzas entre las organizaciones de la sociedad civil y el Estado, dejando de lado la transferencia directa de poder a la ciudadanía. Esto a pesar de recientes legislaciones aprobadas como la nueva ley 20.500/2011, del 16 de febrero, sobre asociaciones y participación en la gestión pública o los eventuales proyectos que se vienen sucediendo sobre iniciativa legislativa popular. Fue justamente en los estudios preparatorios de ellos que pude evidenciar los prejuicios que mantiene la clase política chilena con el reconocimiento de estos mecanismos de democracia directa y participativa, basados fundamentalmente en:

- Una percepción negativa de la utilización del referéndum en Latinoamérica. Mediante estas fórmulas varios Gobiernos han manipulando la opinión pública y al electorado de sus países, saltándose la intermediación de los partidos políticos, el Congreso e incluso afectando la independencia en las decisiones de órganos judiciales.

- La creencia que en países de tradición representativa (como Chile) estos mecanismos no son reconocidos o si lo son tienen una mínima incidencia.

En definitiva, al profundizar sobre la veracidad de estas afirmaciones surge la necesidad de poder conocer el tratamiento que diferentes sistemas constitucionales dan a los mecanismos de democracia directa y participativa.

2.4.2 El Congreso: Espacio Preferente para la Participación Ciudadana

El debate doctrinal sobre mecanismo de democracia directa y participativa

Desde los albores del Estado moderno, el Parlamento es identificado como el órgano constitucional que debería canalizar las distintas perspectivas existentes en la sociedad. Así, la actividad legislativa resulta ser medio idóneo para dar curso institucional al debate deliberativo. Esta idea es sostenida ya en la Inglaterra del siglo XVII[13] y posteriormente, será LOCKE quién profundizará en esta tesis, argumentando a favor de la existencia de un particular vínculo entre la ciudadanía y el poder legislativo.[14] También puede ser reconocida esta mirada en el debate constitucional continental en la obra de SIEYÈS, PAINE y otros autores más contemporáneos, como KELSEN.[15]

Por otra parte, ROUSSEAU sostiene una visión distinta sobre la participación política, que se sustenta en la desconfianza en los

---

13 MATEUCCI, Nicola: Organización *del poder y libertad, historia del constitucionalismo moderno*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, pág. 140.

14 LOCKE, John: *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil,* Alianza Editorial, Madrid (1690), pág.141.

15 FIORAVANTI, Maurizio: *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, págs. 100 a 120.

representantes, y cree en la necesidad de establecer espacios institucionales autónomos de expresión sin la mediación órgano instituido.[16]

Alf ROSS concluye que estas dos formas de caracterizar la participación dentro de la institucionalidad democrática tienen influencia determinante en el reconocimiento de mecanismos de democracia directa y participativa en el constitucionalismo occidental. Una, que se inserta dentro del equilibrio de órganos constitucionales y entiende estos mecanismos como forma de control político de las autoridades (desarrollada principalmente en Europa y en la más reciente normativa constitucional latinoamericana) y otra fundada en una suerte de "dogmática de la infalibilidad de la voluntad popular", que se desarrolla en su versión más pura actualmente en algunos Estados de EUA.[17]

Este trabajo caracteriza brevemente los mecanismos de democracia directa y participativa reconocidos en las cartas fundamentales occidentales con el objetivo de demostrar como la balanza se ha inclinado por la búsqueda de un equilibrio entre la participación y la dirección de los órganos representativos. En este sentido el liderazgo del Parlamento y los partidos políticos es evidente en el diseño institucional de mecanismos como el referéndum o la iniciativa legislativa popular, despejando cualquier debate doctrinal que se pueda establecer en este sentido. Desde esta perspectiva, las fórmulas participativas han tendido a ser apartadas de la discreción de los gobiernos y de la mayoría de turno, para ser cuidadosamente insertadas en la actividad política y de preferencia en el proceso de elaboración de la ley.[18]

---

16 ROUSSEAU, Jean Jacques*: Contrato social (1762)*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, págs. 32 a 36; MILLER, James*: Rousseau, Dremer of Democracy,* Yale University Press, New Haven and London, Michigan, 1984, págs. 205 y 206;

17 ROSS, Alf: *¿Por qué la democracia?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 204 a 208.

18 SCHNEIDER, Hans Peter: *Democracia y Constitución*, Madrid, CEC, 1991, pág. 250.

Esta reflexión comparada sobre fórmulas como el referéndum y la iniciativa legislativa popular no tiene un objetivo puramente académico: se orienta a aportar al debate que se desarrolla en Chile ante la eventual incorporación de estas figuras en su sistema constitucional. Pensamos que la sistematización y análisis de las experiencias comparadas permite enfrentar los prejuicios que por décadas existen en Chile sobre los efectos institucionales que tendrían su incorporación en nuestra Constitución.[19]

Entenderemos por mecanismos de democracia directa y participativa como aquellos en que el pueblo ejerce de modo inmediato y directo las funciones públicas que se le atribuyen[20], a través de las siguientes fórmulas institucionales:

- Asamblea abierta: supone la participación de la totalidad de los ciudadanos con derechos políticos y que sustituye a la asamblea representativa en la toma de decisiones;
- Referéndum: derecho del cuerpo electoral a aprobar o rechazar la decisiones de la autoridad legislativa ordinaria. Puede distinguirse, por su fundamento jurídico, en:

    - Obligatorio: cuando es impuesto por la Constitución como requisito para la validez de determinada norma legal; y

    - Facultativo: la iniciativa depende de una autorización competente.

También el Referéndum puede distinguirse por razón de la eficacia:

    - De ratificación o sanción también llamado vinculante: cuando la norma en cuestión sólo se convierte en ley por la

---

19 WALKER, Ignacio: *La democracia en América Latina, entre la esperanza y la desesperanza*, UQBAR editores, Colección CIEPLAN, Santiago, 2009, pág. 230.

20 GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, Introducción de Manuel Aragón, Alianza, Madrid, 1984, págs. 183 a 185.

previa aprobación del cuerpo electoral que viene a sustituir así la autoridad sancionadora de las leyes;

- Consultivo: el resultado del referéndum no tiene carácter vinculante para las autoridades legislativas ordinarias;

- Iniciativa[21]: derecho de una facción del cuerpo electoral a exigir que se consulte sobre una determinada acción legislativa. Hay que distinguir la iniciativa simple (genérica) cuando se limita a la sola invitación e iniciativa formulada cuando ésta se presenta a través de un proyecto;
- Veto (referéndum abrogativo): atribución que se entrega a una facción del cuerpo electoral para requerir, dentro de un plazo determinado, que una ley ya aprobada sea sometida a votación popular, haciendo depender de ésta la vigencia futura de la ley;
- Plebiscito: es la consulta al cuerpo electoral sobre un acto de naturaleza gubernamental o constitucional. En definitiva, no se refiere a materias legislativas, sino a decisiones de carácter eminentemente político; y
- Revocación: derecho de una facción del cuerpo electoral a solicitar la destitución de un funcionario de naturaleza electiva antes de expirar su mandato.

Mecanismos participativos como complemento de la acción de los órganos representativos en Europa.

La participación ciudadana de forma directa cuenta con tradición y práctica en los sistemas democráticos europeos. La Constitución suiza de 1848 y la alemana (de Weimar) de 1919 son los primeros indicios de una tendencia normativa que ya, a finales del siglo pasado, se consolida en los estados del viejo continente.

---

[21] Otros autores también se distinguen entre una modalidad "fuerte" de iniciativa, cuando se contempla la intervención directa de la ciudadanía en la definición y aprobación de una ley a través de referéndum, o bien, "débil" frente a la posibilidad de presentar una proposición de ley para su posterior tratamiento en sede parlamentaria, donde la última palabra en su aprobación la tiene este último órgano.

La carta fundamental suiza de 1848 fue una de las primeras en otorgar un lugar central en el modelo institucional del Estado a los mecanismos de democracia directa. Se establecieron dos fórmulas: el referéndum obligatorio y la iniciativa ciudadana de ley, ambas con el propósito de reformar todo o parte de la Constitución. En este segundo caso se debía contar con el patrocinio de 50.000 ciudadanos con derecho a voto presentes en, a lo menos, ocho cantones. El referéndum facultativo es reconocido en materia legal desde 1874. En 1921 se permitió consultar algunos Tratados internacionales, para que en 1977 se extendiera a todo tipo de documentos internacionales. Las temáticas susceptibles de ser consideradas para referéndum obligatorio han ido extendiéndose sistemáticamente, separándose de las iniciativas referidas a la reforma constitucional. Así se llega a la fórmula, aprobada en 1999 y modificada el 2003, que supone tres tipos de referéndum: reforma constitucional (total o parcial), obligatorio y facultativo.[22]

Con todo, la práctica participativa suiza ha impactado de manera puntual y acotada en el proceso de reforma constitucional de este país. La más reciente doctrina destaca la funcionalidad de este modelo participativo en el proceso de establecer consensos entre los diversos sectores políticos y de fortalecer el vínculo de las instancias de representación con la ciudadanía. Más que instrumentos de definición cotidiana, dichas instituciones operan en subsidio y en el caso que una propuesta no alcance el grado de consenso requerido en la mayoría de los casos.[23]

---

[22] La Constitución de 1848 fue aprobada con el apoyo de 145.584 ciudadanos; y 54.320 se manifestaron en contra. En consecuencia, el apoyo inicial de este modelo institucional no fue unánime, ya que un tercio de la población mantuvo un explícito rechazo a dicha carta.

[23] AUER, Andreas, MALINVERNI, Giorgio, HOTTELIER, Michel: *Droit constitutionnel suisse,* Tomo I, Bern, Staempfli, 2000, pág. 50 y sig.; KRIESI, Hanspeter: *Le sytème politique suisse*, Economica, París, 1995, pág. 12; LUPIA Arthur y MATSUSAKA John G.: "Direct Democracy: New Approaches to Old Questions"**,** *Annual Review of Political Science*, mayo 2004, vol. Núm.7, págs. 463 a 482; FREY, Bruno y STUTZER, Alois: *Happiness and Economics,* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002 págs.200 a 220; y FELD, Lars y KIRCHGÄSSNER, Gebhard: "The political economy of direct legislation: Direct democracy and local decision-making", *Economic Policy* 16 (33), 2001, págs. 329 a 367, y

Por otra parte, en estos procesos participativos Suiza otorga una particular relevancia a los partidos políticos, que se suman a una serie de atribuciones del Gobierno y del Parlamento. TAUXE, analizando los casos presentados de iniciativas populares en suiza durante los últimos años, destaca el papel que tienen los partidos en su elaboración y posterior debate parlamentario. A juicio de este autor, la relación entre partidos políticos y mecanismos de democracia directa se puede evidenciar en la concreción dichas iniciativas. Desde 1891, fecha de la introducción del derecho de iniciativa popular en cuanto a revisión constitucional parcial, sobre un total de cerca de 160 iniciativas, sólo quince lograron terminar su trámite legislativo y ser finalmente promulgadas. El rol de los partidos políticos fue clave en cada una de ellas.[24]

Una iniciativa popular, por otra parte, es sometida antes de su consulta al debate en el Parlamento, pudiendo incidir en la conformación legal de dicha iniciativa a través de sus pronunciamientos sobre su legalidad. Incluso el Parlamento puede adoptar una posición explícita respecto de la iniciativa, recomendando su aceptación o rechazo y pudiendo incluso proponer otra fórmula para ser consultada. El Parlamento cuenta con la facultad de negociar con los promotores de una iniciativa y, si la rechaza derechamente, tiene la posibilidad de formular una contrapropuesta para someterla a voto popular junto con la iniciativa original, como ya señalamos. Los promotores de la iniciativa, a su vez, pueden negociar con el Parlamento, el texto y retirarlo si la propuesta parlamentaria cumple con sus expectativas. Según nos señala KRIESI, sólo el 7% de los actos legislativos sometidos a referéndum facultativo ha sido objeto de alguna observación por parte de los órganos del Estado.[25] A su vez, el

---

"Does direct democracy reduce public debt evidence from Swiss municipalities", *Public Choice,* Núm. 109, 2001, págs. 347 a 370.

24 TAUXE, Lionel: La concrétisation législative des initiatives populaires fédérales acceptées en votation: un processus aux outputs très incertains", *SPR*, Núm. 13, año 2007, págs. 433 a 458.

25 KRIESI, Hanspeter: *Le sytème politique suisse*,pág.19 y sig.

Gobierno cuenta con varios mecanismos para orientar un proceso de consulta. Tiene el derecho a presentar su punto de vista en un documento de difusión masiva que es enviado a cada ciudadano; dicho informativo si bien da cuenta de la posición de los oponentes, destaca el punto de vista del gobierno primero y con mayor detalle. Además, no hay límites en cuanto a contribuciones a las campañas por parte de actores que no pertenezcan al Gobierno, y no es requerido hacer públicas las contribuciones realizadas a las diferentes campañas.[26]

Pero la participación directa de la ciudadanía tiene una particular dimensión en el resguardo o en la restricción de derechos fundamentales. Suiza no dispone de un control jurisdiccional completo. Las leyes promulgadas por el Parlamento Federal no están sujetas a ningún tipo de control por parte de los tribunales. Esta fórmula, originalmente establecida en la primera Constitución federal de 1848, no obstante, es en 1874 cuando se establece el Tribunal Federal. En 1999 se efectúan modificaciones sustanciales a la carta fundamental, manteniendo esta excepción del control sobre leyes federales promulgadas por el Parlamento. La explicación de la falta de control judicial de las leyes se justifica en los fuertes elementos de democracia directa que tiene el proceso legislativo a nivel federal. Como señala THALMANN, prácticamente todas las leyes federales no sólo se basan en una simple mayoría del Parlamento, sino en un consenso de los partidos políticos y grupos de interés importantes en el país.[27] Esta fórmula de control constitucional ciudadano hace de Suiza una democracia mayoritaria, vale decir, que la justicia no tiene la última palabra al momento de interpretar la Constitución. Nos encontramos ante una característica del Estado suizo que se diferencia de las democracias constitucionales, por lo pronto, de los otros modelos que analizaremos (Italia y España), donde la tendencia es a establecer Tribunales Constitucionales para la interpretación de la carta fundamental.

---

26 *Ibidem*, pág. 23.

27 *Ibidem*, pág. 114 y 115.

La opción por esta suerte de control constitucional ciudadano nos enfrenta al dilema que se genera, cuando la voluntad de los ciudadanos limita o restringe derechos fundamentales. Este tema es de actualidad en Suiza, ya que el 29 de noviembre del 2009, mediante referéndum, la ciudadanía aprobó una propuesta de reforma constitucional para limitar la libertad religiosa establecida en el artículo 72 de la Constitución, prohibiendo la construcción de "minaretes" en las mezquitas que se construyan en el futuro en Suiza.

En este sentido, el año 2003 se aprobó una importante reforma constitucional que introdujo el numeral 2 al artículo 139 de la carta fundamental suiza, relativo a las iniciativas de referéndum cuyo objetivo sea reformar de manera parcial a la carta fundamental. Aquél señala que cuando una iniciativa popular no respete el principio de "unidad de la forma", el de "unidad de la materia" o las disposiciones imperativas de lpor n derecho internacional, la Asamblea Federal deberá declararla total o parcialmente nula. Por tanto, el sistema representativo cuenta con una importante herramienta de resguardo frente a situaciones extremas.

Esta característica de tan prolongada continuidad constitucional suiza no opera en el resto de Europa, donde la mayoría de las regulaciones surgen con posterioridad a la segunda guerra mundial (es el caso de Italia, Francia, España, Portugal, entre otras). No obstante, podemos evidenciar una similar tendencia a concentrar principalmente los mecanismos de democracia directa en el ámbito legislativo y otorgar un importante protagonismo a los partidos políticos en la gestión de estas fórmulas.

Por ejemplo, en la práctica constitucional italiana la figura más destacada es el referéndum abrogatorio (artículo 75 de la Constitución italiana de 1948), permite derogar de manera total o parcial una ley o un acto con fuerza de ley, cuando así lo soliciten 500 mil electores o cinco Consejos Regionales. Cerca de 480 iniciativas ciudadanas se han presentado, vinculadas a materias tan diferentes como el divorcio, al aborto, reformas al sistema electoral, el incremento en el salario. Por

dar ejemplo de la importancia asignada por el sistema constitucional italiano al referéndum abrogativo, basta con señalar las tres últimas consultas (12 y 13 de junio del 2011) sobre centrales nucleares, privatización del lpor nagua y la derogación de la ley "ad personam" del legítimo impedimento. Dichas consultas comprometieron la participación de 27 millones de ciudadanos y significaron un antes y un después para el gobierno de Berlusconi.

La extensión e importancia que le asignan los sistemas constitucionales europeos a los mecanismos de democracia directa se evidencia en el proceso de integración a la Unión Europea. Hasta la fecha se han celebrado treinta y seis referendos, en los 21 de los 27 estado que conformas esta comunidad. Diecinueve de ellas surge de consultas obligatorias, previstas en los sistemas constitucionales y las restantes fueron referendos facultativos, generados por iniciativa de los órganos constitucionales habilitados (diecisiete).

Desde la lógica colaborativa, la figura paradigmática europea es la iniciativa legislativa popular, ya que concentra la participación directa en el proceso formativo de una norma para luego dejar en sede parlamentaria la definición final. En este sentido, también, es importante destacar el reconocimiento que el Tratado de Lisboa asigna a la iniciativa lpor n legislativa europea en el artículo 11.4: "Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de estados miembro, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados (en el artículo 47.4 del TCE se señalaba: "la Constitución"). Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa de este tipos y fijarán de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

El 16 de febrero de 2011 se publicó en el diario oficial de la UE el Reglamento Nº 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre

iniciativa ciudadana.[28] La elaboración del reglamento dio cuenta del más importantes debate comparado sobre el uso de la iniciativa legislativa popular de los estados que conforman la UE, analizándose de manera comparada materias como la forma y redacción de la iniciativa ciudadana, los requisitos aplicables a la recogida, la verificación, la autenticación y el plazo para acreditar firmas, el registro de las iniciativas propuestas, entre otras definiciones.

La práctica participativa descrita en Europa ha llevado a explorar una categoría diferenciada situada entre la democracia representativa y la directa: la *democracia participativa*. Se entiende por tal el conjunto de instituciones que permite la intervención de sujetos, sean ciudadanos u organizaciones, en procedimientos administrativos, legislativos o parlamentarios de interés público, pese a que la decisión definitiva es tomada finalmente por el órgano facultado para ello.[29]

La fórmulas participativas presentes en Estado Unidos de América

El reconocimiento y utilización de la iniciativa legislativa popular y el referéndum ha sido un elemento constitucional de los estados que integran EUA desde inicios del siglo dieciocho. No obstante, la Constitución de 1787 limitó la participación de los electores a la selección de representantes.[30]La primera práctica de participación

---

28 El 11 de noviembre de 2009, la Comisión Europea dio a conocer el denominado "Libro Verde, sobre la Iniciativa Ciudadana Europea", que pretendió estructurar una suerte de consulta sobre el artículo 11.4 del Tratado de la UE. Este documento ordenó la discusión sobre temas específicos a ser consultados. Por su parte, la Secretaría General de la Comisión Europea habilitó un sitio web para recibir opiniones (las que podía ser presentadas hasta el 31 de enero del 2010) y posteriormente realizó una audiencia para dialogar con las organizaciones participantes (22 de febrero de 2010 en Bruselas). Se culmina así un proceso de consulta de más de un año, donde se registraron 329 comentarios de 160 ciudadanos, 133 organizaciones y 36 autoridades públicas. Ver en http://ec.europ lpor na.eu/justice/citizen/index_en.htm Visita: 10 de junio de 2011.

29 PIZZORUSSO, Alessandro: *Sistemi giuridici comparati*, Segunda Edición, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 194 a 195.

30 MAGLEBY, David: Direct Legislation: Voting on Bollot Propositions in the United States,

directa se vincula con la celebración de convenciones constitucionales, la ratificación de propuestas de revisiones y enmiendas constitucionales (amendments), donde destacan Massachussets (1778), New Hampshire (1783) y Rhode Island (1788). Posteriormente podemos observar la consagración del referéndum y de la iniciativa popular en numerosas constituciones: Dakota del Sur (1898), Utah, (1900), Oregon (1902), California (1911), entre otros estados significativos. [31]

La iniciativa popular es el mecanismo participativo más utilizado, mediante el cual los ciudadanos ponen bajo su propia votación popular una ley o una enmienda constitucional. A la fecha 24 estados cuentan con este mecanismo: 18 lo establecen para modificar su constitución, mientras que 21 lo restringen al ámbito legal. Desde el punto de vista del efecto se pueden distinguir dos tipos de iniciativa legislativa popular: La directa permite la adopción de leyes a través de una petición y ratificación de la ciudadanía, sin participación de la legislatura (14 estados reconocen esta fórmula). Las firmas de ciudadanos requeridas varían según los estados entre un 5% y un 10% del padrón electoral. El otro tipo de iniciativa popular que podemos distinguir es la indirecta, que debe ser aprobada por la legislatura para que pueda ser ratificada por el pueblo (presente en 9 estados). Desde la primera iniciativa estatal en el Estado de Oregón (1904) hasta la actualidad se ha aprobado el 41% (936) de un total de 2.305 iniciativas legislativas. California concentra únicamente el 26% de todas las iniciativas presentadas que han llegado a ser votadas.[32]

Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1984, pág. 16 a 17 y CUESTA LÓPEZ, Víctor: Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en Democracia Constitucional, págs. 56 a 58.

31 CRONIN, Thomas: Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, And Recall, Harvard University Press, 1989, pág. 32 y sig; ULERI, Pier Vincenzo: Referendum e Democrazia, una prospecttiva comparata, pág. 239; AUER, Andreas: Le référendum et l'initiative populaire aux États-Unis, Economica, Paris, 1989, pág. 52 y sig.

32 AUER, Andreas: *Le référendum et l'initiative populaire aux États-Unis*, Economica, Paris, 1989, pág. 52 y sig.

Por su parte, el referéndum se vincula a la aprobación o rechazo de una norma (que ha sido o no promulgada) y que puede ser de rango constitucional, legislativo, o incluso administrativo. La iniciativa puede tener su origen en los propios ciudadanos o en un órgano estatal. El referéndum puede ser vinculante o meramente consultivo. Se puede distinguir entre el referéndum popular y el legislativo. En el referéndum popular los ciudadanos tienen la facultad de aceptar o rechazar una ley o un proyecto de ley promulgado por la legislatura estatal cuando acrediten que esta norma les afecta directamente. En el caso que los peticionarios logren comprometer el número requerido de firmas (4 a 10%, del padrón electoral según el Estado) dentro del plazo legal, puede darse el caso de que la convocatoria del referéndum suspenda su entrada en vigor hasta que los votantes la hayan refrendado. El referéndum popular se ha establecido en 24 constituciones estatales. Por el contrario, el referéndum legislativo es propuesto por un órgano estatal (que en ocasiones es el Parlamento estatal, la comisión estatal de revisión constitucional, algún ministerio o agencia del gobierno estatal, entre otros) o por representantes políticos concretos, que confían a los ciudadanos la aprobación o el rechazo de leyes y enmiendas determinadas (constitucionales o legales). El referéndum legislativo es posible en todos los estados de EUA. Ahora casi todos los estados se identifican materias que no pueden ser objeto de referéndum: leyes dictadas por el procedimiento de urgencia, aquellas leyes que convoquen unas elecciones, regulen impuestos y se refieran a gastos ordinarios del Estado.

El balance de estos mecanismos es desigual en el país del norte, por una parte vemos como año a año, junto con las elecciones de representantes se multiplican las experiencias de democracia directa en los estados ante señalado. Hasta abril del 2011 se han realizado más de 2000 consultas en EUA, concentrándose particularmente en Oregon, California Colorado.[33] CRONIN, quien ha sistematizado buena parte de

[33] KLUTH, Andreas: "The people's will, a special report on democracy in California", *The Economist*, 23 abril de 2011, pág. 7.

estas prácticas participativas, considera que en la experiencia norteamericana no se podido establecer una relación entre el uso de estos mecanismos con el consecuente incremento de la participación electoral y el debate deliberativo. No obstante, reconoce la importancia de estos instrumentos para visibilizar debates que involucran minorías políticas, transparentar el debate público (reorientando recursos que se destinaban en un principio al lobby a las campañas referendarias), aumento en el conocimiento ciudadano de políticas públicas y disminución del descontento frente a la gestión pública.[34] Por otra parte, últimamente se ha realizado un crudo análisis de los efectos de las consultas populares en California, donde se le identifica como un factor de la crisis económica y política. Mientras que en los estados donde no se cuenta con estos mecanismos la reacción a la crisis, generada por los escándalos hipotecarios del 2010, ha sido relativamente rápida, en California la presión social expresada a través de las fórmulas participativas ha impedido un "necesario" ajuste de la política fiscal.[35]

Por su parte, ACKERMAN considera que el referéndum norteamericano se ha desacreditado por su uso "excesivo y rutinario", citando el caso de California señala que el electorado se encuentra "(…) saturado de una multitud complicadas de iniciativas electorales cada vez que hay elecciones". Este autor propone que se limite esta facultad a un período parlamentario o bien establecer mayores exigencias para su utilización.[36]

El reconocimiento de la participación en Latinoamérica.

La regulación constitucional al derecho de participación ha sido

---

[34] CRONIN, Thomas: Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, And Recall, pág. 225 y 226;

[35] KLUTH, Andreas: "The people's will, a special report on democracy in California", págs. 3 y sig.

[36] ACKERMAN, Bruce: *La Nueva División de Poderes,* Fondo de cultura Económica, México, 2007, pág. 51 y 52.

vertiginosa, y la proliferación de instituciones como la iniciativa legislativa popular, referéndum y plebiscitos, es prácticamente generalizada en las cartas fundamentales de Latinoamérica. Incluso se lleva a innovar en el tratamiento constitucional de la participación al incorporarla como principio estructural definitorio de la forma de Estado. Se habla en consecuencia de "democracia participativas" en varios casos analizados de la constituciones de esta Región. A pesar de lo dicho, se pueden observar varias experiencias plebiscitarias (bajo la modalidad identificada en EUA antes descrita) principalmente en consultas de facto, realizadas por gobiernos populistas que se conducen en los márgenes de la legalidad y del Estado de derecho. No obstante, creo que la reciente regulación de estos mecanismos a nivel constitucional ha acotado esta tendencia por instrumentalizar el referéndum y la iniciativa popular. El balance de la práctica de las últimas décadas nos inclina a pensar en que este instrumento se inscribe dentro de la fórmula de democracia participativa.

En cuanto al tratamiento constitucional del referéndum las principales experiencias participativas en Latinoamérica son las siguientes:

a. Uruguay es la experiencia más antigua e importante en materia de democracia participativa. Así, por ejemplo, se reconoce el referéndum de reforma constitucional que supone la presentación ante el parlamento de un proyecto articulado respaldado por 10% de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico Nacional o por dos quintos del total de componentes de la Asamblea General. En el primer caso el Parlamento (iniciativa popular) puede formular proyectos sustitutivos. Se ha implementado más de una quincena de plebiscitos desde el año 1958 (vinculadas todas a desarrollo de derechos como la defensa de la defensa de jubilados, materias de seguridad social, prohibición de la venta de las reservas naturales de agua y voto de uruguayos en el extranjero). También existe la posibilidad de referéndum para derogar leyes, donde obviamente el Congreso asume un papel central (hasta la fecha se registran tres casos de esta modalidad de consulta).

b. En Colombia la única experiencia referendaria es de reforma

constitucional (2003). El gobierno del presidente Álvaro Uribe llega al poder el año 2002 con un importante apoyo electoral y una ambiciosa posición frente a la necesidad de reforma política. La modalidad seleccionada para realizar estas reformas fue un referendo de reforma constitucional; dicha convocatoria supuso la aprobación previa por el Congreso, según establece el artículo 378 de la Constitución, a través de una ley, que fue en este caso la 796/2003, del 21 de enero. En primer lugar, tuvo que salvar el control previo a la convocatoria, ya que el artículo 241.1 de la Constitución establece que la Corte Constitucional debe decidir con anterioridad al pronunciamiento popular. En sentencia 551/2003, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de gran parte del articulado. Por tanto, lo no observado fue finalmente consultado a la ciudadanía. No obstante, el referéndum no logró superar el mínimo de participación de 25% exigido por la Constitución.

c. En Ecuador, aunque existen varios tipos de mecanismos participativos, la primera experiencia de referéndum constitucional vinculado a la carta de 2008 se produce el 7 de mayo del 2011. El Presidente Rafael Correa convocó a una consulta sobre diez puntos. En temas tan diversos como el combate a la delincuencia, la creación de un procedimiento de excepción para nombrar jueces, fiscales, defensores, notarios, y registradores, hasta la participación creación de un Consejo de Regulación de los Medio de Comunicación.

La oposición vinculó esta iniciativa gubernamental a una estrategia por incrementar aún más el poder del Presidente de la República (el apoyo popular superaba el 70% a la fecha del referéndum). El resultado aunque positivo para el gobierno de Correa (se aprobaron nueve de las diez preguntas consultadas), significó un claro retroceso en el apoyo popular de este Presidente.

La tendencia es que mientras que el rechazo osciló en cada uno de los puntos consultados entre el 40 al 45 por ciento de los votos válidamente emitidos, sólo la primera de las consultas logró superar holgadamente el porcentaje del 50% (referida a enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución, incorporando un inciso que establece restricciones a la

caducidad de la prisión preventiva).

Nuevamente podemos advertir como los mecanismos de democracia directa regulados constitucionalmente operan como un factor de control de los gobiernos y fortalecen a la minoría parlamentaria (dejó fuera del análisis los más de 50 casos de referéndum de revocación de mandato municipal presentados hasta la fecha).

d. En Perú la experiencia más destacada fue un intento frustrado de referéndum de la Ley N° 26.657, que pretendía la reelección del entonces Presidente Fujimori, la cual fue observada tanto por el Congreso como por el Jurado Nacional de Elecciones. El otro caso se realizó de manera exitosa el 30 de octubre de 2005, con el objeto de ratificar la conformación de cinco regiones según establece el artículo 190 de la carta peruana.

e. En Venezuela nos encontramos con reformas que no pasan necesariamente por el Parlamento y que facultan al Presidente de la República a convocar a una consulta según lo establece el artículo 71 de la Constitución de ese país. Tres reformas constitucionales propuestas por Chávez a la Constitución de 1999, una la perdió (2004), otra tuvo que ver con la revocación de su mandato (2007) y que por un escaso margen de votos no lo destituyó y la última (2009) permitió reelección indefinida del Presidente de la República. Pues bien si uno pondera las tres experiencia no me parece evidente que estos procesos termine imponiendo un sistema alternativo de gobierno, debilitando a la oposición y a los partidos políticos. Creo que se puede argumentar en contrario y decir que justamente estos mecanismos han permitido visibilizar y fortalecer una oposición atomizada en el Parlamento.

f. Y finalmente, Bolivia donde se aprobó el 2009 una nueva constitución, que entremezcla democracia representativa, otros órganos de representación de intereses (como el reconocimiento de los ayllus aymaras y quechuas, entre otros) y 14 mecanismos de democracia directa. En el caso boliviano los intentos por relacionar las instituciones de democracia directa y participativa con otras que derivan de prácticas

ancestrales y que buscan dar autonomía a los pueblos y naciones indígenas originarias no tiene antecedentes en la Región y hace difícil su análisis comparado. Mientras que en el contexto de la anterior regulación constitucional de 1976, en el año 2002 el Congreso boliviano aceptó reformar la Constitución regulando la figura del referéndum y la iniciativa legislativa popular (los cambios no entraron inmediatamente en aplicación pues necesitaban ser ratificados. La eventual recepción de fórmulas participativas en Chile; particularidades y desafíos[37]por la siguiente legislatura, lo que sucedió en el 2004). A partir de este reconocimiento constitucional se generaron todas las experiencias participativas. La primera, en el 2004, fue a iniciativa del Ejecutivo con el objetivo de definir la política de hidrocarburos, que hoy es el marco general de las decisiones gubernamentales sobre esta materia. Menos de un año después, las más importantes organizaciones de Santa Cruz reunieron firmas suficientes para que se convocar al primer referéndum de iniciativa popular sobre las autonomías departamentales. Esa consulta se realizó de manera simultánea a la elección de la Asamblea Constituyente en el año 2006. Las restantes consultas realizadas en Bolivia han sido por iniciativa del Ejecutivo (y reguladas por leyes especiales).

Mención especial merece el reconocimiento constitucional de la revocatoria de mandato en Latinoamérica. Consiste básicamente en la facultad de dejar sin efecto el mandato del titular de un cargo de elección popular mediante referéndum. En la generalidad de los casos esta fórmula participativa se encuentra limitada al ámbito regional o local, salvo en los casos de Bolivia, Ecuador, Venezuela, Perú y Panamá que sí lo contemplan a nivel constitucional.

En estos cuatro últimos Estados la revocación de mandato se admite para autoridades nacionales. La iniciativa es otorgada a un porcentaje de personas inscritas en el registro electoral correspondiente a la

---

[37] Esta sección será publicada en la Revista de Derecho Público durante el año 2011 con el mismo título.

circunscripción donde fue electa la referida autoridad, salvo en Panamá, dondeel artículo 151 de su carta fundamental establece que los partidos políticos podrán revocar el mandato de los diputados principales o suplentes que hayan postulado, para lo cual cumplirán una serie requisitos y formalidades que establece la ley.[38] En Ecuador tuvieron que pasar dos años, desde que se aprobó, la nueva Constitución el año 2008 para que se dictara la ley orgánica de participación ciudadana 175/2010, de 20 de abril. El año 2010 se registraron las primeras dos experiencias referidas a la revocación mandato de alcaldes.Durante el 2011 más de una centena de solicitudes de revocación de mandato se han registrado en distintos municipios, obligando al Consejo Nacional Electoral a agrupar las consultas por período (enero, febrero, marzo y julio). No obstante, la experiencia más conocida de revocación de mandato surge en Venezuela: la iniciativa de revocar el mandato del Presidente Hugo Chávez en el año 2003.

En definitiva y como balance general podemos señalar que a pesar que las fórmulas participativas latinoamericanas son recientes en el contexto de la experiencia comparada, han cobrado una inusitada importancia por el carácter estructurante que asumen dentro de la forma de Estado. Con todo, debemos reconocer que la precaria situación económica y social de la región, sumada a la inestabilidad política, establece un manto de dudas sobre su adecuada implementación que sólo el tiempo despejará. Con todo, la experiencia habida no da cuenta de una utilización instrumental de estos mecanismos participativos por las autoridades de turno. Más bien, la regulación constitucional ha servido como un límite normativo en el uso de estas fórmulas, fortaleciendo el accionar político de la oposición gubernamental.

---

[38] VALDÉS ESCOFFERY, Eduardo: "Reforma electoral: el caso de Panamá", en *Reformas políticas y electoral en América latina 1978-2007*, pág. 760 y sig.

La eventual recepción de fórmulas participativas en Chile; particularidades y desafíos[39]

Chile fue uno de los primeros países de Latinoamérica en llevar adelante reformas constitucionales en materia de participación ciudadana y, por lo demás, el primer estado de la región en ratificar mediante referéndum su constitución (1925)[40]. Ya la democracia chilena en la segunda mitad del siglo XX había alcanzado un desarrollo importante. Es el primer país de Latinoamérica que modificó la legislación colonial, estableciendo novedosas opciones en ámbito civil, comercial, y por cierto en su Constitución política. Su sistema institucional, abalado por más de 150 años de relativa estabilidad política, evolucionó de un sistema creado para legitimar el poder de la elite dirigente del siglo XIX, a uno dirigido a garantizar que emergentes sectores de la sociedad pudieran expresarse y, eventualmente, llegar al poder. El grado de desarrollo alcanzó niveles tan particulares que permitió lo que en ninguna parte del mundo se había logrado: la llegada al socialismo mediante el voto popular y con pleno respeto a las garantías que supone un Estado de derecho.[41]

Durante las décadas del sesenta y setenta se realizaron varios proyectos para garantizar el derecho de participación; uno de ellos se concreta en la dictación de ley 16.880/1968 de 7 del agosto, sobre Organizaciones Comunitarias Territoriales y Comunales, que permanece vigente hasta nuestros días en su ideas fundamentales. Dichas propuestas formaban parte central de los programas de gobierno de la Democracia Cristina, encabezada por Eduardo Frei Montalva (1964-1970), y posteriormente de la Unidad Popular, liderada por Salvador Allende Gossen (1970-

---

39 Esta sección será publicada en la Revista de Derecho Público durante el año 2011 con el mismo título.

40 LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución,* Editorial Ariel, Barcelona, 1982, pág.329.

41 CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: *La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano,* LOM, Ciencias Humanas, Santiago, 2006. pág. 110 y sig.

1973).

La carta de 1925 en su versión original, y pese a ser aprobada por una consulta popular[42], no hacía referencia al derecho de participación ciudadana, ni contemplaba mecanismos de democracia directa como referéndum o la iniciativa legislativa popular. El primer proyecto de reforma constitucional fue presentado en 1964, dando inicio a una serie de iniciativas que distinguiría al gobierno de Frei Montalva, en el marco de un creciente proceso de modificación de las políticas públicas con el objetivo de incrementar la participación y reconocer protagonismo a las organizaciones de la sociedad civil.[43]

El reconocimiento de la participación ciudadana, la reforma agraria y la "chilenización del cobre" fueron los tres ejes fundamentales del gobierno democratacristiano. El objetivo de estas reformas era revertir la opción por los cambios estructurales como única alternativa para el desarrollo equitativo (como venía propiciando el conglomerado de partidos de izquierda). Así, Frei Montalva creía que se podían realizar sustanciales reformas desde el tradicional modelo liberal y representativo imperante en Chile. En definitiva, en las elecciones de 1964 se confrontaron ambas propuestas; el respaldo abrumador al programa Demócrata Cristiano fue un duro golpe para los partidarios de la alianza socialista y comunista.[44]

---

42 Efectuado 3 de agosto de 1925.

43 A partir de la ley 11.151/1953 del 5 de febrero, el Congreso entrega una serie de facultades especiales, administrativas y económicas al Presidente de la República para incrementar la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, dictándose numerosos decretos en este sentido. Se destaca la creación de consejos participativos en numerosas empresas del Estado como la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, la Empresa de Transportes Colectivos del Estado, entre otras. Posteriormente, esta práctica participativa se consolidó como tendencia legislativa en los gobiernos de los Presidentes Alessandri Rodríguez y Frei Montalva, a través de la creación de la Corporación de la Reforma Agraria (CORA), el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), la Corporación de la Vivienda (CORVI), la Corporación de Obras Urbanas (COU), la Corporación de Servicios Habitacionales (CORHABIT) y la Corporación de Mejoramiento Urbano (CORMU).

44 Eduardo Frei Montalva obtuvo el 56%, con 1.409.072 votos, frente al 39% de Allende, con 977.902 votos.

Una vez en el Gobierno, Frei Montalva elaboró un proyecto de ley de reforma constitucional que otorgaba un mayor estatus a las organizaciones de la sociedad civil, enfatizando su papel de colaboración con la acción del Estado.[45] El prolegómeno del proyecto hace especial referencia al artículo 3, inciso 2, de Constitución italiana de 1948. Se llega así a la idea, establecida en el artículo primero de dicha carta peninsular, que considera que la soberanía "pertenece" al pueblo. A partir de este reconocimiento constitucional el pueblo podría constituirse a través de los mecanismos de democracia directa para participar en las diversas materias de interés público y, como en caso italiano, se establecía el referéndum y la iniciativa legislativa popular, entre otros mecanismos. También se hacía referencia en este proyecto a otras materias aludidas en la carta italiana, como el principio de "igualdad sustancial", que supone el deber del Estado de garantizar la remoción de los obstáculos que impiden la igualdad en la vida económica y social, la organización democrática en todos los niveles públicos y la tutela de los intereses sociales.[46]

Esta modificación no logró aprobarse en el Congreso, reponiéndose en un segundo proyecto de reforma constitucional. Mas esta vez fue presentada durante el gobierno del presidente Salvador Allende, en el

---

45 El proyecto pretendía agregar un numeral más al artículo 10 de la Constitución de 1925, consagrando: "El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la Comunidad nacional. El Estado deberá remover los obstáculos que limiten en el hecho, la libertad o igualdad de las personas y grupos, y garantizará y promoverá el acceso a todos los niveles de la educación y de la cultura, y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley".

46 CÁMARA DE DIPUTADOS: *Sesión 9ª*, en miércoles 24 de junio de 1964, Moción Nº 19 presentada por los señores diputados Jerez, Fuentealba, Ballesteros, Valenzuela, Muga, Argandeña y Lacaste, págs. 736-742, y SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV, la Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 78.

marco de un conjunto de garantías constitucionales, entre las cuales se encontraba el derecho a la participación ciudadana.

No obstante, es importante señalar que durante el gobierno de Frei Montalva se logró aprobar una serie de reformas legales promotoras de la participación ciudadana, donde destaca la ley 16.880/1968, del 7 de agosto, sobre Organizaciones Comunitarias Territoriales y Comunales, llamada de la "Promoción Popular". En ella se distinguían dos tipos de organizaciones: las de carácter territorial y las de tipo funcional. Las primeras correspondían a las juntas de vecinos, "expresión de solidaridad y organización del pueblo en el ámbito territorial, y las funcionales son básicamente los centros de padres y apoderados, organizaciones culturales y artísticas, juveniles, deportivas, grupos corales, cooperativas y otras que tuvieran carácter similar, que representen y promuevan valores específicos de los vecinos.[47] Hoy las organizaciones generadas al amparo de esta ley, representan el mayor número de organizaciones de la sociedad civil en Chile.[48]

Con todo, y para diferenciar la propuesta socialista en materia de participación, la derrota de 1964 sumió a este conglomerado de izquierda en una profunda discusión. Ésta crisis cobró importancia en 1967, durante el congreso socialista realizado en la ciudad de Chillán, donde se adoptó una nueva estrategia programática que lo llevará al gobierno en las elecciones de 1970. Para los socialistas la Revolución Cubana había repercutido profundamente en el tipo de relación entre EUA y los restantes países latinoamericanos; el Estado del norte no aceptaría la instauración en América Latina de otro proceso revolucionario de izquierda. Cualquier intento "inevitablemente"

---

47 SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo III, pág. 117.

48 El estudio más completo realizado hasta el momento registra 84.000 organizaciones sin fines de lucro en Chile, de la cuales 11.420 son organizaciones generadas al amparo de la ley 16.880/1968. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO: *Desarrollo humano en Chile 2000, Más sociedad para gobernar el futuro*, PNUD, Santiago, 2000, pág. 124.

terminaría por confrontarse en forma violenta. Chile no se encontraba al margen de la influencia norteamericana. El Partido Socialista consideró que la revolución chilena se enfrentaría, ya sea directa o indirectamente, con los intereses "imperialistas". La confrontación armada, por tanto, era ineludible. Pero esto no era obstáculo para desarrollar "fases pacíficas". Así, el tema de la vía a adoptar dejó de ser un problema estratégico, que definiría la confrontación entre la oligarquía y el pueblo, para transformarse en uno táctico. La determinación por la vía armada o pacífica pasó a depender de la correlación de fuerzas existente en el momento indicado. Se dio la paradoja que, aunque estratégicamente los socialistas se definían como partidarios de la "vía armada", en los hechos adoptaron la "vía pacífica".[49]

De esta manera, en las elecciones presidenciales de 1970 se puso en práctica tal estrategia. Un nuevo conglomerado, la "Unidad Popular", defendería las pretensiones socialistas establecidas claramente en el Programa de Gobierno.[50] Éste debía unir los logros político-electorales con las bases de lo que sería el "poder popular". El triunfo con una mayoría relativa de Allende con un 36,5% de los votos ratificaría lo acertado de la nueva línea.

Reponer la reforma constitucional para visibilizar a las organizaciones de la sociedad civil en la Constitución se transformó ahora desde la perspectiva socialista en una medida clave. Paradojalmente se tomó la misma propuesta rechazada en 1964, relativa a la creación de una nueva garantía en el artículo 10 de la Constitución, agregando dos

---

[49] JOBET, Julio César: *El Partido Socialista de Chile,* Ediciones Prensa Latinoamericana, Santiago, 1971 tomo II, pág. 131; WALKER, Ignacio: *Socialismo y Democracia, Chile y Europa en perspectivas comparada*, CIEPLAN-HACHETTE, Santiago, 1990, pág. 144; FAÚNDEZ, Julio: *Izquierdas y Democracias en Chile, 1932 1991*, Ediciones BAT,Santiago, 1992 pág. 172 y sig.

[50] El Programa de Salvador Allende expresaba claramente la nueva línea: "los comités de la Unidad Popular, no sólo serán organismos electorales, serán intérpretes y combatientes de las reivindicaciones inmediatas de las masas y sobre todo se preparan para ejercer el poder popular". Ver UNIDAD POPULAR: *Programa*, Editorial Presa Latinoamericana, Santiago, 1970, pág. 12.

incisos: “Las Juntas de Vecinos, Centros de Madres, Sindicatos, Cooperativas y demás organizaciones sociales mediante las cuales el pueblo participa en la solución de sus problemas y colabora en la gestión de los servicios del Estado y de las Municipalidades, serán personas jurídicas dotadas de independencia y libertad para el desempeño de las funciones que por ley les correspondan y para generar democráticamente sus organismos directivos y representantes, a través del voto libre y secreto de todos sus miembros”. En ningún caso esas instituciones podrán arrogarse el nombre o representación del pueblo, ni intentar ejercer poderes propios de las autoridades del Estado”.

Es así que finalmente se estableció el numeral 17 del artículo 10 de la Constitución de 1925, aprobado en enero de 1971. Esta última propuesta pretendía generar un poder social paralelo al Estado sustentado en las diversas organizaciones constituidas a través de las reivindicaciones populares. De esta forma la participación ciudadana por medio de las organizaciones de la sociedad civil cobró una importancia decisiva en la conformación de este nuevo poder, el “poder popular”. La construcción del llamado "poder popular" durante el gobierno de Salvador Allende va de la mano con el surgimiento de dos grandes mecanismos: el primero fue el Comité de la Unidad Popular (CUP), que aparece en forma explosiva durante la campaña presidencial de Allende para dar paso a las Juntas de Abastecimiento y Precios (JAP). Pero la definitiva consolidación de estas estructuras se da con la creación de los Cordones Industriales y los Comandos Comunales. Los Cordones Industriales nacen como respuesta a la crisis ocasionada durante el “Paro de Octubre” de 1972. Correspondía su creación y fortalecimiento a agrupaciones sindicales organizadas en el nivel local (con preferencia en los grandes barrios industriales), que a estas alturas se encontraban divididas en dos sectores: de gobierno y de oposición. De este modo, el Gobierno de Allende politiza en extremo la acción de las organizaciones

sociales, con funestas consecuencia posteriores.[51]

A partir del Golpe de Estado de 1973 la opción por un nuevo orden constitucional se hizo evidente. La junta militar que asume el poder identificó, desde su inicio, ciertas "debilidades" en el modelo institucional que hacían razonable pensar en uno diferente, y que, por lo demás, no sólo se vinculaban con los sucesos que motivaron el derrocamiento del gobierno de Allende sino por ciertas debilidades latentes (que dicho sistema evidenciaba por décadas).

Desde esta perspectiva la tradición constitucional que por más de 160 años, registró progresivos avances en la participación de los ciudadanos, además de derechos económicos, sociales y culturales, era responsable finalmente de la crisis política. Jaime Guzmán, abogado cercano a la junta militar, justifica la transformación diciendo: "una Constitución debe responder a los desafíos que le plantea la realidad concreta que está llamada a regir, y resulta incuestionable que después de la experiencia vivida por Chile durante el gobierno marxista, no adoptar las providencias necesarias que dificulten su repetición, constituiría una irresponsabilidad suicida".[52]

En consecuencia, el modelo institucional participativo vigente hasta esa época fue responsabilizado de la crisis institucional de 1973.[53] Una de las

---

51 ARRIAGADA, Genaro: *De la vía chilena a la vía insurreccional,* Editorial Pacífico S.A., Prólogo de Eduardo Frei M., Santiago, 1974, pág. 298 y sig; FAÚNDEZ, Julio: *Izquierdas y Democracias en Chile, 1932 19971*, pág. 259 y sig. ; MOULIAN, Tomás y GARRETÓN, Manuel Antonio: *La Unidad Popular y el conflicto político en Chile*, Ediciones Minga, Santiago, 1983, pág. 110 y sig.; WALKER, Ignacio: *Socialismo y Democracia, Chile y Europa en perspectivas comparada*, pág. 158 y sig; y VALENZUELA, Arturo: *El quiebre de la democracia en Chile*, FLACSO, Santiago, 1989.

52 GUZMÁN, Jaime: "La Constitución Política", en *Revista Chilena de Derecho.* Núm. 6, Santiago, 1979, pág. 58 y 59.

53 La convicción del gobierno militar se resume en la siguiente frase de su principal ideólogo: "Había que crear una nueva y moderna institucionalidad (…) en la búsqueda de una reorganización a partir de las entrañas mismas del alma nacional". GUZMÁN, Jaime: "La Constitución Política", pág. 58.

primeras medidas del gobierno militar fue entonces la conformación de una Comisión de Reforma Constitucional encargada de elaborar el anteproyecto de una nueva Constitución (en adelante "comisión Ortúzar", en referencia al abogado que presidió dicha comisión). A días de efectuado el Golpe de Estado, el 24 de septiembre de 1973, fue establecida esta última comisión, dedicando varias sesiones en particular al tratamiento constitucional que se daría al derecho de participación (sesiones 45, 47, 187 y 188).[54]

Como se verá, el debate sobre la regulación del derecho de participación ocupó un nivel central en la discusión de la comisión Ortúzar. La normativa vigente fue minuciosamente revisada y cuestionada. Las conclusiones de esta comisión, expresadas en una serie de normas constitucionales, terminan siendo un importante retroceso en el reconocimiento del derecho de participación, postergando un debate macizo por más de dos décadas.

Pero éste no fue el único efecto generado a partir de la opción constitucional asumida por la comisión Ortúzar en materia de participación ciudadana. Como se apreciará a lo largo de este trabajo, la propuesta "participativa" contenida principalmente en el artículo primero de la carta de 1980 termina siendo uno de sus principios fundamentales. Éste consiste básicamente en despolitizar al país, orientando la acción de las organizaciones hacia la conformación de un poder social que fuera la expresión de la voluntad mayoritaria de la ciudadanía, y que se aparta de la acción de la política coyuntural. Esta última sería entregada exclusivamente a los partidos políticos, estableciéndose drásticas sanciones para quienes no distingan la acción social de la política.

En consecuencia, reconstruir el debate sobre participación en materia constitucional resulta relevante para comprender y caracterizar el

---

54 SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional, tomo III, la Constitución de 1980, antecedentes y génesis*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 184 y sig.

modelo institucional vigente hoy en día en Chile. A continuación realizaremos un análisis pormenorizado del tratamiento constitucional de los mecanismos de democracia directa y participativa, distinguiendo la participación como derecho, los mecanismos establecidos para hacer efectiva la participación ciudadana y, finalmente, los proyectos e iniciativas que se debaten en el último tiempo para modificar el actual sistema institucional descrito.

La Constitución de 1980: definiciones que determinan la participación

La forma de Estado y la forma de gobierno cobra importancia a la hora de analizar las instituciones que comprometen la participación directa de la ciudadanía. No obstante, en el caso chileno existen otras definiciones que afectan a dicho derecho: el "principio de soberanía nacional", que legitima la existencia de órganos constitucionales no representativos, junto con limitar o subordinar a los representantes a determinadas opciones constitucionales; el sistema electoral (responsable del estancamiento del padrón electoral y que subsidia a la segunda mayoría, dificultando que la mayoría pueda gobernar; la generación órganos constitucionales mediante mecanismos que no se legitiman mediante el principio de representación); y el tratamiento constitucional del derecho de asociación que hace dificultoso su ejercicio (entre otras fórmulas que contempla la carta de 1980). Esto sin duda le da un carácter particular al sistema institucional chileno y justifica una breve revisión.

a. Forma de gobierno

Chile, al igual que la mayoría de los sistemas institucionales latinoamericanos, se caracteriza por una forma de gobierno presidencialista, donde tanto la elección del Congreso como la del Presidente de la República son directas y por un período determinado. Además este último concentra el carácter de Jefe de Estado y de Gobierno, según lo establece el artículo 24 de la carta de 1980.

Si bien la Constitución de 1833 fue sujeta a distintas interpretaciones

(entre 1891 y 1924 existió un seudo-parlamentarismo o régimen parlamentario incompleto basado en ella) desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1925, y sobre todo de la carta 1980, el predominio del presidencialismo ha sido indiscutido.[55]

La particularidad del modelo chileno que se implementa en la década de los ochenta (que lo diferencia, por lo demás, del resto de los países de la región) es que conserva un sistema presidencialista "puro", vale decir, que mantiene las características propias del modelo de EEUU: el Presidente designa y remueve libremente a sus ministros; el Congreso es un órgano colegislador, mientras que el Presidente cuenta con la facultad de veto legislativo; y ni el Presidente ni sus ministros son responsables políticamente ante el Congreso (en el sentido que no opera la pérdida de confianza o moción de censura).[56]

Lejos de equilibrarse las funciones entre los distintos órganos constitucionales, dichas atribuciones han tendido a concentrarse en el Presidente de la República, sobre todo a partir de la Constitución de 1980, vigente hasta nuestros días. Así, entre sus atribuciones pueden encontrarse: competencia para actuar por decreto, áreas de iniciativa exclusiva en una importante gama de materias legislativas, definición de la agenda de debates del Congreso (a través de un sistema de urgencias que determina la discusión de los proyectos de ley), facultad de llamar a legislatura extraordinaria, potestad reglamentaria para dictar normas,

---

55 HEISE, Julio: Historia de Chile: *El período parlamentario 1861-1925*, Andrés Bello, Santiago, 1974, pág. 33 y 34; CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: *La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano,* pág. 79 y sig; BULNES ALDUNATE, Luz: "Formas de Gobierno o Régimen Político en la Constitución de 1980", en *20 años de Constitución chilena, 1981-2001*, editor NAVARRO BELTRÁN, Enrique, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, 2001, págs. 93 a107.

56 ZOVATTO, Daniel Y OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús: "Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007: lectura regional comparada", pág. 20 y 21; BULNES ALDUNATE, Luz: "Formas de Gobierno o Régimen Político en la Constitución de 1980", en *20 años de Constitución chilena, 1981-2001*, editor NAVARRO BELTRÁN, Enrique, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, 2001, págs. 93 a 107; y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y CUMPLIDO CERECEDA, Francisco: *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2001, pág. 289.

puede también formular observaciones o rechaza proyectos de ley ya aprobados, tiene poder de veto por el cual los proyectos vuelven nuevamente al debate parlamentario, definición del presupuesto, designación de gran cantidad de autoridades nacionales y regionales, cuenta con atribuciones judiciales, pues puede otorgar indulto, y tiene la supervigilancia de todos los jueces, nombra y remueve a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, entre otras.

Este proceso sistemático de concentración del poder alcanza su mayor expresión en la carta de 1980, y puede contrastarse con las iniciativas que han surgido a lo largo de la historia de este país destinadas a generar injerencia efectiva de la ciudadanía en la las decisiones públicas. Los intentos por instalar una mayor distribución del poder político y económico a nivel regional se han ido sucediendo desde 1828 a la fecha, pero sin contar con medidas concretas de implementación.[57] Quizás la más importante iniciativa por reducir los poderes exorbitantes de Presidente de la República surge con la reforma constitucional 20.050/2005, donde como veremos en el siguiente apartado se introdujeron varias limitaciones a las potestades del órgano Presidencial como la formalización de la cuenta pública que el Presidente debe rendir ante toda la nación (se trataba de una práctica no regulada constitucionalmente) y el aumento de las exigencias en materia de estados de excepción, con el objeto de garantizar la protección de los derechos fundamentales durante estos períodos.

COLOMER VIADEL considera que existe un claro vínculo entre la concentración de poder generado por el establecimiento del sistema presidencialista en Latinoamérica y la ausencia de iniciativas participativas y descentralizadoras. Este autor plantea que las clases dirigentes desde la formación de los estados latinoamericanos se preocuparon más de dominar y concentrar el poder que de construir la dimensión nacional. Esto llevó a un predominio casi total del Ejecutivo

---

[57] CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: La República en Chile, Teoría del constitucionalismo Republicano, pág. 202 y sig.

(encabezado por el Presidente de la República, quien asume en los sistemas presidenciales la calidad de Jefe de Estado y de Gobierno) en toda la esfera pública, donde dicho sistema de gobierno se adaptó para que, bajo modelos aparentemente democráticos y representativos, se generaran grados crecientes de concentración de poder. Esta tendencia que, como veremos, en la actualidad se ha ido diluyendo en el resto de Latinoamérica, en Chile mantiene su expresión más cruda.[58]

b. La representación y la adopción del principio de soberanía nacional

El mecanismo preferentemente reconocido por las constituciones de Chile ha sido la elección de autoridades a través de procedimientos propios del sistema de representación política. Su preponderancia como fórmula participativa se hizo explícita en la Constitución de 1925.[59] Dicho sistema muestra una progresiva evolución, incorporando nuevos sectores de la población y haciendo cada vez más participativos y relevantes los procesos electorales. En 1874 se terminó con la condición de acreditar la posesión de bienes inmuebles para ser ciudadano y, con la Constitución de 1925, el sufragio pasa a ser un derecho de todos los hombres mayores de veintiún años. Desde 1932 hasta 1949 la participación ciudadana en las elecciones de autoridades se duplicó. En los comicios de 1952, con la incorporación de la mujer, los votantes llegaron a 1.100.000 (el 18% de la población de Chile). El mayor crecimiento se produjo entre 1961 y 1964; los votantes pasaron de 1.800.000 a 2.900.000, dado que se estableció un sistema obligatorio

---

58 COLOMER VIADEL, Antonio: *Constitución Estado y Democracia en el siglo XXI*, Editorial UPV, Valencia, 2006, pág. 110 y sig. Sobre la concentración del poder en Chile y América latina ver VÉLIZ, Claudio: *La tradición centralista de América Latina,* Ariel, Barcelona, 1984.

59 El artículo primero de dicha carta establecía que el gobierno de Chile es "republicano, democrático y representativo". Esta identificación del sistema institucional con la democracia representativa se remonta a una norma similar establecida en el artículo tercero de la constitución de 1823.

de votación para los mayores de dieciocho años.[60]

La Constitución de 1980 pretende romper con el monopolio del sistema representativo presente en la tradición constitucional chilena. Esta intención queda de manifiesto con la redacción del artículo cuarto, donde se omite la expresión "representativa", establecida en la Constitución de 1925, para caracterizar simplemente al país como una "República Democrática". Además, en el artículo quinto se establece el principio de "soberanía nacional" dejando de lado el de "soberanía popular", también presente en la carta de 1925.

Para buena parte de la doctrina opositora al régimen militar, agrupada en el "Grupo de los 24"[61], la adopción de este nuevo criterio provocaría un importante retroceso en la evolución constitucional de Chile. Para ella toda concepción democrática reconoce actualmente que la soberanía reside en el pueblo, único sujeto de voluntad real con derecho para decidir sobre su propio destino. En opinión del "Grupo de los 24" el artículo quinto de la Constitución de 1980 "desconoce expresamente este derecho natural y exclusivo del pueblo para gobernarse".[62]

El motivo de este cambio se ve claramente reflejado en el debate de la Comisión Ortúzar. En un primer momento de la discusión las opiniones se inclinan a favor de la tesis elaborada por Silva Bascuñán, quien creía necesario destacar que la soberanía reside en el pueblo. Pero en el año 1974 se cambió drásticamente de posición. El criterio dominante al interior de la Comisión Ortúzar propone desvincular el término "nación" de "pueblo". Las constituciones chilenas si bien recogieron

---

60 CAMPOS HARRIET, Fernando: *Historia Constitucional de Chile,* Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, 1963, pág. 318 y sig.

61 A través de denominado "Grupo de Estudios Constitucionales" o "Grupo de los 24", los principales académicos y expertos en derecho constitucional opositores al régimen militar, manifestaron en un documento, publicado en marzo de 1981, sus de críticas a la Constitución de 1980.

62 GRUPO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES:"Las críticas del grupo de los 24". En *Revista APSI* del 10 al 23 de marzo, Dossier, Santiago, 1981, pág. 11.

tradicionalmente el principio de la "soberanía nacional", siempre entendieron que la nación era sinónimo de "pueblo elector".[63]

La "soberanía popular" supone a la ciudadanía, por sí o a través de sus representantes, como única depositaria del poder supremo. Por su parte, el principio de "soberanía nacional" sitúa en el eje del diseño institucional ciertos valores que identificarían a Chile. Jaime Guzmán expresa claramente la intención de la comisión Ortúzar en este sentido: "Sostener que la soberanía reside en la nación perfila una idea más nítida de la limitación que aquélla debe reconocer en la fidelidad a la tradición o esencia del alma nacional, sin la cual lesionaría gravemente el bien común. Radicar la soberanía exclusivamente en el pueblo elector debilita ese vínculo espiritual y facilita la tendencia antihistórica que cree que el sufragio universal de un día puede ignorar impunemente el legado obligatorio que una nación impone (…)".[64]

Se pueden desprender dos maneras de entender el principio de "soberanía nacional" establecido en el artículo quinto de la Constitución

---

63 En la Constitución de 1822 se reconoce la igualdad entre nación y pueblo, aunque esta perspectiva se encuentra en documentos oficiales ya desde el cabildo abierto de septiembre de 1810. Así se diría: "La nación chilena es la unión de todos los chilenos, en ella reside esencialmente la soberanía, cuyo ejercicio delega conforme esta constitución". En la Constitución de 1823, el artículo 3º señala: "La soberanía reside esencialmente en la nación, y el ejercicio de ella en sus representantes", omitiendo la idea de que la nación es la unión de todos los chilenos, pero no por esto deja de consagrar la igualdad entre pueblo y nación. Así lo demuestra el artículo 98º: "Censurado un funcionario por la mayoría de la nación o provincia respectiva queda destituido de su empleo (...)".

Posteriormente, la Constitución de 1828 consideró necesario volver a plantear la igualdad entre pueblo y nación. El artículo 1º dice: "La nación chilena es la unión política de todos los chilenos naturales y legales (...) en ella reside esencialmente la soberanía, y el ejercicio de ésta en los poderes supremos con arreglo a las leyes no puede ser el patrimonio de ninguna persona o familia".

Tanto en la Constitución de 1833 como en la de 1925 se vuelve a reproducir la misma fórmula. La carta de 1925, en el artículo 2º, señala: "La soberanía reside esencialmente en la nación, que delega su ejercicio en las autoridades que esta constitución establece (...)".

64 GUZMÁN, Jaime: "La Constitución Política", pág. 55 y 56.

de 1980. Por un lado, existiría una *faz restrictiva* que buscaría impedir que la voluntad popular transgrediera los valores que, según la Constitución, definirían a Chile como "nación". En este sentido se explica lo señalado por Jaime Guzmán en el párrafo precedente. Pero también existiría una *faz activa* que exigiría una actitud, un reconocimiento de los valores nacionales que demandaría de los chilenos conductas que dieran cuenta de su calidad de tales. Así, por ejemplo, en el artículo 22 de la Constitución se establece como deber de los chilenos honrar a la patria y a "los valores esenciales de la tradición chilena".

En cuanto a la primera dimensión, la propuesta de la comisión Ortúzar hizo residir en un "ente abstracto", que representa a un conjunto de valores que son queridos por la nación chilena, y así se "iguala" a las autoridades nominadas por medio de las elecciones y plebiscitos a las que la Constitución establece. De esta forma, se crea una suerte de poder "autónomo", ya que no es mandatado si no ejerce una verdadera potestad, "incluso a espaldas y en contra del pueblo".[65]

Humberto NOGUEIRA, comentando esta idea, hace referencia a un posible conflicto que podría generarse entre el diseño original del Consejo de Seguridad Nacional[66] y las autoridades electas por el pueblo; "Dicho Consejo se puede poner en oposición a lo que es el pueblo y, en definitiva, ambos tienen el ejercicio de la soberanía (...) en ese caso no es precisamente el pueblo quien tiene la posibilidad de ganar, es más

---

65 ALYWIN, Patricio, BULNES, Francisco, CUMPLIDO, Francisco, NOGEIRA, Humberto, entre otros: *Una salida político constitucional para Chile*, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, Santiago, 1985, pág. 95.

66 El Consejo de Seguridad, en su versión original, se integraba mayoritariamente por comandantes en jefes de las Fuerzas Armadas y su rol era: "(…) representar, a cualquier autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional". Su función e integración ha sido modificado sucesivamente transformándose actualmente en un órgano asesor del Presidente de la República.

bien quien tenga el poder de las armas"[67].

El efecto que se desprende del principio de la "soberanía nacional" es que el contrapeso al Presidente de la República ya no es el Congreso -representante de la voluntad popular-, sino, como señala CUMPLIDO, los:"(...) poderes técnicos-profesionales que son las Fuerzas Armadas y de Orden, el Consejo de Seguridad Nacional, el Tribunal Constitucional y los Tribunales Ordinarios".[68]

En definitiva, existirían ciertos intereses nacionales objetivos, permanentes y que no necesariamente se vinculan con opciones circunstanciales de las mayorías ciudadanas. Así, una autoridad pública, más que deberse a las posiciones asumidas por su electorado en alguna materia controvertida -pensemos en posibles restricciones al derecho de propiedad, por dar un ejemplo-, deberá resguardar los principios asumidos constitucionalmente, ya que éstos representan supuestamente el sentir de más de una generación, conformando una característica de "lo nacional". [69]

Por su parte, RUIZ-TAGLE y CORREA, consideran que en nuestro sistema constitucional "co-existen" tanto la soberanía nacional como la popular. Por tanto, no corresponde establecer, al momento de interpretar la constitución, ningún tipo de jerarquía o preponderancia entre estas dos maneras de entender la soberanía.[70]MOLINA considera que existe un "cruzamiento implícito" entre la soberanía nacional y popular, ya que por un lado se declara que la soberanía reside en la nación;

---

67 ALYWIN, Patricio, BULNES, Francisco, CUMPLIDO, Francisco, NOGEIRA, Humberto, entre otros: *Una salida político constitucional para Chile*, pág. 110.

68 *Ibidem*, pág. 91.

69 PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación*, Estudios Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 158

70 CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo: *Ciudadanos en Democracia, Fundamentos del Sistema Político Chileno*, Editorial Random House Mondadori, Santiago, Chile, 2010, pág. 141.

Mientras que por otro, consagra el sufragio universal y el plebiscito constituyente.[71]

A nuestro juicio, las normas que se desprenden del principio de "soberanía nacional" no sólo explicarían la presencia de instituciones no electas de manera representativa en la Constitución, sino que subordinarían a las autoridades representativas a ciertas opciones constitucionales que identificarían a Chile como "nación", regulaciones que comprometerían a los representantes por sobre una manifiesta posición de sus propios electores. Estas opciones se concretan en una reformulación del capítulo sobre derechos fundamentales establecida en la Constitución de 1980 (la tradición constitucional chilena daba más relevancia al principio y derecho de igualdad). Así, por ejemplo, como señala CRISTI y RUIZ-TAGLE, detrás del tratamiento de derechos fundamentales se encuentra una concepción que sólo ve en la protección de la propiedad el único fin del sistema de derechos en la Constitución.[72] Así, nos encontramos con una idea de representación limitada y subordinada a ciertos contenidos constitucionalmente reconocidos y que gozarían de un carácter permanente.

Esto de alguna manera interrumpe lo que BÖCKENFÖRDE llama "cadena de legitimación" entre el órgano del Estado y el pueblo. Ésta es la base de la legitimación que sustenta a un Estado democrático. Cuando existen autoridades públicas que actúan de manera "autónoma" y el sistema institucional no ofrece herramientas concretas para que el pueblo sea el que en definitiva legitime su actividad, nos encontramos fuera del gobierno democrático.[73]

Es importante señalar que esta concepción de "soberanía nacional" ha

---

71 MOLINA GUAITA, Hernán: *Derecho Constitucional, Andalién*, Concepción, 1998, pág. 59.

72 CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano, pág. 206.

73 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia,* Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 58.

sido sistemáticamente disminuida en su versión original por la pérdida de atribuciones de las instituciones antes indicadas, orientadas principalmente a limitar lo que hemos denominado *faz restrictiva*. La ley 20.050/2005, del 26 de agosto, estableció cincuenta y ocho enmiendas a la Constitución, donde destacan las siguientes medidas: modificación de los estados de excepción constitucional; eliminación de los senadores designados y vitalicios; retiro de la referencia al sistema binominal de la carta fundamental; nueva integración del Tribunal Constitucional, así como la ampliación de su competencia y los alcances de las sentencias dictadas por este órgano; termino de la inamovilidad del Contralor General de la República; y se garantiza la dependencia y subordinación de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública al Presidente de la República (al terminar con la inamovilidad de los Comandantes en Jefes y pasando a ser el Consejo de Seguridad un órgano no deliberante), entre otras materias.[74]

No obstante, dichas modificaciones introducidas en la Constitución han sido sólo parciales, restrictivas de algunas atribuciones, pero sin alterar sustancialmente la función de resguardo de determinados valores y principios que definiría a Chile como "nación", según la Constitución de 1980 (lo que hemos llamado *faz activa*). Así, se mantienen definiciones y directrices tan importantes como la manera de regular la propiedad, la familia, la vida, entre otros tópicos, imponiendo el respeto a la autoridad pública y a la ciudadanía.[75] RUIZ-TAGLE llega a hablar, frente a la

---

74 PFEFFER URQUIAGA, Emilio: Reformas Constitucionales 2005, Antecedentes, debates e informes, Colección Tratados, Editorial jurídica, 2005 y CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: La República en Chile, Teoría del constitucionalismo Republicano, pág. 205.

75 El profundo impacto que tiene esta *faz activa* se ha manifestado crecientemente en la medida que el proceso de restauración de la democracia se profundiza y la sociedad civil comienza a demandar visiones alternativas al modelo conservador impuesto por la Constitución de 1980. Un claro ejemplo de esto es el excesivo celo con que la carta fundamental resguarda el derecho a la vida (artículo 19 N° 1), prohibiendo toda trasgresión a este derecho, incluso restringiendo progresivamente la política sanitaria elaborada desde los años sesenta en Chile. Recientemente el Tribunal Constitucional ha hecho público y oficial el acuerdo según el cual se redactará el fallo sobre el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por diputados de la República en contra del Decreto Supremo Nº 48/2007 del Ministerio de Salud, que aprueba las Normas Nacionales Sobre

cantidad de reformas establecidas a la carta fundamental, que estamos ante una "Constitución Gatopardo", que mientras más se reforma más retiene su rasgo autocrático y presidencialista.[76]

c. El sistema electoral

Otra opción constitucional que afecta el derecho de participación (y a esta altura del Estado democrático) se vincula tanto al mecanismo de inscripción como al de elección de autoridades. La Constitución de 1980, a pesar de que conservó en el artículo 15 la tradición de establecer la obligatoriedad del voto, introdujo una importante variación: la voluntariedad de la inscripción. Esta fórmula ha provocado un estancamiento en el padrón electoral que, de un 92,2% de potenciales electores inscritos en 1988, llegó a su momento más bajo en vísperas de las elecciones del 2005, con sólo un 78.29%. Esto ha traído como consecuencia que hoy más de tres millones de jóvenes se encuentren auto-marginados de participar en las votaciones, lo que ensombrece aún más el balance de la participación ciudadana en este país.

Por otra parte, Chile es el único país que ha cambiado su sistema electoral que, históricamente, tuvo tradición proporcional, por una particular fórmula binominal establecida en la carta 1980. La ley orgánica constitucional 18.700/1988, del 6 de mayo, sobre Votaciones Populares y Escrutinio, en su título final, fija sesenta distritos electorales y diecinueve circunscripciones senatoriales con una relación de dos representantes por cada uno de ellos. Sin embargo, para que un partido o coalición gane las dos bancas, debe duplicar en número de votos al

---

Regulación de la Fertilidad y que contempla entre otras medidas la distribución de la píldora del día después a adolescentes mayores de 14 años sin el consentimiento de sus padres. La definiciones del Tribunal Constitucional ha generado un proceso sostenido de movilizaciones por parte las organizaciones de la sociedad civil, con el objetivo de revertir la decisión del alto tribunal, quien se escuda en la norma constitucional aludida sin profundizar en los efectos nocivos que tienen estas medidas en las política públicas desarrolladas por décadas en Chile.

76 CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano, págs. 198 a 201.

partido o coalición que entra en segundo lugar. En consecuencia, el umbral que un partido debe superar para obtener por lo menos una banca es de un tercio (33,3%) de los votos. Como resultado, el sistema tiende a favorecer a la segunda lista más votada. Esto ocurre porque para obtener dos escaños el partido mayor debe recibir dos veces el número de votos del segundo partido, o dos tercios (66,6%) del número de votos. En consecuencia, todo caudal electoral que el partido más votado tenga por encima del 33,3% es efectivamente desperdiciado si el nivel de apoyo no llega al 66,6%.[77]Se asegura de esta forma un empate de facto en el Congreso que impide que el gobierno de la mayoría logre implementar buena parte de sus compromisos de campaña. En consecuencia, el actual sistema binominal se traduce en un sistema de elección de autoridades que subsidia a la segunda mayoría, desplazando las tradicionales fórmulas que resguardaban el principio de proporcionalidad en Chile, y haciendo que las elecciones, salvo las presidenciales, se tornen muy predecibles.

En consecuencia, esta distorsión de la voluntad ciudadana, la sobre-representación de algunos partidos políticos y la sub-representación de otros afecta la calidad de la democracia. Al no existir verdadera competencia en el sistema electoral disminuye el interés de la ciudadanía por participar del proceso político y se desprestigian las propias instituciones partidistas.

d. El derecho de asociación

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 19.15 de la carta de 1980, el que garantiza que todas las personas cuentan con el derecho de asociarse sin permiso previo, agregando que las asociaciones

---

[77] NOHLEN, Dieter: *Sistemas electorales y partidos políticos,* Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pág. 58 y sig.; HUNEEUS, Carlos: "La necesidad de reforma electoral", en HUNEEUS, Carlos (compilador): *La reforma al sistema Binominal en Chile, propuestas para el debate*, Catalonia, Santiago, 2006, págs. 13-54; y MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew: "Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate", págs. 421 a 429.

deberán constituirse en conformidad a la ley. Esta libertad debe hacerse efectiva en cada etapa de desarrollo de una organización. Por lo pronto, habilita a las personas para que sin permiso previo constituyan entidades que persigan "fines lícitos". A su vez, las organizaciones deberán garantizar la posibilidad de ingresar, permanecer en ellas y retirarse libremente, todo ello sin permiso previo y sin otros requisitos que los que voluntariamente se aceptaran al ejecutar alguna de dichas acciones.[78]

El Tribunal Constitucional ha entendido que se derivan de la garantía protegida por el artículo 19.15, dos institutos jurídicos a los cuales atribuye distintos alcances: el derecho de asociación en general y la regulación referida a asociaciones que deseen gozar de personalidad jurídica.En este último caso, las asociaciones deberán someterse a las disposiciones que establezca la ley.[79]

En este sentido, VIVEROS señala que, al no ser la personalidad jurídica un elemento de la esencia del derecho de asociación, ésta opera "como una válvula selectiva de acceso para existir y funcionar a la vida legal". En particular, en lo que respecta a las corporaciones y fundaciones de beneficencia, éstas se encuentran reguladas bajo un sistema de concesión, donde la Administración no sólo determina si una organización existe o no, sino también califica si cancela su personalidad jurídica bajo criterios que la ley establece. VIVEROS constata que fue justamente a través del sistema de concesión de personalidad jurídica que el gobierno militar permitió o prohibió el funcionamiento de

---

[78] Esta idea se establece expresamente en la Constitución de 1980 al señalar que "nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación" (artículo 19º, Nº 15, inciso 3) y se reproduce de igual manera al establecer que la afiliación sindical será siempre voluntaria (artículo 19º, N º 19); y también al prohibir que alguna ley o disposición de autoridad pública pueda exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos (artículo 19º, Nº 16, inciso 4).

[79] Este análisis aparece en el fallo del Tribunal Constitucional, rol Nº 43, recaído sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, del 24 de febrero de 1987.

organizaciones de oposición. Nos encontramos en consecuencia con otro factor que puede inhibir la participación al dejar un amplio margen de discrecionalidad de la autoridad ante la existencia de una organización.[80]

Un tema controvertido relativo a la aplicación de esta garantía constitucional de asociación se generó al momento de la tramitación de la ley 19.418/1989, del 30 de diciembre, que regula las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias. El Tribunal Constitucional impugnó en 1991, a requerimiento de un grupo de diputados de derecha, la disposición del proyecto que pretendía modificar el artículo 36 de la citada ley de la siguiente manera: "(…) sólo podrá existir una junta de vecinos en cada unidad vecinal y cada persona sólo podrá pertenecer a una junta de vecinos". El fallo del Tribunal Constitucional acogió el requerimiento señalando que "(...) estas normas, si bien no hacen obligatorio el incorporarse a la Junta de Vecinos única, coartan la libertad de toda persona que quiera ejercer su derecho a participar en la vida nacional a través de una junta de vecinos y a formarla y asociarse con quien lo desee dentro del ámbito territorial correspondiente, creándose de esta manera un impedimento para así hacerlo y obligándose consecuentemente a que, si se quiere ejercer tal derecho, se tenga como único camino el formar parte de esa única junta de vecinos permitida". Según el mencionado fallo, "tal situación conculca la esencia misma del derecho a asociarse y a gozar de personalidad jurídica que la Constitución contempla".[81]

El Ejecutivo, por su parte, defendió la idea de establecer la existencia de una Junta de Vecinos por unidad vecinal. La argumentación y sentido de esta disposición, según el Gobierno, se debía a la función social que juegan las juntas de vecinos en el nivel local. La libertad de asociación no puede ser fundamento para una proliferación desmedida de juntas de

---

80 VIVEROS, Felipe: "Estado y legalidad, el peso de la noche en la sociedad civil chilena", En *Anuario de filosofía jurídica y social, sobre la cultura jurídica chilena,* Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Núm. 20, Valparaíso, 2002, pág. 445.

81 Fallo del Tribunal Constitucional rol Nº 126, del 14 de mayo de 1991.

vecinos por unidad vecinal. La ley debe promover el que dichas organizaciones garanticen un mínimo de representatividad y así cumplan el rol social que la misma ley las llaman a desempeñar. Sin embargo, la argumentación del Ejecutivo fue desechada por el Tribunal Constitucional.[82]

e. Deberes y prohibiciones del derecho de participación

La voluntad por despolitizar al país no sólo se expresó en fórmulas para desincentivar la participación sino también en sanciones para quienes "intervengan políticamente" en las organizaciones de la sociedad civil.

Se estableció el artículo 23 de la Constitución de 1980 que sanciona a los "grupos intermedios" y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que se les reconoce interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos. Ello, junto con considerar incompatible ostentar cargos directivos de organizaciones gremiales con cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de partidos políticos.

Nos encontramos ante un deber constitucional. A diferencia de los anteriores textos constitucionales chilenos, la carta de 1980 identifica deberes en los artículos 22 y 23. El primero se refiere al respeto a Chile y sus emblemas nacionales, el servicio militar y otras cargas personales. Mientras, la norma en comento desarrolla y limita el derecho de

---

[82] Tres años después, el Tribunal Constitucional volvió a ser requerido nuevamente por diputados de oposición que objetaban la nueva redacción del artículo 36 (proyecto que ya había sido aprobado por el Congreso). La nueva redacción establecía: "Para constituir una junta de vecinos se requerirá la voluntad conforme de a lo menos un 20% de los vecinos residentes en la respectiva unidad vecinal". El Tribunal Constitucional mantuvo la primacía de la libertad de asociación sobre cualquier otro criterio. El requisito establecido por el proyecto de ley de establecer como edad mínima los 18 años para integrar una junta de vecinos, unido a la exigencia de un 20% de vecinos residentes en la comuna, hacía –a juicio del Tribunal- vulnerar el derecho de asociación en su esencia. El proyecto finalmente se convirtió en la aludida ley 19.418/1989. El requisito numérico se resolvió estableciendo cifras determinadas relacionadas proporcionalmente; por ejemplo, "doscientos vecinos en las comunas de más de cien mil habitantes". ZAPATA, Patricio: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Corporación Tiempo 2000, Santiago, 1994, pág. 235 y sig.

participación establecido en el artículo 1 antes citado. Al igual que los proyectos de reforma de la carta del 25, la comisión Ortúzar tomó como referencia el artículo 48 de la Constitución Italiana, pero esta vez no para desarrollar el derecho de participación, sino para condicionarlo a ciertos deberes.[83]

En el caso italiano, como señalamos previamente, las consecuencias de esta definición no van más allá de ciertas medidas administrativas (la elaboración de listas como sanción simbólica y ética a quienes no votan en una elección). Mientras, la carta chilena se consideró que el Estado debe garantizar la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos, y el abuso de dicha autonomía consistiría –según el texto del artículo 23- en intervenir en actividades ajenas a los fines específicos de la organización, particularmente en la actividad política. En su versión original este artículo contemplaba que "el cargo de dirigente gremial será incompatible con la militancia en un partido político".

Así, la Constitución de 1980 fue explícita en separar la participación ciudadana de la participación partidista, dejando la actividad política exclusivamente a las personas que se dedican a ella. Las lecciones que según la Comisión Ortúzar se debían desprender de los errores de regulaciones y prácticas emanadas de la carta de 1925 quedaban resguardadas con el artículo 23.[84]

En resumen hemos identificado cinco ejes centrales en la carta del ochenta que impactan de diversas maneras en el tratamiento de la participación ciudadana y la forma de Estado y de gobierno: régimen de gobierno, sistema electoral, concepto de representación (soberanía

---

83 SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV, pág. 78.

84 VIVANCO, Ángela: Curso de Derecho Constitucional, Aspectos dogmáticos de la carta fundamental de 1980, Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional, Tomo II, Textos Universitarios, Facultad de Derecho, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, pág. 491 y VERDUGO MARINCOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA, Humberto: Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 323 y 324.

nacional), deberes y prohibiciones a la participación y tratamiento del derecho de participación. Veremos cómo el reconocimiento de un mecanismo de democracia directa como el plebiscito nacional no actúa para "compensar" este déficit de participación, sino que tiene por objetivo resolver un casi imposible conflicto de poder entre el Presidente de la República y el Congreso (por lo que tiene una incidencia marginal en la forma de gobierno).

El tratamiento constitucional del derecho de participación

a. El debate durante la elaboración de la Constitución de 1980

Es en este contexto restrictivo de la participación que debe entenderse su tratamiento constitucional. La carta de 1980, en su capítulo primero, reconoce el derecho de participación ciudadana. En el inciso final del artículo 1 señala el deber del Estado de asegurar la participación de toda persona con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Dicha definición fue precedida por la revisión y debate, por parte de la comisión Ortúzar, de anteriores regulaciones y proyectos de reforma constitucional elaborados en la materia. Esta discusión, expresada en el texto original de la Constitución de 1980, se ha mantenido hasta la fecha. Distinguiremos en nuestro análisis dos momentos: por una parte, el debate de la comisión Ortúzar y el texto aprobado en 1980 (1973-1989), por otra, las reformas introducidas en el año 1989 a la carta fundamental (1989-a la fecha).

La preocupación por la relación entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil también surge como tema recurrente en el discurso de la derecha en las décadas de los sesenta y setenta. Renato CRISTI sistematizó esta reflexión a través de los discursos de uno de sus principales líderes, Jaime Guzmán, dando cuenta de un pensamiento alternativo al que dominaba en el Congreso y que terminó con la reforma de 1971 sobre participación antes referida. El pensamiento de Jaime Guzmán, desarrollado en el seno del movimiento gremialista, evolucionó de un credo corporativista hacia uno con importantes grados

de reconocimiento del liberalismo económico. No obstante, su relación con el liberalismo político y el principio de la soberanía popular fue restrictiva y desconfiada.[85]

A partir del análisis 10.17 de la Constitución de 1925 se inició el debate de la comisión Ortúzar en septiembre de 1973, a sólo días del Golpe de Estado. Los miembros de dicha comisión, integrada entre otros por el propio Guzmán, contrarrestaron luego las reformas antes aludidas con la "Declaración de Principios del Gobierno de Chile" de marzo de 1974, donde se enfatizó la necesidad de "asegurar la independencia y despolitización de todas las sociedades intermedias". Este proceso supuso distinguir entre el "ámbito político", cuya característica se orienta de manera principal a desempeñar funciones de gobierno, y el "ámbito de los grupos intermedios", orientado a satisfacer fines específicos a través de una debida autonomía.[86]

Para la Comisión Ortúzar las reformas antes descritas daban cuenta de una marcada intervención del Estado en el mundo de las organizaciones de la sociedad civil, sin establecer límite entre la acción del gobierno y de los grupos intermedios. Frente a esta tendencia se propuso restringir la acción estatal sólo al nivel que los privados no puedan asumir, ya sea por su relevancia o por exceder sus posibilidades.[87] No obstante, la comisión Ortúzar estimó que el Estado debía entregar garantías mínimas para el buen funcionamiento de los grupos intermedios. Esta intervención debía estar restringida al "principio de subsidiariedad", vale decir, intervenir cuando no estuvieran las condiciones para que las organizaciones por sí solas se desarrollen o para resguardar su plena autonomía. Así, la regulación constitucional debería abordar sólo tres

---

85 CRISTI, Renato: *El pensamiento político de Jaime Guzmán, autoridad y libertad,* ediciones LOM, Colección sin Norte, Santiago, 2000, pág. 68 y sig.

86 Ver en Declaración de Principios de la Junta Militar Chilena, apartado 3.4.4, en http://es.wikisource.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_principios_del_gobierno_de_militar

87 SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV,* págs. 42 a 51.

tópicos: el reconocimiento del derecho, la autonomía de las asociaciones y la definición del rol del Estado.[88]

El derecho se haría efectivo a través de dos vías: el derecho a constituir asociaciones y la participación política. Esta última la deberían ejercer únicamente los ciudadanos y no las organizaciones en cuanto tales. Así; constitucionalmente se debería hacer explícita la no injerencia de las organizaciones en política, garantizándose de esta manera su autonomía privilegiando la participación en los temas cotidianos que afectan al ciudadano como es el ámbito local. En cuanto al rol del Estado, aquél debería corresponder a la coordinación, promoción y ayuda de los grupos intermedios. En este último aspecto, se puntualizó que no necesariamente al Estado le corresponde ser subsidiario del fin o propósito de las asociaciones. En este sentido, el Estado debe hacerse cargo de ciertos objetivos de bien común que las organizaciones no estén en condiciones de resguardar. Por esto se consideró necesario que la norma que diera cuenta de la relación entre organizaciones de la sociedad civil y el Estado se encontrara en las "bases de la institucionalidad", reguladas en el capítulo primero de la Constitución.[89]

La comisión Ortúzar no estimó necesario establecer un recurso especial para hacer efectivo el derecho de participación. No obstante, reconoció dos ámbitos de vulneración: la extralimitación de los órganos gubernamentales y la injerencia de los partidos políticos en el buen

---

88 *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente de la Nueva Constitución Política de la República*, Santiago, Editorial T. G. Gendarmería, 1974, tomo 28, sesión 187, págs. 11 a 19.

89 La primera referencia constitucional al fenómeno de las asociaciones se encuentra en el artículo 1º inciso 3º de la Constitución que señala: "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 directriz se garantiza en el artículo 19 N° 15, donde se reconoce el derecho de asociación, manteniendo la tradición constitucional chilena que se remonta a 1874. No obstante, la Constitución de 1925 era muy escueta en la materia; el incremento normativo tiene su fundamento en la apuesta de comisión Ortúzar por establecer un nuevo equilibrio entre el Estado y la sociedad civil. SOTO KLOSS, Eduardo: "La autonomía de los cuerpos intermedios y su protección constitucional", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* LXXXV, Núm. 2, Santiago, 1988, pág.54.

funcionamiento de las organizaciones. A partir de los argumentos señalados se desechó la idea de consignar una disposición específica referida al derecho de participación ciudadana; se la estimó contenida en lo que fue el definitivo artículo primero de la Constitución.[90]

b. El orden constitucional a partir de la reforma de 1989

Con la primera modificación constitucional establecida en la ley 18.825/1989 del 17 de agosto, y aprobada por el plebiscito del 30 de julio de ese año, se incorporan por vía indirecta nuevas regulaciones de nivel constitucional en materia de participación ciudadana a través de la universalización de los Derechos Humanos reconocidos en documentos internacionales. Esta reforma es la primera que surge como resultado de la victoria electoral de la oposición al gobierno de Augusto Pinochet y comprende cincuenta y cuatro modificaciones cuyo objetivo fue básicamente disminuir el poder tutelar de los militares y garantizar el pluralismo en el sistema institucional.[91]

Dentro de la serie de enmiendas contenida en la citada ley se agregó una frase final al artículo 7, comprometiendo al Estado de Chile en la universalización de los Derechos Humanos reconocidos en los Tratados

---

[90] "Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la Comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y *asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*"(cursiva añadida por nosotros).

[91] Esta tesis fue la sostenida por la Comisión Ortúzar en la sesión 368, de 9 de mayo de 1978.ANDRADE GEYWITZ, Carlos: *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Colección Tratados, Segunda Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2002.

internacionales. Así, dicha modificación establece: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (se refiere a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana), garantizados por esta Constitución, así como los Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

La doctrina se ha dividido en la interpretación de esta modificación en orden a determinar el rango normativo de este tipo de Tratado.[92] En primer lugar encontramos quienes le otorgan un estatus de ley al no existir una relación jerárquica establecida, ya que los autores orgánicos de los Tratados, al igual que el de las leyes, son el Presidente de la República y el Congreso Nacional. La consecuencia evidente es que los documentos internacionales, incluso los referidos a los Derechos Humanos, deberían interpretarse conforme a la Constitución por ser normas de menor jerarquía.[93]

Otra interpretación sostiene que, a pesar de que los Tratados internacionales tengan rango legal, los derechos reconocidos en ellos deben ser considerados en un nivel constitucional. Esto a partir de la propia redacción de la reforma de 1989 que estableció el deber del Estado en referencia a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y no del instrumento específico donde esto es reconocido. Basta que se encuentren en la Constitución o en los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, junto con cumplir con la característica de estar ratificados y vigentes.Dichas disposiciones se convierten en un límite mínimo que el Estado chileno se compromete

---

92 VIVANCO, Ángela: Curso de Derecho Constitucional, Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional, segunda edición ampliada, Tomo II, págs. 97 a 103.

93 FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: "La reforma al artículo 5º de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16 Núm. 3, septiembre-diciembre 1989, Santiago, págs.809 a 825; MOHOR ABUDUAD, Salvador y FIAMMA OLIVARES, Gustavo: "La jerarquía normativa de los Tratados internacionales", en *Revista de Derecho Público*, vol. 55/56, Santiago, 1994, págs. 115 a 126; BERTELSEN REPPETTO, Raúl: "Rango jurídico de los Tratados internacionales en el Derecho Chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 Núm. 2 y 3, tomo I, Santiago 1996, págs. 211a 222.

a resguardar, establecido por sobre cualquier normativa interna que las contradiga. En consecuencia, el Estado deberá tomar en cuenta esta normativa no sólo a la hora de legislar, sino también cuando se realice algún acto de gobierno o administración, desarrollando políticas económicas y sociales tendientes a la realización de tales derechos garantizados. Además, deberá considerarla (a esta normativa) al momento de dirimir conflictos entre particulares o entre éstos y el Estado.[94]

La tercera posición otorga rango constitucional a los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, ya que al ser garantizados por el artículo 5, inciso 2 -establecido en el capítulo sobre bases de la institucionalidad- primarían por sobre otra normativa, incluso por sobre la propia carta fundamental. Este tipo de Tratados constituiría "derecho constitucional material", dice CEA; por tanto, si un principio o norma de aquéllos entra en contradicción en forma o fondo con cierta disposición legal, prima la regla del Tratado internacional.[95] Incluso, a partir del creciente posicionamiento de la normativa de Derechos Humanos en el derecho internacional, se le daría a los Tratados de derechos humanos un estatus "supra-constitucional".[96]

Los análisis que han sistematizado las sentencias de los tribunales ordinarios chilenos concluyen que no es posible identificar una posición mayoritaria por alguna de estas tesis. No obstante, el Tribunal

---

94 GÓMEZ, Gastón: "Constitución, derechos esenciales y Tratados", en *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos*, Cuaderno de Análisis Jurídico Nº 27, Serie Seminarios, Junio 1996, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, pág. 76-82; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 20, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pág. 881 a 895 y *Dogmática Constitucional*, Editorial U. de Talca, Talca, 1997, pág. 67 a 105.

95 CEA EGAÑA, José Luis: Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, Textos Universitarios, Edición Pontificia Universidad Católica, Santiago, 2003, pág. 228 y 229.

96 PACHECO GÓMEZ, Máximo: "Supra-constitucionalidad de los derechos fundamentales", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 Núm. 2 y 3, mayo-diciembre 1993, Santiago, pág.809 a 825.

Constitucional se ha manifestado sistemáticamente en el sentido de otorgar un estatus legal a los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos.[97]

La jurisprudencia más relevante en esta materia la constituyen dos fallos del Tribunal Constitucional relativos al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 246/2002 del 8 de mayo, y recientemente el 1415/2009, del 24 de junio. En el primero de ellos se hace un extenso análisis de la historia fidedigna del artículo 5, y de su posterior modificación en el año 1989, así como referencias al estatus normativo de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos hechas por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, concluyendo que "(…) la norma constitucional reformada no consagró que los Tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la ley fundamental". La misma tesis es resumida en el aludido fallo 1415/2009.

Aunque los antecedentes aportados en los fallos del Tribunal Constitucional son contundentes, éstos se restringen a establecer el rango legal de los Tratados y no de los derechos reconocidos en ellos. Por lo demás, como hace referencia GÓMEZ y NOGUEIRA, la reforma al artículo 7 de la citada ley 18.825/1989 distingue entre los derechos esenciales y los Tratados que los contienen. Son justamente a nuestro juicio los derechos los que tendrían rango constitucional, según la modificación antes referida.[98]

---

[97] INFANTE CAFFI, María Teresa: "Los Tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 vistos por la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 Núm. 2 y 3, Tomo I, Santiago, 1996, pág. 277 a 297; BENADAVA CATTAN, Santiago, DURÁN BLÄCHLER, Samuel, GROSSMAN GUILOFF, Claudio, LEÓN STEFFENS, Avelino, ORREGO VICUÑA, Francisco: *La relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos, nuevos enfoques de derecho internacional*, Editorial Jurídica, Santiago, 1992, pág. 9-59. VIVANCO, Ángela: *Curso de Derecho Constitucional, Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, Tomo II, pág. 99 y100.

[98] GÓMEZ, Gastón: "Constitución, derechos esenciales y Tratados", pág. 82; y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos",

En lo que respecta al derecho de participación, éste ha sido regulado al menos en cuatro documentos internacionales reconocidos por Chile que se encuentran vigentes. El artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el artículo 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, también de 1948. A su vez, el artículo 25.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y artículo 23.1, letra A de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica" de 1969, establecen el derecho de partición en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.De manera que, al dictarse nuevas regulaciones referidas a la gestión pública, se ha debido garantizar el derecho a la participación reconocido en las normas de rango constitucional antes citadas. Veremos al revisar la legislación chilena que esta normativa sólo ha sido reconocida parcialmente.

Con todo, el derecho de participación no ha sido Tratado de manera sistemática en la legislación chilena; por lo demás, las regulaciones que analizaremos son básicamente mecanismos de democracia participativa (con excepción del plebiscito comunal y las consultas no vinculantes). La ley 19.880/2003,del 19 mayo, que regula el procedimiento administrativo, sólo desarrolla el derecho a formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase de dicho procedimiento, que deberán ser tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución (artículo 17, letra F), y el derecho de acceso a la documentación administrativa (artículo 17, letra H de la citada ley y los artículos 5 y 10 de la ley 20.285/2008 del 20 de agosto sobre Transparencia de la Función Pública).

En la práctica se ha desarrollado el derecho de participación sin establecer mecanismos de democracia directa. Este es el caso de la ley 19.300/1994 del 9 de marzo, que establece las Bases Generales del

---

pág. 104.

Medio Ambiente. En el párrafo tercero (artículos 26 al 31) se regula la participación de la Comunidad en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, facultando a las comisiones regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, a establecer los mecanismos que aseguren la participación de la Comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten.

Otra importante modificación constitucional establecida en la ley 18.825/1989, del 17 de agosto, tiene que ver con el artículo 23 de la carta fundamental de 1980. Dicha reforma morigera la incompatibilidad entre dirigente gremial y de partido político, en el sentido de limitar dicha sanción a los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales y los cargos directivos superiores, nacionales y regionales de los partidos políticos.

Esta incompatibilidad ha sido recogida de manera desigual por la legislación chilena. Así, el artículo 23 de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos 18.603/1987, del 23 de marzo, modificada por la ley 18.905/1990 del 9 de enero, establece: "Los cargos de miembro de directorio nacional o regional del órgano administrativo superior de un gremio o sindicato son incompatibles con los cargos de miembros de la Directiva Central o Consejo Regional o del Tribunal Supremo de un partido político. La persona que resulte afectada por esta incompatibilidad deberá optar entre los dos cargos, dentro del plazo del tercer día contado desde que fue designado para ocupar el cargo que desempeña con anterioridad". Se debe hacer referencia además al artículo 49 de la ley 18.603/1987, que somete a multas y a la inhabilidad por cinco años a dirigentes de partidos políticos que interfieren en la autonomía de grupos intermedios.

El artículo 3 de la ley 19.418/1997 del 9 de enero, sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias, señala, por su parte, que estas agrupaciones no podrán perseguir fines de lucro y deberán respetar la libertad religiosa y política de sus integrantes, quedando prohibida toda acción. Los funcionarios públicos y municipales que

haciendo uso de su autoridad o representación, infringieren esta "neutralidad político-religiosa" o cooperaren, a sabiendas, a que otra persona la infrinja, sufrirán las sanciones prescritas en el estatuto administrativo o municipal.

El artículo 1 del decreto ley 2.757/1979 del 4 de julio sobre asociaciones gremiales, recoge esta incompatibilidad, estableciéndose en el artículo 18 letra C de dicho decreto la cancelación de la personalidad jurídica de las asociaciones que incumplan de manera grave las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias.

La particular preocupación del legislador por hacer efectiva la incompatibilidad del artículo 23 de la carta fundamental en el ámbito de las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias también se puede observar de alguna manera en la exigua jurisprudencia existente en la materia. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre las incompatibilidades establecidas en el artículo 23; sólo se ha referido marginalmente al tema en la sentencia 126/1991, del 14 de mayo, sobre las organizaciones comunitarias de carácter territorial.[99] Recientemente, la Contraloría General de República (órgano constitucional de carácter autónomo y que fiscaliza la legalidad de las actuaciones de los entes públicos) en el dictamen 32289/2009, del 19 de junio, señaló que, pese a que las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias son entidades de carácter privado y no sujetas a su control, la ley ha vedado expresamente la posibilidad de que "(…) las juntas de vecinos participen en actividades político-partidistas; los inmuebles que éstas administran se encuentran igualmente afectos a esa prohibición, resultando, por ende, improcedente que en los mismos se realicen reuniones de esa índole".

---

[99] CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno, Derechos, Deberes y Garantías*, Tomo II, Textos Universitarios, Facultad de Derecho, Edición Pontificia Universidad Católica, Santiago, 2004, pág. 678 y 679.

Mecanismos de participación directa en la carta de 1980: el plebiscito nacional

Dos son los mecanismos de democracia directa que podrán identificarse en la Constitución de 1980: el plebiscito nacional y el comunal, mas sólo el plebiscito nacional es desarrollado por la propia carta fundamental. El plebiscito comunal es remitido por la Constitución a una ley para su tratamiento pormenorizado (lo analizaremos en el apartado siguiente).

El plebiscito nacional fue establecido por la Constitución de 1925 a través de una enmienda aprobada el año 1970. Antes, en la constituciones de 1828 y 1833 la fórmula para modificar total o parcialmente normas de rango constitucional era a través de la aprobación de dos Congresos ordinarios sucesivos, uno que sancionaba las modificaciones y otro que ratificaba dicho acuerdo sin poder introducir cambio alguno a lo votado originalmente. Con la carta de 1925, la reforma debía someterse al trámite de una ley común. El proyecto, tras de ser despachado por la mayoría en ejercicio había de ratificarse en Congreso Pleno (Cámara y Senado), facultándose al Presidente de la República para recurrir al plebiscito, si las Cámaras rechazaban en todo o en parte las modificaciones por él propuestas al texto de ratificado, e insistieren en éste por los dos tercios de los miembros presentes. Seis modificaciones se introdujeron a la Constitución de 1925. En ninguno de los casos se convocó al plebiscito.

La ley 17.284/1970, del 23 de enero, estableció dos hipótesis de plebiscito: cuando el proyecto presentado por el Presidente fuere rechazado totalmente por el Congreso y cuando se desecharen total o parcialmente las observaciones del Ejecutivo formuladas al proyecto ratificado por él. En esta reforma se agregó la normativa particular referida a la convocatoria a plebiscito.[100]

---

[100] SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: Tratado de Derecho Constitucional, tomo X, Estado de excepción constitucional, gobierno y administración interior del Estado, reforma del Estado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, págs. 187 a 193.

No obstante los Mecanismos de participación directa en la carta de 1980: el plebiscito nacional acotado que nos pueda parecer esta fórmula participativa, despertó cierta discrepancia durante su tramitación. Así, se consideró como una herramienta incontrarrestable a favor del Presidente de la República frente a reformas constitucionales que no contaran con el apoyo del Congreso. Por su parte, el Presidente Frei Montalva, impulsor de esta iniciativa, explicitó en el mensaje que enviara en enero de 1969 la importancia de incorporar el plebiscito como instrumento para solución de conflictos entre poderes del Estado. Además de establecer una forma de resolver la divergencia de opinión entre órganos constitucionales, la incorporación de este mecanismo de democracia directa permitiría dar mayor injerencia a la ciudadanía en las grandes decisiones políticas.[101]

La primera referencia que la carta de 1980 hace en esta materia se encuentra en el artículo 15, inciso 2, donde se señala que sólo podrá convocarse a votación popular ante elecciones y plebiscitos en los casos previstos expresamente en dicha norma fundamental. El Tribunal Constitucional ha señalado en este sentido (en referencia a un requerimiento de diputados acerca de un proyecto de ley que pretendía establecer un sistema de elecciones primarias para determinar el candidato a la Presidencia de la República) que el legislador no puede establecer consultas populares fuera de las contempladas en la Constitución y la ley, no importando si éstas son de sufragio obligatorio o voluntario.[102]

El plebiscito nacional se encuentra regulado en los artículos 128 y 129 de la carta de 1980, en el capítulo XV, relativo a los mecanismos de reforma constitucional. En consecuencia, se encuentra dentro de las rígidas alternativas de reforma constitucional.[103] Al igual que en la carta

---

101 *Ibidem*, pág. 228.

102 Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 279/1998 del 6 de Octubre.

103 El artículo 127 establece que para una reforma constitucionales se requiere de 3/5 partes

del 25, no opera frente a cualquier materia de relevancia nacional que la ciudadanía o que algún poder del Estado quiera promover. Se puede aplicar únicamente frente a dos situaciones acotadas en el propio texto constitucional (artículo 128). Cuando, habiendo rechazado el Presidente de la República un proyecto de ley constitucional, el Congreso insista en su aprobación en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de ambas Cámaras, o bien, cuando el Congreso insista en rechazar toda o alguna de las observaciones hechas por el Presidente con el voto conforme de dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En ambos casos es el Presidente quien llama a plebiscito.

Por lo que la diferencia evidente entre la actual regulación y la aprobada en 1970 consiste en establecer un quórum superior de dos tercios para que el Congreso insista o rechace las observaciones del Presidente de la República. En la versión original sólo se requería una mayoría simple. La modificación hecha en la carta de 1980 hace prácticamente imposible la situación descrita en la norma. Como hemos analizado con anterioridad, la coalición del Presidente bajo el sistema electoral asegura la mitad de los escaños del Congreso, por tanto es muy difícil que se reúna el quórum de dos tercios establecido en los dos casos señalados en el artículo 128 de la carta de 1980. Además, la iniciativa de esta fórmula no compromete la participación ciudadana en ninguna de sus fases, salvo para resolver al final la divergencia entre los dos actores relevantes del proceso formativo de las leyes.

Al igual que la carta del año 25, en el artículo 128 de la Constitución de 1980 se entrega la iniciativa de convocatoria a plebiscito únicamente al

---

de diputados y senadores en ejercicio, salvo que esta reforma recaiga sobre los capítulos I (bases de la institucionalidad), III (derechos y deberes constitucionales), VIII (Tribunal Constitucional), XI (Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública), XII (Consejo de Seguridad Nacional) y XV (Reforma de Constitucional), donde se necesita en cada Cámara, la aprobación de 2/3 partes de diputados y senadores en ejercicio. En consecuencia se requeriría el 60% de los parlamentarios habilitados para reformas constitucionales generales y 67% para los capítulos antes indicados.

Presidente de la República. Se consultaría a la ciudadanía con un doble propósito: manifestar la conformidad con establecer una reforma constitucional y decir cuál de las dos alternativas (Ejecutivo o Congreso) es concordante con la voluntad mayoritaria del electorado. SILVA BASCUÑÁN justifica la iniciativa de convocatoria en las funciones que la Constitución entrega al Presidente de la República, al considerarlo la autoridad máxima del poder gubernamental (artículo 24).[104]

El artículo 129 regula el procedimiento del plebiscito. La convocatoria deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contados desde la publicación de dicho decreto. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso. El decreto de convocatoria contendrá, según corresponda, el proyecto aprobado por ambas Cámaras y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito.

El Tribunal Calificador de Elecciones tendrá dos atribuciones según el inciso 3 del citado artículo 129: comunicar al Presidente de la República el resultado del plebiscito, y especificar el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que deberá ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación.[105] Esta disposición debe ser relacionada con el artículo

---

104 *Ibidem*, pág. 229.

105 La ley orgánica constitucional 18.460/1985 del 15 de noviembre, que regula en funcionamiento del citado Tribunal Calificador de Elecciones en su artículo 9 dispone que corresponderá a este tribunal conocer el escrutinio general de los plebiscitos, resolver las reclamaciones que se interpongan en materia de su competencia, calificar los procesos plebiscitarios y proclamar el resultado del plebiscito nacional y comunicarlo al Presidente de la República. Por su parte, la ley orgánica constitucional 18.700/1988, del 6 de mayo,

93.5 de la carta de 1980 que faculta al Tribunal Constitucional para resolver cuestiones constitucionales relativas a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones antes citadas que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones.

Tres son los momentos en que se ha utilizado el plebiscito en Chile en los últimos treinta años. Todos ellos surgen en el período en que rige la normativa transitoria prevista en la Constitución de 1980. Dichos procesos plebiscitarios se establecieron justamente para aprobar la nueva Constitución (septiembre del 1980), para definir la continuidad del gobierno del general Augusto Pinochet (octubre de 1988) y para establecer modificaciones mínimas que permitirían dar inicio a la transición democrática (junio de 1989). En consecuencia, ninguno de los casos descritos tiene que ver con las alternativas previstas en el artículo 128 de la Constitución. Vale destacar lo marginal que resulta el único mecanismo de democracia directa regulado en la Constitución en el contexto del sistema institucional chileno.[106]

El plebiscito comunal

Dentro de las reformas introducidas a la carta fundamental el año 1989 se modificó el artículo 107 (actual 118) incorporando la posibilidad de regular en la citada ley orgánica el plebiscito referido a materias propias de la administración local. En el texto original de la Constitución de 1980 sólo se contemplaba el plebiscito nacional. Así el Tribunal Constitucional, en la sentencia 50/1988, del 29 de febrero, declaró inadmisibles disposiciones que pretendían establecer el plebiscito comunal a través de una reforma a la ley de municipalidades. De este modo, el reconocimiento de esta fórmula de consulta sólo se pudo establecer con

---

sobre Votaciones Populares y Escrutinio regula en su título V la intervención del Tribunal Calificador de Elecciones en materia del Plebiscito.

106 SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: Tratado de Derecho Constitucional, tomo X, Estado de excepción constitucional, gobierno y administración interior del Estado, reforma del Estado, pág. 229 y 230.

la referida modificación constitucional.[107]

Posteriormente, con la reforma constitucional de la ley 19.097/1991, del 11 de noviembre, se llega al definitivo texto del artículo 118 que establece dos modalidades consulta: el plebiscito comunal y las consultas no vinculantes. La justificación de establecer esta distinción surge del debate parlamentario y es resumida por BULNES y VERDUGO en la posibilidad de contar con una herramienta que permita orientar las decisiones edilicias con las inquietudes que animan a la Comunidad cuando no se dieren los supuestos legales para el plebiscito.[108]

La ley orgánica de municipalidades 18.695/2006, del 26 de julio, regulará las materias de competencia municipal que pueden a someterse a consulta, además la forma de convocatoria y sus efectos. En ambos casos tiene legitimidad activa el alcalde, con acuerdo del Concejo Municipal, dos tercios de los concejales en ejercicio y la proporción de ciudadanos que establezca la ley.[109]

La ley 18.695/2006, del 26 de julio, sobre municipalidades, señala las situaciones que obligan al alcalde a llamar a plebiscito o consulta no vinculante, agregando en el artículo 100 que, en el caso en que sea la ciudadanía la solicitante, se deberá acreditar ante notario público la firma de al menos el 10% de los ciudadanos inscritos en el registro electoral de la respectiva comuna al 31 de diciembre del año anterior

---

107 En el N° 31 de esta sentencia señala: "Que las normas del proyecto referidas en los considerandos precedentes no son constitucionalmente admisibles, ya que ellas se contraponen con lo prescrito en el artículo 15, inciso 2°, de la Carta Fundamental, pues al facultar a las autoridades comunales para determinar el procedimiento conforme al cual se oirá la opinión de la Comunidad local, sin reservas ni limitaciones de ninguna índole, no se excluye, sino por el contrario implícitamente se permite, que establezcan un sistema de votación popular, o similar, que la Constitución reserva, exclusivamente, para las elecciones y plebiscitos previstos en ella".

108 *Ibidem*, pág. 100.

109 BULNES ALDUNATE, Luz y VERDUGO MARINKOVIC, Mario: "Participación ciudadana y plebiscito comunales", En *Revista de Derecho Público*, vol. 70, Santiago, 2008, págs. 89 a104.

(esto último certificado por el Director Regional de Servicio Electoral respectivo).

A su vez, el artículo 99 explicita las materias consideradas de ámbito municipal, señalando las relativas a inversiones específicas de desarrollo comunal, la aprobación o modificación del Plan de Desarrollo Comunal, la modificación del Plan Regulador u otras de interés para la Comunidad local, siempre que sean propias de la esfera de competencia municipal. Esta enumeración no es taxativa y corresponderá al gobierno comunal (alcalde y Concejo) determinar otras materias consideradas propias del ámbito municipal. Eventualmente serán los tribunales superiores de justicia los encargados de dirimir un conflicto, de interponerse un recurso de reclamación en contra de dicha resolución edilicia.[110]

Las restantes formalidades y efectos de los plebiscitos son establecidos entre los artículos 101 al 104 de la ley 18.695/2006, en donde se establece que dentro del décimo día de recepcionado oficialmente el requerimiento, el alcalde dictará un decreto de convocatoria a plebiscito. Dicho decreto contendrá la o las cuestiones sometidas a plebiscito. El artículo 101 señala que los resultados del plebiscito serán vinculantes para la autoridad municipal, siempre que vote más del 50% de los ciudadanos inscritos en los registros electorales de la comuna. En dichas disposiciones también se regulan materias como el cierre de los registros electorales, limitaciones a la propaganda, entre otras materias.

La exigencia de un 10% de los ciudadanos inscritos en el registro y el umbral de participación de un 50% han convertido al plebiscito comunal en una herramienta de casi nula utilización. En los casi treinta años de existencia del plebiscito comunal no más de una veinte experiencias han pretendido cumplir las exigencias recientemente descritas y sólo dos lo ha logrado; en las comunas de Vitacura (2009) y Las Condes (2011), ambas de la Región Metropolitana y se refirieron la primera a la aprobación o rechazo a cambios en el Plano Regulador Comunal

[110] Ibidem, pág. 101.

propuestos por el municipio y la otra a la construcción de un Mall. Los restantes intentos prefirieron seguir el camino de las consultas no vinculantes (no son más de treinta), como las realizadas en las comunas de Las Condes (2006), Concepción (2007) y Osorno (2010).

Esta percepción se confirma con los datos obtenidos por la Subsecretaría de Desarrollo Regional de Chile, entre el período 2000-2004, los que dan cuenta de experiencias de participación ciudadana en los municipios del todo país, tomando como base nueve instrumentos y mecanismos de participación ciudadana; en tal contexto el plebiscito comunal fue calificado en el último lugar de implementación por los consultados.[111]

El artículo 93 de la citada ley facultad a cada municipalidad para establecer en una ordenanza las modalidades de participación de la ciudadanía local, teniendo en consideración las características singulares de cada comuna, tales como la configuración del territorio comunal, la localización de los asentamientos humanos, el tipo de actividades relevantes del quehacer comunal, entre otras particularidades.

Por último, la Constitución regulaba la presencia en cada comuna del país de un Consejo Económico y Social[112]. Hoy la ley 18.695/2006, del 26 de julio, remite su regulación a un Reglamento Municipal, restándole de esta forma toda relevancia. Esto se evidencia en que muy pocos de estos consejos funcionan, y los que logran constituirse tienen un rol marginal en la definiciones comunales.[113]

---

111 SUBSECRETARÍA DE DESARROLLO REGIONAL: "Participación ciudadana en la gestión de gobiernos regionales y municipios: diagnóstico situación actual", *Documento de trabajo*, Ministerio del Interior, Santiago, 2004.

112 Su eliminación surge de un conjunto de modificaciones constitucionales acordadas en la ley 19.097/1991, del 12 de noviembre. El actual artículo 94 de la ley 18.695/1994, de 14 de julio, sobre Municipalidades prescribe que "en cada municipalidad existirá un consejo económico y social comunal, compuesto por representantes de la Comunidad local organizada".

113 DE LA MAZA, Gonzalo: *Tan lejos tan cera, Políticas públicas y sociedad civil en Chile*, LOM Ciencias Humanas, Santiago 2005, pág. 145 y sig.

Las iniciativas para fortalecer la participación

a. La nueva ley sobre asociaciones y participación en la gestión pública.

A pesar de la gran cantidad de reformas realizadas a la Constitución de 1980, recién es en la última década cuando se intenta modificar el "modelo participativo" establecido por la comisión Ortúzar. En junio del 2004 se presenta el proyecto de ley de asociacionismo y participación en la gestión pública. Dicha iniciativa fue resultado de un largo proceso de consulta que tomó más dos años de discusión con más de seis mil organizaciones de la sociedad civil de todo el país. Su discusión parlamentaria en la Cámara de Diputados se caracterizó por un importante consenso político sobre su pertinencia, siendo aprobado por unanimidad. No obstante, el Senado dicha iniciativa no logró el apoyo necesario debiendo ser modificada y aprobada en Comisión Mixta, después de más de seis años de debate.

La ley 20.500/2011, del 16 de febrero, contempla modificaciones que van desde reformas al libro primero del Código Civil; la ley 18.757/2001, del 16 de septiembre, sobre bases de Administración del Estado; la ley 19.418/1989, del 30 de diciembre, que regula las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias; la ley 18.695/2006, del 26 de julio, sobre municipalidades. Además establece regulaciones particulares sobre voluntariado, la incorporación de la figura de "organizaciones de interés público" y un Fondo para el Desarrollo de la Sociedad Civil.

Con este proyecto se vuelve a la idea de fortalecer la gestión pública con la presencia de Consejos de la Sociedad Civil, implementada desde la década de los cincuenta, relevando el rol de las organizaciones de la sociedad civil en la elaboración de políticas públicas y control ciudadano. Se establecen, por ejemplo, directrices generales a los órganos de la Administración del Estado para dar cuenta pública anual de su gestión. También se califica de materias de "interés público" sobre las cuales cada órgano del Estado deberá consultar la opinión de organizaciones de la sociedad civil, en forma previa a la adopción de decisiones de

políticas, planes y programas. Tales organizaciones podrán solicitar la calificación de una materia como de "interés" ciudadano.

La ley 20.500/2011, del 16 de febrero, también establece importantes modificaciones en lo referido a la participación ciudadana a nivel local. Se sustituyen los consejos económicos y sociales antes analizados por los "consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil", los cuales tendrán atribuciones específicas, como pronunciarse sobre materias de relevancia local. Se otorgan facultades para que dicho consejo mantenga un diálogo permanente con juntas de vecinos, organizaciones comunitarias funcionales y organizaciones de interés público, cuando éstas así lo requieran, sobre el funcionamiento del municipio.

Por otra parte, se modifica el artículo 93 de la ley orgánica constitucional 18.695/2006, del 26 de julio, sobre municipalidades, agregando un inciso que dispone que la ordenanza que regule las modalidades de la participación de la ciudadanía local, deberán contener una mención de las organizaciones que habrán de ser consultadas e informadas, describiendo los medios a través de los cuales se materializará la participación. Por ejemplo, cómo se concretarán las consultas sobre asuntos relevantes -como modificaciones a los planes reguladores- que el concejo, junto con su alcalde, deberán formular a las organizaciones comunitarias. En relación a los plebiscitos municipales, se modifica el artículo 56 del proyecto, en el sentido de rebajar del 10 al 5 % el porcentaje de los ciudadanos inscritos en los registros electorales de una comuna que se requieren para la procedencia del plebiscito comunal por iniciativa de la ciudadanía.

b. La iniciativa legislativa popular

Con todo, ley 20.500/2011, del 16 de febrero no establece ningún mecanismo de democracia directa; la primera propuesta en este sentido durante la vigencia de la actual constitución es la referida a la Iniciativa Ciudadana de Ley, presentado en septiembre del 2007 al Congreso para su trámite legislativo. Se trata de una modificación al artículo 65 de la

Constitución, el cual limita la iniciativa de los proyectos de ley a la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República. Con este proyecto se espera otorgar la iniciativa también a un grupo de ciudadanos, manteniendo las atribuciones propias de los órganos constitucionales en la tramitación, vale decir, el proyecto de ley se debatiría como cualquier otro.

Esta reforma constitucional que establece la iniciativa ciudadana subordina a una Ley Orgánica Constitucional del Congreso los requisitos para ejercer la iniciativa ciudadana, las materias de ley que les serán propias, la admisibilidad y su procedimiento y todas aquellas cuestiones que permitan el ejercicio de este derecho. Por tanto, se trata de una regulación de mínimos de tipo principal, que requiere desarrollo legislativo posterior. Nos encontramos entonces ante una etapa inicial del debate. No obstante, en el discurso en4 que la Presidenta de ese momento Michelle Bachelet firmó el proyecto de ley, señaló que debería establecerse un número bajo de firmas que posibilitara la presentación del mayor número de proyectos ciudadanos. También se refirió a establecer plazos para la tramitación por el Congreso (habló de seis meses) y que la validación de la firmas fuera competencia del Servicio Electoral.[114]

A nuestro juicio la aprobación de este proyecto, pese a ser una modalidad "débil" de iniciativa legislativa popular, resulta difícil de implementar dentro del modelo institucional chileno, el que busca clausurar toda posibilidad de participación que vaya más allá de los canales institucionales establecidos. Éste es el caso de la iniciativa legal, donde se establecen taxativamente los sujetos legitimados: el Presidente de la República (proyectos) y los parlamentarios (mociones). Ambos sujetos deben restringirse a las materias que la propia Constitución identifica como legales (artículo 63) y las que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 65). Estas

---

[114] BACHELET, Michelle: *Discursos Escogidos, julio-diciembre 2007*, Secretaria de Comunicaciones, Palacio de la Moneda, Santiago, 2008, pág. 342.

materias son sin dudas las más importantes y comprometen recursos. Dentro de listado del iniciativa presidencial se encuentran materias como: imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza; crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; contratar empréstitos o celebrar cualquier otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado; fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, entre otros tipos de rentas; establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar; y establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado. Además, el Presidente de la República determina la tramitación de las leyes en el Congreso, controlando las prioridades y tiempos en que deben tramitarse los proyectos de ley (artículo 74).

Si en el mejor de los casos a través de iniciativa legislativa popular se comprendieran materias establecidas en el citado artículo 65 (que la carta entregadas de manera exclusiva del Presidente de la República) aunque estemos hablando de una fórmula "débil" de iniciativa se generaría con esto un importante cambio en la forma de gobierno, abriéndose una válvula de escape al control férreo de Gobierno que supone el actual modelo institucional.

Reflexión y propuestas frente al reconocimiento de eventuales fórmulas participativas en Chile.

De la revisión general del sistema institucional chileno podemos concluir que, a pesar del reconocimiento constitucional del derecho de participación (artículo 1 de la Constitución de 1980) y el de participar directamente en la dirección de los asuntos públicos (contemplado en los documentos internacionales analizados), estos derechos no cuentan con instituciones que garanticen su implementación. Todo lo contrario; hemos establecido una clara vinculación entre el modelo institucional chileno y deterioro de la participación en Chile. Del análisis del modelo presidencialista que concentra gran parte del poder en el Presidente de

la República, del principio de soberanía nacional (faz activa y restrictiva que rompen la cadena de legitimación democrática), de las restricciones al derechos de asociación (a través de una serie de deberes y prohibiciones, como el analizado artículo 23), hemos desprendido los ejes centrales que afectan negativamente el carácter democrático del sistema institucional chileno.

La titularidad del pueblo en el ejercicio del poder político en la constitución vigente mantiene serios cuestionamientos. Así lo expresaron –como señalamos en su oportunidad- los principales constitucionalistas frente a la original redacción de artículo 5 de la Constitución de 1980 que establece el principio de "soberanía nacional" y que en este sentido no ha sido modificado hasta la fecha. En este contexto, los mecanismos participativos actualmente establecidos en la carta fundamental chilena (plebiscito nacional y comunal) no dejan de ser anecdóticos.

El tramado institucional destinado a restringir la participación de la ciudadanía es tan diverso y variado, que nos lleva a pensar en que existiría una clara intención en el modelo institucional, generado a partir de la Constitución de 1980, por desincentivar la participación en política, o bien orientarla a formas menos deliberativas como el plebiscito comunal (donde la participación ciudadana se oriente a temas "concretos" en el ámbito local). Si esta fue la intención de Jaime Guzmán, podemos concluir que el modelo "participativo" de la actual carta fundamental fracasó. Esto debido a que, como señalamos en su oportunidad sólo una experiencia de plebiscito comunal se ha implementado en veinte años.

Con todo, no podemos señalar que la ciudadanía se ha despolitizado, sino ha mutado a práctica políticas que se encuentra cada vez más desconectadas de los partidos políticos y porque no decirlo de toda forma institucional. Mientras que los procesos electorales manifiesta un sostenido decaimiento, se fortalecen en Chile expresiones ciudadanas informales de protesta mediática, como las movilizaciones secundarias del 2006, o las más recientes vinculadas a temas medioambientales y

temas educacionales. Esta última tendencia participativa, muy de moda en Europa por lo demás, es descrita por ROSANVALLON como un fenómeno complejo, que deslegitima transversalmente a las autoridades públicas, que fortalece la desconfianza y que resulta muy difícil de orientar institucionalmente.[115]

Los costos de la estabilidad política a través de la rigidez constitucional y el intencionado adormecimiento de los tradicionales canales de expresión popular chileno (los partidos políticos, parlamentos y organizaciones de la sociedad civil) son descritos por BÖCKENFÖRDE, y no es ni más ni menos que la erosión del orden constitucional, a través del choque entre convicciones políticas contradictorias.[116]

A nuestro juicio, existen dos caminos para avanzar en la democratización de Chile. Primero recuperando las características que singularizaron su modelo representativo. Esto significa restablecer la igualdad entre nación y pueblo elector, presente en toda la tradición constitucional chilena, impidiendo que existan instituciones, ni opciones constitucionales con carácter permanente que se marginen de la voluntad popular o restrinjan la idea de representación. Además, eliminar las regulaciones descritas que inhiben los derechos de participación y asociación. En segundo lugar, avanzar en la incorporación de mecanismos de democracia directa, como el referéndum y la iniciativa legislativa popular que logren institucionalizar los procesos informales de participación. Consideramos que ambas alternativas: mejorar la representación y establecer nuevas fórmulas de participación, no son excluyentes. Todo lo contrario, la experiencia comparada evidencia que avanzar en estos dos caminos provoca una mutua sinergia.

---

115 ROSANVALLON, Pierre: *La Contrademocracia, la política en la era de la desconfianza*, Ediciones Manantial, Buenos Aires, 2007, págs. 181y sig.

116 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia,* Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 168.

El análisis comparado de los mecanismos de democracia directa en las constituciones occidentales nos evidencia dos tendencias en su regulación: la europea y la norteamericana (en algunos Estados de EUA). La diferencia está dada por el protagonismo que se le otorga al Parlamento. En este sentido, las cartas latinoamericanas han seguido uniformemente la tendencia europea, por lo que nos parece pueden servir de antecedentes para una eventual regulación en Chile.

Una de las consecuencias de la implementación de mecanismos de democracia directa y fórmulas participativas que más genera suspicacias es sus eventuales desviaciones autoritarias. Instituciones como el referéndum facultativo, en un contexto europeo, parecieran ser inocuas y acotadas por su reconocimiento en el sistema constitucional, la jurisprudencia o la legislación que desarrolla estos institutos participativos; en Latinoamérica en cambio pueden ser las herramientas que permitan imponer la voluntad de la mayoría gobernante y pavimentar el tránsito hacia gobiernos de tipo autoritario.

En este punto de la discusión nos parece relevante hacer referencia a las categorías constitucionales que nos ofrece LOEWENSTEIN. En un debate, que por lo demás que ha sido monopolizado por la ciencia política, la perspectiva constitucional resulta ser muy aclaradora. Este autor alemán distingue en su clasificación "ontológica de las constituciones" tres modelos: normativo, nominal y semántico. El factor que diferencia una categoría de otra esta dado por la concordancia entre las normas constitucionales con la "realidad del proceso de poder". Lo determinante en una reflexión constitucional no es el puro análisis del texto normativo, dice LOEWENSTEIN, sino lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica. Así una constitución será normativa o nominal, si la dinámica del proceso político se adapta o no a sus normas. Mientras que será semántica cuando el texto constitucional es instrumentalizado en beneficio exclusivo de quien

detenta el poder.[117]

Pues bien, en este sentido nos parece que el proceso de regulación constitucional de los mecanismos de democracia directa y participativa en Latinoamérica (referéndum e iniciativa legislativa popular) no puede ser entendido como un factor más que contribuye a una tendencia nominal o semántica de las cartas fundamentales. Todo lo contrario, la subordinación de la iniciativa legislativa o referendarias al Parlamento o a un porcentaje del electorado, el establecimiento de materias que no pueden ser consultadas, la regulación de procedimientos de admisibilidad y de control de estos por tribunales electorales, entre otras medidas que surgen de la regulación de estas instituciones son finalmente señales de normatividad de los procesos participativos.

Con todo, la regulación de mecanismos de democracia directa en Chile ha sido condicionada al siguiente dilema: o bien se entrega su iniciativa al Presidente de la República (a través del consultas facultativas en materias de especial trascendencia), incrementando aún más las atribuciones otorgadas a esta autoridad; o se establecen en el ámbito legal, donde se debería intervenir el modelo de iniciativas para que la oferta participativa no termine siendo intrascendente. Pensamos que la fórmula adecuada para la incorporación del referéndum no pasa ni por lo uno (aumentar atribuciones del Presidente), ni por lo otro (enajenar parte de las materias legislativas al Congreso), sino se debe reconocer un espacio nuevo de participación dentro del modelo institucional vigente en Chile: la abrogación de la ley.

El modelo abrogación referendaria, regulado en varias cartas fundamentales occidentales, entrega importante ventajas para nuestro país. Por lo pronto, no interviene en el proceso formativo de la ley, sino que se sitúa en una fase posterior, en el de su vigencia. Parte desde el supuesto que los ciudadanos pueden manifestar objeciones puntuales a las decisiones de la mayoría parlamentaria, sin que con esto se ponga

---

[117] LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución,* Ariel, Barcelona, 1979, págs. 216 a 222.

en dudas ni sus atribuciones, ni el modelo en su conjunto. Esta crítica acotada de la ciudadanía expresada en una iniciativa popular abrogatoria, no surge necesariamente de diferencias políticas; incluso puede originarse en materias no previstas por el legislador, manifestadas tiempo después de ser promulgada.

Con todo, frente al pronunciamiento popular abrogatorio, sigue siendo resorte de los órganos constitucionales la elaboración de una nueva norma de reemplazo. Lo que ha garantizado que el sistema representativo se fortalezca e integre opiniones disidentes, siendo de esta manera, cada vez más sensibles a las demandas ciudadanas durante el proceso legislativo.

También ayudaría el establecimiento del referéndum abrogativo a focalizar la participación directa de la ciudadanía al ámbito legal y no a la modificación de normativa de rango constitucional (que supone un proceso prolongando de deliberación).

Finalmente, pensamos que se debe introducir instituciones que permitan entender la representación más que como una autorización, como un mandato, sujeto a la eventualidad de la revocación en caso de incumplimiento flagrante. En este sentido el referéndum de revocación ha tenido un reconocimiento y práctica importantes en la región (Ecuador, Perú y Venezuela), dignas de ser consideradas.

2.5 Contexto global: el malestar ciudadano y las redes sociales

2.5.1 Sociabilidad en Internet

Siguiendo a A.R. Stone: "el ciberespacio es un entorno social: las redes son otros lugares donde se pueden observar nuestras estructuras colectivas que se enfrentan a condiciones nuevas". Definitivamente la dicotomía realidad/virtualidad, parece tener muy poco que ver con lo que hoy es utilizar las nuevas tecnologías de información y telecomunicaciones (NTIC).

Y estas NTIC aparecen como una realidad palmaria e insoslayable, más allá de lo meramente operativo y funcional: "los medios no son más elementos de uso, sino que integran ahora las propias estructuras del habitar y de la producción de significados. La tecnología no colabora en la acción del vivir, es ahora el lugar donde ésta se desarrolla"[118]. Aquí aparece la tecnología -NTIC, la red- como nueva naturaleza. Y en esta red, como ya hemos señalado, se da un espacio para la redefinición de identidades[119] muy vinculadas con las nuevas subjetividades asociadas al ciberespacio[120].

Particularmente los desarrollos de la web 2.0 –blogs, sitios wiki-, las plataformas de redes sociales -como Facebook o Twitter-, donde como en la obra abierta, "el lector pasa a ser autor", constituyen soportes que pueden servir de locación para lo que Goffman llamó "presentaciones del ser". Estos despliegues en la red asumen modalidades muy diversas a lo presencial: el o la navegante puede adoptar identidades a voluntad en un verdadero baile de máscaras (o en este caso, de avatares). De hecho, en estos ambientes la identidad puede asimilarse a la noción de "significante flotante" de Laclau y Mouffe. Es un compartimento estanco al que dotamos discrecionalmente de significado.

Como espacio de construcción –o redefinición- de identidades, la red presenta la fortaleza de una cierta "naturaleza igualitaria" de la interacción virtual[121]. Esto en la medida en que todos los rasgos que

---

118 Mainer Blanco, Belén *Ciberjuego y Sociabilidad: Relaciones y efectos en los usuarios de juegos online* (Word of Warcraft). Disponible en: http://www.ucm.es/info/especulo/numero31/ciberwow.html (Julio, 2011)

119 Prada, Juan Martín , El net-art o la definición social de los nuevos medios. Disponible en: http://aleph-arts.org/pens/definicion_social.html (Julio, 2011)

120 Rodríguez Ruiz, Jaime, Teoría, práctica y enseñanza del hipertexto de ficción: El relato digital . Una nueva oportunidad para la experiencia estética. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/relato_digital/r_digital/teoria/teoria_index.htm (Julio, 2011)

121 The dialectics between the real and the virtual: The Case of PSN in Joseph E. Behar, ed., MAPPING CYBERSPACE: Social Research in the Electronic Frontier, Dowling Press, 1997

podrían ser motivo de discriminación aparecen como invisibles –pensemos en web 2.0 pero sin "exhibición" de dichos rasgos- esto parece apuntar más a rasgos adscritos que adquiridos y en esa medida desatiende toda una gama de discriminaciones no supeditadas al reconocimiento visual. En este escenario aparentemente democrático –soslayando la brecha digital y otras limitantes que relativizan la afirmación "democrática"- muchos entusiastas ya hablan de "nuevas utopías", de un "metarrelato" –a contrapelo delo sentenciado por el postmodernismo-, por ejemplo, con respecto a la constitución de inteligencias colectivas. Con todo, la red se instala como una poderosa metáfora de lo real, de la propia dinámica social y económica. Incluso en el entendido de que el ciberespacio es discreto (o discontinuo, si se prefiere) hay quienes intentan "mapear", elaborar una cartografía de la red que permite vivenciar la red como un "donde" real, metrizado con una "distancia" –ya se sabe, las distancias *online* se miden en *clicks*- , etc. Es interesante como esta perspectiva reivindica la noción de un cierto orden en la red[122]. Y da la posibilidad de "mapear" las redes de relaciones en torno de la *web* (piénsese en sociogramas a partir de los amigos de Facebook o de los seguidos y los seguidores en Twitter).

En definitiva, la red de redes como un espacio para nuevas formas de construcción social de conocimiento, y de redefinición de identidades, abre preguntas tanto en lo instrumental –referidas al soporte y a sus posibilidades operativas- como en lo semántico y lo semiótico –la construcción de nuevos sentidos, la dinámica de nuevos signos en la vida social-.

La lógica de la red como plataforma informativa (unidireccional, el usuario como espectador-receptor), se ve superada en la web 2.0 por la de comunicación bidireccional (el usuario también como creador-emisor). Ejemplos ya canónicos son Facebook (2004) y Twitter

---

[122] Ryan, Marie-Laure, Cyberspace, Cybertexts, Cybermaps , Brown University. Disponible en www.dichtung-digital.org/2004/1-Ryan.htm (Julio, 2011).

(2006)[123]:

- Los usuarios de redes sociales tienen más actividades *offline* que los no usuarios (probablemente tenga relación con el predominio juvenil entre la población usuaria).

- Alta concentración en la generación de contenido (regla 80/20 o Long Tail). Una pequeña proporción de usuarios genera una gran parte del contenido.En Twitter, p. Ej., a nivel global: el 50% de los tweets son generados por el 0,05% de los usuarios.

2.5.2 La construcción social del conocimiento hoy

La comunicación a través de las NTICs genera "externalidades" como la puesta en común del talento individual ocupando el tiempo libre, que alude a una resignificación del ocio en una perspectiva colectiva. Según Shirky, este "excedente cognitivo" se encuentra a la base de la factibilidad de "revoluciones" como las de Egipto y Túnez.

Esta mirada engarza con la concepción –algo más antigua- de Pierre Levy, en cuanto a la "inteligencia colectiva", puesta en acto en la comunicación a través de la red. Esta inteligencia se puede identificar en la lógica de construcción de los sitios wiki (Wikipedia, pero también Wikileaks).

Y ambas también permiten potenciar el "capital social", abriendo nuevas dimensiones al empoderamiento ciudadano y a su capacidad de interpelación a las instituciones públicas, con nuevas prácticas de control social de las autoridades.

El modo en que estas nuevas dinámicas sean capaces de confluir en la dirección de la mejora de la calidad de la democracia, más allá del

[123] Estadística de uso: Facebook, Mundo: 500 millones de usuarios, Chile: 7 millones de usuarios; Twitter, Mundo: 200 millones de usuarios, Chile: 1 millón de usuarios (creció en un 500% en los tres meses siguientes al 27F)

ámbito procedimental de la democracia representativa, es una de las cuestiones interesantes hacia el futuro.

2.5.3 La política en las redes sociales

Cabe considerar dos dimensiones: los políticos en las redes sociales y el ciberactivismo (O Hacktivismo, como también se ha dado en llamar).

Fenómeno Obama

3 millones de seguidores en Facebook, 121 mil en Twitter, sus vídeos en Youtube tuvieron 50 millones de visitantes y más de 3 millones de usuarios realizaron donaciones a través de la red. Se señala como una ilustración del alcance, pero sin pretender que se trate de una instancia de participación online.

Políticos chilenos

La "tuitósfera política chilena está creciendo rápidamente porque más políticos están participando de ella y porque los que antes escribían esporádicamente han, en general, aumentado la frecuencia de sus tuiteos. A su vez, "la red de relaciones virtuales entre ellos vía wister se ha densificado, pero aunque están más juntos no están revueltos" (Fábrega y Paredes, mayo 2011)

Tendencias Política 2.0

- Alta presencia en las redes pero…
- Bajo diálogo entre representantes políticos y la ciudadanía.
- Electores online como comunidades híbridas: se mueven online y también offline
- ¿Redes sociales afectan a la forma de hacer política o a la forma de hacer campaña política?
- El activismo político (ciberactivismo).

Nueva política más allá de los soportes.

- De la política de la lealtad (partido, sindicato de clase, iglesia) a la de los valores y los estilos de vida (colectivos, agrupaciones de intereses específicos, lazos débiles, "micropoder").
- No sería tanto una política "revolucionaria", sino más bien una política de visibilización.
- La acción colectiva como "egoísmo solidario"
- La Política 2.0 parecería un caso particular de esta tendencia general.

El profesor Millaleo pasa revista tanto a la experiencia internacional como a la chilena. Concretamente, se aborda con mayor o menor nivel de detalle, las experiencias de Filipinas, de la Primavera Árabe (Túnez y Egipto) y las experiencias chilenas (Barrancones, Hidroaysén, Pinguinos 2006 y movilización estudiantil en desarrollo a la fecha).

Como un elemento recurrente en los distintos casos, Millaleo releva el protagonismo de las redes sociales, que se explicaría en buena medida porque los sujetos de la rebelión han sido los jóvenes.

2.5.4 Chile: de las "paradojas de la modernización" a los nuevos movimientos sociales

Desde el Informe de Desarrollo Humano (PNUD), acertadamente titulado "Las paradojas de la Modernización", en 1998, se viene reportando una crisis de la sociabilidad en Chile. Ella encuentra expresión tanto en el bajo nivel de confianza que los chilenos manifiestan respecto de sus conciudadanos, como en relación a las diversas instituciones –particularmente las de representación política- , así como en las bajas tasas de afiliación en las distintas vertientes de la asociatividad, con énfasis en la desafección juvenil, de la política institucional (asociada, en opinión de algunos, a la pérdida del carácter épico que la política tuvo en el período previo a la redemocratización chilena), de la

sindicalización, entre otras. La tendencia de la última década ha dado cuenta de la confirmación y profundización del fenómeno, el crecimiento y la modernización –del Estado, de la economía, de las posibilidades tecnológicas- no ha tenido el debido correlato social: he ahí la paradoja que persiste.

En el último período, y de la mano del despliegue y masificación de las llamadas "redes sociales" (informáticas) se vienen generando expresiones de sociabilidad con sentido reivindicatorio, sin conexión directa con el sistema de representación política –de hecho, casi por definición-. Coordinadas a través de estas redes, las que además se instalan como un foro de debate actualizado, se han generado movilizaciones como las de Magallanes, la oposición ciudadana a Hidroaysén. A su vez encuentran antecedentes, por ejemplo, en la Revolución Pinguina del 2006 (contraria a la Ley General de Educación).

Las movilizaciones actuales evidencian un refuerzo de esta tendencia: utilización diversa de las llamadas "redes sociales" como plataformas de convocatoria y coordinación, a la par de una "sensibilidad crítica" de los canales tradicionales de expresión pública y representación política. De hecho, en ambas dimensiones la tendencia se profundiza: se empiezan a concebir "redes sociales alternativas" ("Anillo Sur" desde Chile, como "N-1" en el M15 español), independientes de las comerciales, y el cuestionamiento al stablishment se radicaliza (en el caso chileno, se retoman reivindicaciones originales de la democratización como la crítica estructural al Estado Subsidiario y la Asamblea Constituyente).

2.5.5 Prospectiva

a) De la visibilización a la toma de la palabra

Una vez lograda la visibilización online, parece colocarse en el centro la toma y el ejercicio de la palabra, de la voz en red. Esa toma de la palabra, que al decir de De Certau , renueva y actualiza la toma de la

Bastilla, en el mayo francés de 1968[124]. En ello juegan un rol las llamadas redes sociales. Es lo que el profesor Millaleo recoge de Dutton como el "quinto estado" o "quinto poder", para identificar a estas nuevas plataformas electrónicas.

Desde la perspectiva de los teóricos de movimientos sociales (Touraine, Melluci), que señalan, para dichos movimientos, la existencia de un proyecto histórico y una identidad única y permanente, las movilizaciones en curso, dada la diversidad de actores y heterogeneidad de reivindicaciones, no calzarían en propiedad con dicha noción, si no más bien con una mucho más episódica y permanentemente cambiante, como es la idea de protesta social. En ese sentido, no parece esperable la constitución de un movimiento social unitario y homogéneo, que posteriormente se traduzca en una acción política institucional.

b)Oportunidades para la mejora de la democracia: acción virtual y acción real

Si bien se evidencian propuestas antisistémicas en muchos actores –individuales y colectivos- es claro que las movilizaciones presentan oportunidades para el conjunto: accountability, democracia directa, por nombrar sólo dos elementos que se pueden instalar en el debate. Como señala el profesor Millaleo justamente las posibilidades de control social, y en un tiempo dramáticamente menor a los formatos tradicionales. Por otra parte, como hemos señalado el uso de estos nuevos medios en hibridación con el ecosistema de los medios mainstream, impacta en nuestra forma de construir conocimiento, en consonancia con lo ya señalado.

Esta mejora de la democracia arranca del diagnóstico compartido acerca de la profunda desconfianza en el sistema de representación política.

---

[124] Cito a De Certau: "En mayo del 68 nos tomamos la palabra, así como en 1789 nos tomamos la Bastilla". "La cultura de hoy consiste en hablar". Y tb. por supuesto al Hirshmann de "Royalty, Voice and Exit", donde la voz o la salida son alternativas de acción frente, por ejemplo, al "sistema"

c) Del debate tecnológico al debate social: nueva ágora y espacio para la articulación de actores

Claramente hoy el debate se centra mucho más en el mensaje que en el medio, en el contenido que en el soporte. Sin perjuicio de ello, es innegable que las redes sociales propician formatos nuevos cuyas posibilidades están directamente determinadas por las nuevas posibilidades tecnológicas. Basta con pensar en la capacidad de convocatoria y movilización en tiempos mínimos (cuyo ejemplo, en el caso de Hidroaysén, es analizado en lo que sigue por Millaleo)

Se ha vinculado este crecimiento viral a los llamados fenómenos de "inteligencia emergente" Esta emergencia se puede entender como una propiedad de los sistemas autoorganizados (Johnson[125]). Esto se refiere a la capacidad de conjuntos de elementos simples de generar, de modo conjunto, un comportamiento atribuible a elementos de nivel superior. Se puede graficar con la noción de sinergia, en que el todo es más que la suma de las partes. Esta capacidad de auto-organización remite también al hecho de que los sujetos colectivos en estas movilizaciones son cada vez más irreductibles a los designios de los líderes, son más sustantivamente democráticos y horizontales.

Millaleo señala a la Coordinación, la Información alternativa, los Significados Compartidos, la Deliberación y el Hacktivismo, como distintas posibilidades de capitalización del aporte de las redes sociales en la movilización misma.

El documento del profesor Millaleo, que a continuación se presenta, reseña este descubrimiento de la tecnología por parte de la democracia, y luego de revisar la experiencia internacional y nacional, vislumbra posibilidades de convergencia y alimentación recíproca entre la

[125] Johnson S, "Sistemas emergentes. O qué tienen en común hormigas, neuronas, ciudades y software". 2003, p.23.

institucionalidad y la participación online en nuestro país.[126]

2.6 Participación ciudadana on line: Experiencias en el Mundo y Chile[127]Salvador Millaleo H., Abogado, Ph. D en Sociología (Bielefeld)

Prof. U. de Chile, U. Diego Portales y Alberto Hurtado

En este texto nos proponemos revisar brevemente – y en una versión muy preliminar -, en primer lugar, las transformaciones políticas que pueden auspiciar las tecnologías de la información en su estado actual, sobre todo los medios sociales. Luego revisaremos las experiencias internacionales y nacionales más relevantes para identificar las formas en que se han configurado algunos de los casos de uso más visible e intenso de las tecnologías de la información en las arena políticas- como formas de participación ciudadana a través de movimientos sociales – no nos referiremos a campañas electorales o formas de gobierno electrónico. Por último, haremos algunos comentarios de las posibilidades de institucionalizar ciertas formas de participación on line.

2.6.1 La democracia encuentra la tecnología

A comienzos de este año, un artículo de Clay Shirky en Foreign Affairs resumía lo que sería una predicción del panorama de todo este año. Shirky sostuvo entonces que cuando el panorama de las comunicaciones se hace más denso, más complejo y participativo, la población conectada gana un acceso mayor a la información, más oportunidades para comprometerse en la discusión pública y una más elevada capacidad para emprender acciones colectivas. En la arena política, dichas libertades incrementadas pueden ayudar a públicos débilmente

---

[126] Cabe insistir en que el análisis de Millaleo no aborda ni el gobierno electrónico, ni la utilización de las rede las redes sociales en campañas políticas.

[127] Salvador Millaleo H., Abogado, Ph.D en Sociología (Bielefeld), Prof. U de Chile, U. Diego Portales y Alberto Hurtado.

coordinados a demandar un cambio político (2011a). En el debate con Evgeny Morosov sobre Irán, Shirky debió admitir que su tesis de que el valor de red de los medios sociales estaba transformando el balance de poder en dirección a los ciudadanos, debía ser atemperada en casos como el de Irán, en la que es posible que esa transformación sea contenida por el control intermitente (event-control) del régimen sobre las redes sociales y la telefonía celular, como en Myanmar (Shirky, 2011b). Sin embargo, Clay Shirky insiste en que los medios sociales alteran la esfera pública, de manera que donde el poder estatal logra oprimirla, esto sucede sólo mediante una fuerte reacción frente a la capacidad de los ciudadanos de expresarse públicamente y coordinarse más rápido y a mayor escala que antes cuando dichos medios no existían (Gladwell & Shirky, 2011).

Con dichas aseveraciones, Shirky pretende asentar la idea general de que las redes sociales y, en general, las plataformas de participación electrónica, mejoran substancialmente la calidad de la democracia donde ella existe y permiten avanzar hacia ella donde no existe. La perspectiva de Shirky y de otros entusiastas de la participación a través de las tecnologías de la información consiste en la reivindicación de la democracia participativa. De acuerdo al filósofo francés, Bernard Stiegler toda vida política es participativa, porque todos los ciudadanos están en principio habilitados jurídicamente para participar en las decisiones públicas (Stiegler, 2007: 15). Sin embargo, las formas de democracia representativa asociadas a la construcción política moderna han sido criticadas como una forma de reducir, cosificar, congelar y limitar la participación. Frente a ellas, desde Rousseau en adelante, se yergue el concepto de la democracia participativa el cual consistiría antes en un autogobierno de los ciudadanos que en un gobierno en nombre de los ciudadanos. La democracia participativa supone que las preferencias de los ciudadanos no se pueden agregar mecánicamente sino que ellas se configuran (y transforman), así como las formas de conocimiento social y en general los significados sociales de la vida en común, en procesos de interacción que no se limitan ni a las elecciones ni a encuestas. De acuerdo a Benjamin Barber, corresponde a una

democracia fuerte aquella que reside en el autogobierno de una comunidad de ciudadanos que están unidos no por la homogeneidad de intereses comunes, sino que por su educación común, y que son capaces de abrigar propósitos comunes y de emprender acciones recíprocas gracias a sus actitudes cívicas e instituciones de participación (Barber, 1984: 117).

William Dutton describirá el poder de las plataformas electrónicas de participación mediante el concepto de quinto estado. Este quinto estado o quinto poder, da cuenta de una transformación en la distribución del poder en las sociedades modernas, en cuanto, junto a los tres estados que fueron convocados a los Estados Generales de 1789, en el siglo XIX se habrían instalado los medios de prensa como un poder independiente y en el siglo XXI los nuevos medios construidos sobre la base de Internet y el resto de las tecnologías de la información como otro poder diferente. Estas tecnologías reconfigurarían las fuentes alternativas de información, el acceso al pueblo y a otros recursos.

Los individuos interconectados tienen la capacidad de moverse a través de las instituciones, socavarlas e ir más allá de sus límites. Esto se condice con el incremento de la accountability de los políticos, la prensa, los expertos y otros lugares de poder e influencia (Dutton, 2009). Las tecnologías de la información tienen así la capacidad de apoyar a las instituciones e individuos para mejorar su poder comunicativo mediante el soporte a las oportunidades de conectarse dentro y más de las variadas arenas institucionales. Por otro lado, las tecnologías de la información proveen las capacidades de creación de redes de individuos. Dos importantes efectos políticos especiales de la Web 2.0 son los siguientes:

- En primer lugar, las plataformas de la Web 2.0 cambian la manera en que hacemos las cosas, cómo obtenemos la información y cómo adquirimos los servicios y acceso a las tecnologías.

- En segundo lugar, estos usos pueden alterar los resultados de estas actividades. Esto cambia la manera en que nosotros conocemos, a quien conocemos, a quien tenemos cerca y que

servicios obtenemos.

Las redes tienen la capacidad de reconfigurar el acceso dándole mayor o menor control a los usuarios (ciudadanos, observadores, lectores y consumidores). Las redes digitales posibilitan que los movimientos políticos sean orquestados entre líderes de opinión y activistas políticos en un tiempo muy veloz, el cual pude ser mucho más rápido que el tiempo del mundo real. Esto provee de nuevos medios para hacer responsables a los políticos y las instituciones hegemónicas a través de la interacción on line entre redes siempre cambiantes de individuos que se forman y reforman continuamente dependiendo del tema que está generando esa red particular.

Una de las reflexiones más interesantes que hace Dutton consiste en la contraposición del quinto Estado con los otros cuatro, en el sentido que los demás lo amenazan de diversas maneras. Los otros poderes los expertos e intelectuales (clero), las elites económicas (nobleza), los gobiernos (comunes) y los medios de masas procuran desempoderar al quinto Estado. Los primeros mediante la defensa corporativa y el cierre a las oportunidades para la web a la que desprecian como cultura amateur. Los poderes económicos mediante la concentración y comercialización de los espacios de la red. Los gobiernos mediante la regulación y la censura. Los medios mediante la cooptación, la imitación y la competencia.

Sería un error comprender las capacidades políticas de Internet y los medios sociales como eventos aislados, sino que sólo cabe considerarlos como complejos procesos de la vida de una esfera pública de índole completamente nueva – o mejor dichos de un conjunto de nuevas esferas públicas. La tesis de Yochai Benkler indica que es posible la creación de esferas públicas interconectadas debido a dos elementos que aportan las tecnologías de la información, a saber, una arquitectura distribuida y la eliminación de de los costos de comunicación (Benkler, 2006: 212). En cuanto a lo primero, hay un desplazamiento desde una arquitectura concentrada con vínculos unidireccionales hacia una

arquitectura con conexiones multidireccionales entre todos los nodos del entorno de información interconectada. El segundo elemento es la práctica eliminación de los costos de comunicación como una barrera para las conversaciones a través de las fronteras de asociación. Estas dos características han alterado fundamentalmente la capacidad de los individuos de actuar en conjunto con otros, convirtiéndolos en capaces de ser participantes activos en múltiples esferas públicas antes que lectores, escuchas o espectadores pasivos de una sola.

Para Benkler se trata de un cambio cualitativo en el cual es posible la experiencia de ser un potencial hablante antes que un simple votante o auditor, de manera que los individuos que se autoperciben como activos participantes pueden reorientar la manera en que ven los eventos de su vida cotidiana. Esto implica también un cambio cuantitativo, ya que un conjunto mucho mayor de actores se perciben a sí mismos como potenciales participantes en el discurso público y actores en la arena política.

Esto cambia el poder de los medios de comunicación. Modifica definitivamente la forma en que se procesan las opiniones de los demás. En primer lugar, afecta el filtro que hacen los medios, en el sentido de quien, para quien y cómo se filtra. También afecta la forma en que los posicionamientos de las opiniones son realizadas, sea por la amplificación que se hace por los medios tradicionales o por la directa organización al nivel en se que alcanza un punto de relevancia y visibilidad en el proceso político.

Cabe destacar que los jóvenes son uno de los grupos sociales más importantes en cuanto a dichas transformaciones. Las tecnologías de la información mueven a la gente joven fuera del ámbito de influencia de los métodos tradicionales de socialización, como las culturas familiares, el sistema educacional y los medios de comunicación hegemónicos, proveyéndoles nuevas - y siempre crecientes - opciones de identificación. Dichas tecnologías producen cambios cualitativos importantes en las experiencias cotidianas de los usuarios jóvenes, incorporándose a sus rutinas diarias y estilos de vida. En esa interacción

entre vida cotidiana y tecnología, se diluyen las fronteras entre vida material y virtual en la formación de nuevas identidades, conformando identidades tecno-sociales, en las cuales las tecnologías no son sólo instrumentos, sino formas de ser, portadoras de nuevos valores y sensibilidades (Holmes/Russell, 1999),

2.6.2 Experiencias internacionales

Para estos efectos hemos seleccionado los casos de EDSA II en Filipinas y las revoluciones de la Primavera Árabe en Túnez y Egipto. Esta selección no es exhaustiva pero repara en dos casos conocidos por su éxito y visibilidad. De cualquier modo, debe hacerse presente que por cada caso exitoso de activismo o participación digital, existe un numeroso conjunto de iniciativas que fracasaron o tuvieron resultados más bien modestos.

Filipinas: EDSA II, Web 1.0 + SMS.

En 1998 fue lanzado en las Filipinas el SMS por los proveedores de servicios de telefonía móvil. El servicio fue en principio gratuito, pero después de su rápida expansión, se cobraba una tarifa de 1 peso filipino por SMS (aprox. US$0.023), permaneciendo mucho más barato que las llamadas telefónicas. Debido a ese bajo precio, alrededor de 5 millones de filipinos tenían un celular en 2001. Los filipinos usaron los SMS también para expresar sus opiniones políticas, convirtiéndose en una poderosa herramienta durante la rebelión popular llamada EDSA II, que derribó del poder al Presidente Joseph Estrada, quien fue responsabilizado de corrupción política.

En Filipinas, a fines de 2000 y hasta comienzos de 2001, se desarrolló un proceso político en el cual los ciudadanos usaron diferentes formas de democracia digital para sacar al Presidente Joseph Estrada de su cargo. Miles de personas protestaban contra el gobierno y conectados por teléfonos celulares y reunidos mediante e-mails y páginas web.

En 2000 algunos activistas empezaron una campaña para recolectar 1

millón de de firmas para exigir la renuncia del Presidente enviándoselas al e-mail del Presidente. Uno de los sitios líderes era eLagda.com llevado por Vicente "Enteng" Romano III. Aunque nunca fue conseguido este objetivo, se reunieron más de 1 millón de personas entre el 16 y el 20 de Enero de 2001, en una de las estaciones de la línea del metro más grandes de Manila, después de que el Impeachment en contra de Estrada fuera abortado por 11 Senadores que actuaban bajo influencia del Presidente. Cerca de 150 mil personas que entraron en el palacio presidencial, de manera que el Presidente Estrada renunció a fines de Enero de 2001.

Posteriormente, se transformó el sitio eLagda.com en un sitio para investigar fraude y corrupción permitiendo a los ciudadanos reportaSalvador Millaleo H., Abogado, Ph.D en Sociología (Bielefeld), Prof. U de Chile, U. Diego Portales y Alberto Hurtado. r acosos y corrupciones de los funcionarios públicos. En segundo lugar, el grupo se avocó, en colaboración de la fundación FREE3 (Filipinos for Reform and Empowerment Through Education, Entrepreneurship and Electronic Media Foundation) a crear el sitio www.ebantay.com, para informar a los votantes en la próximas elecciones. Finalmente, se dedicó a una campaña sostenida para conseguir derecho a voto para los trabajadores filipinos en el extranjero.[128]

Primavera Árabe en Túnez: Jóvenes + Ecosistema de Medios (Redes Sociales + Móviles + TV)

Las recientes protestas y quiebres políticos en los regímenes de Túnez y Egipto han sido conocidas como la primavera árabe (*"Rabee3 el Arab"*), la revolución del Jazmín, aunque también como las revoluciones de Twitter y Facebook, debido al extendido uso del contenido generado por el usuario a través de de las redes sociales más grandes , que son Twitter y Facebook. Las comunicaciones políticas en realidad involucraron no sólo a las redes sociales sino en general a las

[128] http://www.philstar.com/Article.aspx?articleId=84384**[consulta: 20 Agosto 2011]**

tecnologías de la Web 2.0, incluyendo blogs, podcasts, comentarios en foros de Internet, video clips y mensajes de texto. Dentro de ellas fueron muy importantes las comunicaciones móviles en cuanto ellas permitieron a los involucrados y testigos de las protestas reportar los eventos en vivo o con mucha velocidad (Comninos, 2011). Los usuarios de Facebook en Egipto son 4.121.460 (5,213 % de la población) y en Túnez son 1.708.700 (16,379 %).[129]

En años anteriores, la represión y la corrupción habían socavado el potencial de movilización de las protestas políticas en los regímenes autoritarios del Norte de África. La estabilidad, especialmente el crecimiento económico en el caso de Túnez, lograba la aceptación de la población. Por otra parte, dichos regímenes bloqueaban la acción colectiva de los disidentes mediante un conjunto de recursos destinados a suprimir la oposición y atomizar a la sociedad, especialmente con ataques o supresión de las libertades personales, de información, asociación, y expresión. Esta fue la necesidad que los medios sociales y la telefonía celular vinieron a llenar, en el sentido de proporcionar plataformas de libre expresión que estuvieran fuera de los mecanismos usuales de represión y censura de los autoritarismos. Es por ello, que las redes sociales no sólo permitirán la deliberación, coordinación y movilización de las protestas de 2011, sino que las simbolizarán como los medios que escaparon del control autoritario.

El relativo anonimato y la espontaneidad de dichas plataformas permitieron y representaron un escape posible del control y la represión, de manera que explican, aunque no exclusivamente, pero sí más que cualquier otro factor, el éxito de las protestas (Bellin, 2011:4).

En Diciembre de 2010, en el pequeño pueblo de Túnez llamado Sidi Bouzid, el joven vendedor de verduras altamente educado – pero empobrecido - Mohammed Bouazizi se autoinmoló en fuego como reacción a que la brutalidad policíaca lo había golpeado y había

[129] http://geographics.cz/socialMap [consulta en agosto de 2011]

destruido sus medios de subsistencia y confiscado sus productos, a través de los cuales durante años había sostenido a su familia. Después de que le denegaran una entrevista con oficiales del gobierno local, se prendió fuego y murió semanas después en un hospital. Producto de este acto comenzaron protestas en ese poblado, luego en todo Túnez y en el resto del mundo árabe. Los filtros que el gobierno tenía sobre Internet bloquearon mucho contenido en Youtube, pero en un principio Facebook y Twitter no fueron bloqueados y quedaron libres para la deliberación y coordinación de la sociedad civil.

Aunque relativamente pocos tunecinos tenían cuenta en Twitter, esto no impidió las comunicaciones, debido a que dentro de ellos estaban experimentados activistas que conocían como usar los nuevos medios. Dentro del día siguiente a la inmolación de Bouazizi, ya estaban organizados en un hashtag de twitter común. Las protestas siguientes en el poblado de Bouazizi pudieron ser seguidas en el hashtag *#siddibouzid*.

Dentro de las siguientes dos semanas, las protestas se comenzaron a expandir a las regiones más prósperas del país, incluyendo las ciudades de Sfax y Túnez. Entonces, el movimiento se empezó a propagar como un virus, abarcando a cada vez más gente. El foco de la comunicación se trasladó entonces a facebook, que era mucho más popular que twitter en Túnez entonces. La comunicación de facebook fue mucho más visual – mediante fotos y videos – y movilizó las emociones de los ciudadanos.

En dicho momento fue, cuando el resto del mundo comenzó a hacerse eco de las protestas tunecinas y a reflejar en sus propias comunicaciones la situación de Túnez en ese momento, lo cual revertía la percepción que los tunecinos empezaron a tomar de sí mismos en un verdadero efecto de espejos. La organización con base en Holanda, nawaat.org posteó videos originados en facebook en su blog, donde otros activistas los tomaban y difundían por todos los canales imaginables, de manera que la amplificación de las protestas fue mucho más allá que la comunidad tunecina. La cadena de TV satelital y cable Al Jazeera

empezó a tomar videos posteados y a transmitirlos a una audiencia masiva, lo cual ayudo a expandir los mensajes de protesta mucho más allá del joven público de los medios sociales.[130]

En el momento culminante, cuando Ben Ali se preparaba a huir de Túnez, y la policía comenzaba a retirarse de las calles, los medios sociales permitieron que la situación no descendiera al caos, posibilitando que los ciudadanos se organizaran para proteger sus barrios y deteniendo los rumores de inseguridad y vandalismo.

El activista Rim Nour, ha indicado que la revolución tunecina, en realidad es un levantamiento conducido por el pueblo debido a condiciones socio-políticas y económicas, y no simplemente al rol de las redes sociales.[131] Las causas fundamentales son el desempleo, la corrupción y la represión. Ben Wedeman, un reportero de CNN twiteó que *"Nadie con quien haya conversado en Túnez hoy mencionó twitter, facebook o wikileaks. Todo fue sobre desempleo, corrupción y opresión."* La revolución tunecina no estuvo vinculada a nada que pueda encontrarse exclusivamente en Internet, pero sus raíces estuvieron definitivamente allí.

En ese sentido, existió una interacción plena entre el mundo virtual y el real antes que una contraposición, en lo cual las redes sociales y los teléfonos celulares mantuvieron la comunicación accesible para el movimiento social. A ellos hay que agregar la señal en vivo de Aljazeera.net que permitió a las audiencias globales experimentar rápidamente los sucesos. En conjunto, la función de estos nuevos medios en la revolución tunecina, Nour la sintetiza de la siguiente manera:

---

[130] http://techpresident.com/blog-entry/how-social-media-accelerated-tunisias-revolution-inside-view **[consulta: 20 Agosto 2011]**

[131] http://gov20.govfresh.com/a-tunisian-on-the-role-of-social-media-in-the-revolution-in-tunisia**[consulta: 20 Agosto 2011]**

- Movilización de base, especialmente a través de Facebook.

- Organización del levantamiento de la sociedad civil y de una ciudadanía activa. Los ciudadanos usaron las plataformas web 2.0 para identificar la posición de los francotiradores, policías y saqueadores y para alertar a los otros de violencia, así como limpiar las calles, proteger las tiendas y organizar líneas de suministro de víveres básicos. Cuando los bloggers, activistas o artistas comprometidos fueron puestos bajo custodia, los activistas de los medios sociales cambiaron su énfasis a la necesidad de liberarlos. Cada vez que el Presidente Ben Ali hablaba, los ciudadanos escribían masivamente demostrando espontáneamente su acuerdo acerca de que las protestas siguieran adelante.

- Contradecir los rumores y la propaganda gubernamental, por ejemplo sobre agua contaminada o sobre desmanes o disparos masivos en un lugar. Así también demostraron la artificiosidad de los eventos de apoyo al gobierno supuestamente masivos o que era seguro salir a demostrar mientras que el gobierno decía que había mucha violencia y saqueos.

- Ayudar a analizar las declaraciones del gobierno: Los ciudadanos deliberaban acerca de las declaraciones del gobierno en televisión y evaluaban si satisfacían sus demandas o no. Por ejemplo, cuando el primer ministro intentó invocar la Constitución, abogados y otros activistas fueron capaces de demostrar inmediatamente que estaba citando una parte equivocada de ella. Twitter, pese a los bloqueos de diversos puertos de Internet continúo funcionando. El gobierno, a pesar, de bloquear numerosos sitios, conexiones de Internet y de telecomunicaciones, no pudo detener la rebelión.

Los tweets informaban de las muertes de vecinos, las fotos capturadas en los celulares sobre la brutalidad policíaca. En facebook se señalaba

que el Presidente había estado demasiado tiempo en el poder, etc. De esa manera se informaba, deliberaba y cultivaban emociones colectivas.

Jan van Till indica que en Túnez los medios sociales demostraron que no funcionan sólo como un medio de distribución de información, sino como una plataforma de vinculación social de una comunidad a través de una comunicación recíproca simultáneamente intensa y rápida destinada a alcanzar objetivos comunes (Van Till, 2011). A través de las redes sociales y Al Jazeera, los manifestantes sabían que sus mensajes serían escuchados y vistos por audiencias muy grandes a lo largo de todo el mundo, lo cual ayudó a la gente joven a salir de la pasividad y el miedo imbuido por años. El mundo entero puso sus ojos sobre el dictador Ben Ali, y empezó a ejercer presión sobre él.

El rol propio de los medios, además de comunicar, fue transparentar una situación al mundo, de una manera en la que la violencia de la dictadura ya no puede ser oscurecida o filtrada.

El gobierno tunecino procuró capturar la información de las cuentas de facebook en las corrientes de información, para identificar a las personas involucradas.[132] Facebook determinó el 5 de Enero de 2011 que los proveedores de servicios de internet tunecinos estaban haciendo correr un software que hackeaba y guardaba la información de los usuarios cuando estos ingresaban en sus cuentas. El equipo de facebook decidió tomar cartas en el asunto e implementar dos respuestas técnicas: Primero, todos los requerimientos para facebook fueron enrutados a un servidor https que encripta la información enviada a través suyo; segundo, una barrera de seguridad (roadblock) para aquellos que hubieran salido de sus cuentas y luego vuelvan mientras el malware estaba corriendo, la cual consistía en hacer identificar a los amigos en las fotos para reingresar a la cuenta.

---

[132] http://www.theatlantic.com/technology/archive/2011/01/the-inside-story-of-how-facebook-responded-to-tunisian-hacks/70044**[consulta: 20 Agosto 2011]**

Twitter, pese a los bloqueos de diversos puertos de Internet continúo funcionando. El gobierno, a pesar, de bloquear numerosos sitios, conexiones de Internet y de telecomunicaciones, no pudo detener la rebelión.

Primavera Árabe en Egipto: Jóvenes + Ecosistema de Medios

En cuanto a Egipto, a fines de Enero de 2011 fue creada una página facebook que, inspirada en al caída del gobierno tunecino, llamaba a la gente a levantarse el 25 de Enero en contra del régimen de Hosni Mubarak. Dicha página fue aceptada por más de 90.000 usuarios. El día 25, cientos de miles de personas salieron a manifestarse en contra de la corrupción, pobreza y métodos de opresión y tortura del gobierno de Mubarak. El llamado de facebook fue acompañado de mensajes de texto y las vías tradicionales del activismo de base mediante volantes, conversaciones entre parientes y amigos.

El ejecutivo de Google, Wael Ghonim, empezó en Junio de 2010 una pTwitter, pese a los bloqueos de diversos puertos de Internet continúo funcionando. El gobierno, a pesar, de bloquear numerosos sitios, conexiones de Internet y de telecomunicaciones, no puTwitter, pese a los bloqueos de diversos puertos de Internet continúo funcionando. El gobierno, a pesar, de bloquear numerosos sitios, conexiones de Internet y de telecomunicaciones, nTwitter, pese a los bloqueos de diversos puertos de Internet continúo funcionando. El gobierno, a pesar, de bloquear numerosos sitios, conexiones de Internet y de telecomunicaciones, no pudo detener la rebelión. o pudo detener la rebelión. do detener la rebelión. ágina en facebook el día de la muerte de Khaled Said. Khlaed Said fue arrastrTwitter, pese a los bloqueos de diversos puertos de Internet continúo funcionando. El gobierno, a pesar, de bloquear numerosos sitios, conexiones de Internet y de telecomunicaciones, no pudo detener la rebelión. ado fuera del café Internet en que estaba en la ciudad de Alejandría por la policía y golpeado hasta la muerte por haber obtenido evidencia de la corrupción policial y haberla puesto en youtube. Entonces Ghonim creó la página llamada "Todos somos Khaled Said", con fotos de su celular del rostro

de Said Twitter, pese a los bloqueos de diversos puertos de Internet continúo funcionando. El gobierno, a pesar, de bloquear numerosos sitios, conexiones de Internet y de telecomunicaciones, no pudo detener la rebelión. en la morgue, contradiciendo las versiones oficiales sobre la muerte de Said. La página llegó a tener más de 500.000 seguidores. Como Ghonim, otros usaron facebook para informar sobre arrestos erróneos o ilegales y las torturas en los centros de detención. Ghonim, al momento de empezar las protestas fue arrestado y encerrado con los ojos vendados por 10 días. Otros ciberactivistas y bloggeros fueron arrestados.

Los periodistas usaron twitter para reportear mediante observaciones directas en tiempo real. Luego subieron links a sus relatos, fotos, videos y blogs. Los contenidos de facebook fueron redistribuidos por e-mails. Las distintas redes sociales tuvieron roles diversos en Egipto. Rafat Ali, fundador de paidcontent.org dice que facebook ayudó a organizar a la gente, coordinando sus formas y tiempos de reunión de manera precisa, en tanto twitter actuó como un amplificador, permitiendo a los ciudadanos compartir noticias y comentarios en tiempo real.[133]

Al Jazeera jugó un rol muy fuerte posteando videos y fotos que fueron difundidos después por otros medios. Los ciudadanos egipcios contribuyeron a las noticias mediante sus tweets, los que fueron divulgados después por bloggeros, generando lo que CNN llamó I-Reports. También fue muy importante el canal de youtube "freegypt".

El gobierno de Mubarak ordenó a los proveedores de telefonía móvil enviar mensajes para requerir el apoyo de sus seguidores. Luego el gobierno desconectó las redes 3G y en general los servicios de Internet. Egipto abrió una nueva etapa al bloquear el acceso a las líneas telefónicas móviles en las zonas en las que se reúnen miles de

---

133 http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703786804576137980252177072.html?mod=ITP_opinion_0 **[consulta: 20 Agosto 2011]**

manifestantes para protestar contra Hosni Mubarak. También se bloqueó Facebook, la página de Blogspot, el Chat de Google Talk y el sitio sueco de videos para móviles Bambuser. Twitter fue, sin embargo, el principal objetivo de la dictadura egipcia, que lo hizo inaccesible en el país. A pesar de ello, muchos mensajes siguieron apareciendo bajo los hashtags #Jan25 y #cairo, gracias al uso de proxis y de las herramientas de camuflaje como Tor.

Cuando se bloquearon las redes twitter y facebook, los ciudadanos buscaron acceder a ellos mediante los teléfonos móviles y usando aplicaciones de terceros como Hootsuite y TweetDeck. Frente a la confiscación de cámaras de video, los periodistas y ciudadanos usaron las aplicaciones de sus celulares para grabar audio y video y los postearon en twitter. El New York Times transmitió videos a través del satélite. Los jóvenes egipcios hicieron correr la voz acerca de cómo acceder a Internet vía modems. Cuando esa posibilidad también quedó bloqueada, la alianza entre Google y Twitter permitió crear un servicio de "Speak to Tweet", abriendo 3 líneas telefónicas en EE.UU., Italia y Barhein para que los egipcios pudieran tuitear en forma de mensajes de voz.

Las limitaciones que el gobierno egipcio trató de imponer a la libertad de expresión no lograron afectar a la esfera pública surgida de las redes sociales, puesto que ella se nutrió del reflejo de los asuntos egipcios en las redes sociales de los otros países árabes.

Anonymous, el grupo de hacktivistas organizado para atacar gobiernos que limitan la libertad de Internet, participó también de la revuelta tumbando algunas páginas de las administraciones egipcias.

Claudette Artwick llamó a los fenómenos de Egipto la manifestación de un matrimonio entre la tecnología y el comportamiento, la tecno-socialidad, y que ha actuado en distintos niveles en los sucesos egipcios, como en la organización y coordinación de las protestas, la cobertura de los medios y la difusión de las noticias, la confrontación del intento del gobierno de controlar los medios sociales (Bohler Muller/Van der Merwe,

2011: 5). Tal como en Túnez, las revueltas en Egipto no reemplazaron la presencia colectiva material por la virtual, sino que crearon una relación entre ellas en un contexto de un sistema político y mediático cerrado.

Los medios sociales en el caso de Egipto actuaron primero como catalizadores de una situación que se estaba gestando hace bastante tiempo. Sin embargo, cabe reconocer que ellos aceleraron, fortalecieron y ayudaron a escalar, en conjunto al completo ecosistema de medios que intervino – desde TV hasta el e-mail – las comunidades de personas que fueron políticamente activas durante dichos sucesos. De esa manera no se puede negar su capacidad de empoderamiento. Por supuesto, la caída del tunecino Ben Ali fue un detonante para la crisis política en Egipto a la manera de un verdadero efecto dominó en el mundo árabe, cuyas consecuencias – tras la derrota de Gadhafi - parecen aún no querer terminarse. El activismo on line de jóvenes opositores a Mubarak actuó, tal como en Túnez para disipar los temores asentados de la población y genero autoconfianza en la población, lo cual fue reforzado por el efecto de la acción de Al Jazeera que permitió socializar los mensajes de las protestas entre las generaciones mayores. Fue decisiva la cooperación entre personas con diversidad religiosa y diferentes identidades culturales.[134]

Tal y como en Túnez la expansión de las protestas fue un fenómeno viral, pero no en un sentido puramente virtual, sino en una alianza entre interconexiones cara a cara y virtuales. El resultado de esa alianza fue un gran movimiento de observadores y testigos activos in situ, bloggers y tuiteros, en complementación con algunos pocos periodistas, fotógrafos y camarógrafos profesionales que no fueron arrestados o retenidos para informar sobre los hechos. Por otra parte, pequeños pero numerosos grupos de usuarios de teléfonos móviles usaban los celulares

---

[134] Mona Eltahawy "We've waited for this revolution for years. Other despots should quail"- Change is sweeping the Middle East and it's the Facebook generation that kick-started it, guardian.co.uk, Tuesday 29 January 2011

para coordinar los movimientos de protestas, vigilar a la policía. Tal y como en Túnez, se organizaron mediante las redes sociales y los celulares grupos voluntarios de seguridad que distribuían comida, prevenían los saqueos y la criminalidad y distribuían ayuda médica a los heridos.

2.7 Experiencias en Chile

En los últimos años el crecimiento de las redes sociales, ha redibujado el panorama de la participación on line en Chile. De acuerdo a una encuesta de Comscore y IAB Chile, a noviembre de 2010, el 91 % de los chilenos conectados a Internet utiliza algún tiempo para redes sociales. En Chile, en la actualidad hay 7.115.400 cuentas de Facebook (50,309 % de la población).[135]

2.7.1 Punta de Choros y Barrancones: Campaña + Redes Sociales

Uno de los acontecimientos que marcó la historia del uso de dichas redes en Chile fue el caso de Punta Choros. Esta localidad se ubica a corta distancia de las ciudades de Coquimbo y La Serena, en la IV región. Allí se buscaban realizar varios proyectos energéticos que contemplaban la construcción de 3 centrales termoeléctricas de la empresa franco-belga GDF Suez Energy: Barrancones, Cruz Grande y Farellones.

Los impactos posibles de esas centrales involucraban poblaciones cercanas. Por otra parte, muy cerca se ubican las reservas marinas de las Islas Choros, Damas, y de Chañaral, y de la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt, en donde se encuentran más de 800 especies animales y el 70% son endémicas. En ellas habita el 80% de la población mundial de pingüinos de Humboldt[136]

---

[135] http://geographics.cz/socialMap **[consulta: 20 Agosto 2011]**

[136] Punta de

El 24 de Agosto de 2010, la Comisión Regional del Medio Ambiente (Corema) de la IV región aprobó por 15 votos a favor y 4 en contra, el proyecto para construir el proyecto de centrales termoeléctricas a carbón "Barrancones" en la caleta de Chungungo, al sur de Punta de Choros, comuna de La Higuera. Algo interesante de esta medida fue que, durante la campaña electoral presidencial del año anterior, el actual Presidente había prometido no realizar dicho proyecto.[137]

De manera inmediata después de la aprobación de Barrancones, miles de chilenos se manifestaron en contra de ella en las redes sociales. El proyecto se había aprobado a las 11:00 de la mañana y durante las 8 horas siguientes las redes sociales, especialmente Twitter y Facebook, sirvieron de plataforma para manifestar las críticas al proyecto y para la convocatoria a marchas y manifestaciones callejeras a propósito en todo el país. La primera actividad ocurrió en las afueras de la Intendencia de la Región de Coquimbo, apenas minutos después de ser aprobado el proyecto, donde cerca de mil personas manifestaron improvisadamente su rechazo a la central.[138] Más de 1000 personas se juntaron en la Plaza Sotomayor en Valparaíso y marcharon hasta el Congreso Nacional. En el centro de Santiago, a las 19:00 hrs. se congregaron más de 3000 manifestantes, incluyendo a algunos parlamentarios y líderes sociales, para protestar contra la central, siendo la manifestación reprimida por la policía bajo pretexto de que no estaba autorizada la convocatoria.[139]

Choros.**<**http://www.chaopescao.cl/conflicto.php?tab=punta_de_choros>**[consulta: 04 julio 2011]**

137 Logran redes sociales "salvar" reserva marina en el norte de Chile: http://cl.globedia.com/logran-redes-sociales-salvar-reserva-marina-norte-chile**[consulta: 04 julio 2011]**

138 Punta de Choros: Chilenos acuden a las redes sociales para manifestar su descontento, **[en línea]** El Mercurio,Miércoles, 25 de Agosto de 2010, Santiago, Chile. http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2010/08/25/432526/punta-de-choros-chilenos-acuden-a-las-redes-sociales-para-manifestar-su-descontento.html**[consulta: 04 julio 2011]**

139 Miles llegan a convocatoria flash: Policía reprime con extrema violencia marcha para salvar Punta Choros, **[en línea]** The Clinic, 24 de Agosto de 2010, Santiago,

En cuanto a la dimensión tecnológica, en Twitter, la actividad de los críticos de la central discurrióen el hashtag #salvemospuntadechoro. El nivel de actividad fue tan alto que el término "termoeléctrica" se convirtió por algunos minutos en un *trendingtopic*, es decir, uno de los tópicos más comentados en la red Twitter a nivel mundial. Los usuarios de Facebook también se manifestaron y con casi tres mil seguidores, el grupo "No a las la cuarta región"difundió las actividades de protesta y sirvió de portal informativo. También las páginaswww.salvemospuntadechoros.org/, así como las de Codeff, Oceana y Greenpeace difundían esas informaciones. Junto a ello hay que destacar la campaña audiovisual de Chao Pescao que explicaremos más adelante. Además, el miércoles 25 de Agosto de 2010 el grupo Bohemios Hackers Team realizó un defacement de la web de la CONAMA(Comisión Nacional del Medio Ambiente), substituyendo su portada por el video de Chao Pescao.[140]

Se había convocado a otra manifestación masiva el 28 de Agosto, pero el Gobierno anunció que se iba a construir la central en otra parte el día 26 de Agosto. El Presidente Piñera, envío un Tweet – un mensaje - en su cuenta Twitter señalando: "Hemos logrado una gran solución para proteger santuario naturaleza punta de choros, isla damas y gabiotas (*sic*), para nuestra y futuras generaciones"**.**[141]

En la dimensión social, hay que recalcar que, a pesar de la espontaneidad de la actividad de las redes sociales existieron grupos bien organizados que desde hace algún tiempo habían estado haciendo

---

Chile.http://www.theclinic.cl/2010/08/24/miles-congregados-en-convocatoria-flash-policia-reprime-con-extrema-violencia-marcha-para-salvar-punta-choros**[consulta: 04 julio 2011]**

140 Chile: hackean página web de la CONAMA en defensa de Punta de Choros. http://www.pateandopiedras.com/2010/08/chile-hackean-pagina-web-de-la-conama-en-defensa-de-punta-de-choros**[consulta: 04 julio 2011]**

141 Borrado 10 minutos después, cuando ya era tema. Casa de citas: Piñera sarbó a gabiotas, **[en línea]** The Clinic, 27 de Agosto de 2010, Santiago, Chile: http://www.theclinic.cl/2010/08/27/casa-de-citas-pinera-sarbo-a-las-gabiotas**[consulta: 04 julio 2011]**

críticas y observaciones al proyecto, así como también que las manifestaciones recibieron el apoyo y asistencia de un movimiento ecologista con una larga trayectoria en convocatorias ciudadanas en torno a conflictos ambientales.

Las autoridades de la zona junto a dirigentes gremiales de los pescadores artesanales formaron el Movimiento en Defensa del Medioambiente (MODEMA) de la comuna de La Higuera para rechazar la construcción de la central por su impacto medioambiental y en la salud humana de las poblaciones cercanas. Este movimiento estaba vinculado al proyecto de la Corporación Participa Incide/Poder Ciudadano, cofinanciado por la Unión Europea y Open Society Institute para el período 2010-2011 y que busca apoyar a diversas organizaciones de la sociedad civil chilena con el fin de fortalecerlas en su derecho de participación ciudadana, especialmente expresado en el de acceso a la información pública.

MODEMA venía organizando y realizando una campaña de rechazo a la medida desde hace algún tiempo antes de su aprobación. Ya en 2007, MODEMA se había propuesto como objetivo específico que no se instalaran centrales termoeléctricas en las cercanías de Punta de Choros.

Producto de su alianza con el programa Incide de Participa, MODEMA tuvo una valiosa asesoría para elaborar una estrategia a objeto de impedir la construcción de las centrales. De acuerdo a Andrea Sanhueza, MODEMA desarrolló y fortaleció una estrategia de alianzas, incluyendo, además de Participa, organizaciones sociales como la Asociación Gremial de Pescadores de Punta de Choros, el Sindicato de Pescadores de Caleta Hornos, la Asociación de Regantes de Los Choros, así como al Departamento de Biología Marina de la Universidad Católica del Norte y a organizaciones medioambientales de nivel local, regional y nacional: Línea Verde, Red Ambiental del Norte. Codeff, Green Peace y Fundación Oceana, entre otras. Oceana fue uno de los grandes voceros y soportes de argumentación en términos científicos del rechazo a las centrales (Sanhueza, 2010).

Activistas ecologistas subieron el portal salvemospuntadechoros.org y crearon una campaña comunicacional Chao Pescao, con el sitio www.chaopescao.cl, donde se puede aún encontrar una detallada descripción del conflicto. Parte de la campaña fue la creación de un documental yse un video en el cual reconocidos actores, periodistas y músicos nacionales manifestaban su rechazo a las centrales termoeléctricas. El video y el documental obtuvieron gran atención mediante las redes sociales y se difundió rápidamente por Youtube, mientras era obviado en los medios tradicionales. Sin embargo, la popularidad de esos materiales audiovisuales en las redes sociales se multiplicó tan rápida y ampliamente que los medios mainstream terminaron incluyéndolos en sus informativos.

En la dimensión discursiva, pese a la dispersión de la ingente cantidad de comunicaciones políticas que canalizaron en corto tiempo las redes sociales, éstas pudieron unificarse en torno a los argumentos y objetivos estratégicos propuestos por quienes encabezaron la campaña.

MODEMA había argumentado que la construcción de las centrales iba a dañar irremediablemente el medio ambiente e impactar negativamente en la salud de las comunidades aledañas. A ello también añadió que afectaría el turismo en la zona y que la Subsecretaría de Marina ya había rechazado en dos ocasiones otorgar las concesiones marinas necesarias para ejecutar el proyecto (MODEMA, 2010).

La campaña publicitaria tuvo la capacidad de orientar efectivamente a la opinión pública en la dirección de dichos argumentos, aunque con especial énfasis en los aspectos medioambientales. El caso del rechazo a Barrancones constituye un éxito no sólo en cuanto a sus resultados sino en cuanto a la visibilidad del movimiento organizado en torno a la campaña.

La llamada viralidad, o multiplicación acelerada a través de las redes sociales de ciertas opiniones que se transforman en opiniones dominantes o populares, fue lograda por los críticos de Barrancones gracias a una cuidadosa y planificada campaña, donde existieron

asesorías expertas, como en el caso del programa Incide de PARTICIPA y un movimiento ecologista de larga trayectoria. La experiencia acumulada por los ecologistas en numerosas movilizaciones ocurridas durante los últimos 20 años en torno a problemas ambientales sirvió para diseñar una campaña eficaz contra las centrales termoeléctricas. Debe destacarse que el movimiento ecologista tiene una larga trayectoria desde antes de la transición a la democracia y que muchos de sus líderes ya tenían acceso a las redes sociales y las estaban usando con profusión, al menos desde las campañas electorales del año 2009.

El movimiento estuvo dotado de independencia respecto a los actores políticos establecidos, quienes fueron sorprendidos en alguna medida por la veloz dinámica viral de la protesta. Debido a la velocidad de la expansión de la protesta y al diseño publicitario de la campaña no puede hablarse fácilmente de la instalación de foros de deliberación, sino más bien de la expansión de emociones colectivas asociadas a problemas problemas públicos y a la falta de transparencia de las autoridades en el tema. Consideramos en todo caso, que el verdadero valor de lo que sucedió respecto de Barrancones dependerá de las movilizaciones posteriores.

2.7.2 El largo y aún inconcluso invierno chileno: Jóvenes + Redes Sociales

Una de las tareas más complejas en la reflexión es tratar de articular pensamientos sobre procesos sociales que aún están en marcha, porque se carece de la distancia necesaria para poder tener siquiera una visión de conjunto de los distintos elementos y actores de un fenómeno, y principalmente de los eventos de significado que marcarán su valoración posterior. Esto es precisamente lo que ocurre con las movilizaciones estudiantiles ocurridas desde Mayo de 2006, y que, sin embargo, representan hasta ahora el uso más intensivo, multifacético y prolongado de las tecnologías de la información para propósitos políticos

en la historia de Chile.

La movilización estudiantil del 2011[142] corresponde al ciclo de movilización social más importante desde el retorno a la democracia, recibiendo la atención de la prensa mundial por sus características especiales, la que lo ha bautizado como el "Invierno Chileno" - en parentesco con la primavera árabe- y lo ha comparado con las revueltas de Túnez y Egipto,[143] aunque también con aquellas protestas más lejanas de los zapatistas en la década de los 90´por su semántica anti-neoliberal.[144]

Las causas que se podrían explorar claramente remiten a seis órdenes de factores. El más importante consiste en el sistema educativo chileno, un sistema de provisión educativa mixta con actual predominio del sector privado, el cual es cuestionado debido a los efectos de segregación e inequidad que produce, y en general por la baja calidad de resultados a todo nivel y el elevado gasto familiar privado que este sistema supone (Atria, 2007). Esto ha generado demandas en uno de los sectores cruciales de la ciudadanía a la hora de apreciar el uso político de la tecnología: ni más ni menos que los jóvenes.

Dichas demandas cuestionan la base misma del sistema actual basada en la consideración de la educación como un servicio privado y sujeto a la libre oferta, procurando un sistema educacional de predominio público, que sea de acceso gratuito y de calidad más elevada. A diferencia de la primavera árabe, las demandas no son inmediatamente de democratización política, si no más bien social, correspondiendo por su agenda a un movimiento de un marcado índole posliberal o

---

[142] http://es.wikipedia.org/wiki/Movilización_estudiantil_en_Chile_de_2011 **[consulta: 20 Agosto 2011]**

[143] http://www.nytimes.com/2011/08/05/world/americas/05chile.html **[consulta: 20 Agosto 2011]**

[144] http://www.guardian.co.uk/world/2011/aug/24/chile-student-leader-camila-vallejo **[consulta: 20 Agosto 2011]**

socialdemócrata.

El segundo orden de causas, se refiere al antecedente directo en el llamada revolución pingüina de 2006, donde fundamentalmente los mismos actores que en el presente año, aunque en menor escala, se movilizaron en torno a los mismos temas y con demandas similares. La solución insatisfactoria para el movimiento estudiantil de dichas demandas por el sistema político, mediante la sustitución de la LOCE sin afectar los fundamentos del sistema educacional, sembró una desconfianza entre los activistas del movimiento actual – una revolución 2.0 – respecto de los actores políticos asentados. En este sentido, se trata de un movimiento de profundización de la democracia que exige la incorporación de mecanismos políticos para destrabar las reformas sociales – como un plebiscito en materia educativa - y la modificación profunda del orden constitucional.

En tercer lugar, el cambio de gobierno desde la Concertación de centro-izquierda de orientación social liberal hacia un gobierno de centro-derecha más marcadamente liberal, desplazó los diversos mecanismos de contención que aquella coalición había usado con las demandas de los movimientos sociales.

En cuarto lugar, el sistema de medios de comunicación hegemónica se caracteriza en Chile también por una marcada homogeneidad y la faltad de pluralismo social, pero por diversas razones a las de Egipto y Túnez, donde los medios los controlaba el Estado. En Chile, en un entorno general de libertad de información, existe una concentración de la propiedad de los medios mainstream y falta de un marco regulatorio adecuado, donde se margina a los sectores más críticos del modelo social y se favorece su estigmatización mediante scripts de violencia y desorden. Esto pone a los actores críticos del modelo en la necesidad de buscar plataformas de comunicación alternativas.

Corresponde al quinto orden de factores de comprensión, la masificación en el país del uso de las plataformas adecuadas para realizar comunicación política fuera del control de los medios mainstream, que

son precisamente los medios sociales.

Finalmente, el impacto global de los movimientos críticos de los sistemas políticos en un contexto de crisis económica mundial y que han dado el ejemplo del uso de los medios sociales como plataformas de comunicación, como en el caso de Islandia, la primavera árabe y los movimientos de indignados en el Sur de Europa.

En cuanto a los usos tecnológicos que ha hecho el movimiento estudiantil podemos destacar las siguientes características.

2.7.3 Coordinación

A diferencia de los "pingüinos" de 2006, los estudiantes de 2011 usan principalmente las redes sociales más difundidas, facebook y twitter y conocen su utilidad para coordinarse socialmente. La convocatoria a las marchas y asambleas será efectuada en su totalidad a través de de las redes sociales. Las funcionalidades que éstas incorporan, como la twitcam serán usadas durante las tomas para transmitir imágenes en tiempo real.[145]

Twitter será el medio privilegiado de comunicación directa entre los líderes del movimiento estudiantil y las esferas públicas creadas por los medios sociales. Camila Vallejo (Presidente Federación de Estudiantes U. de Chile, 2011) y Giorgio Jackson (Presidente Federación de Estudiantes U. Católica, 2011) , así como los otros dirigentes estudiantiles, han usado sus cuentas twitter para comunicarse directamente con sus seguidores y el resto de la esfera pública de manera dinámica y reaccionar inmediatamente ante los posicionamientos del gobierno.[146] Facebook, en tanto, es empleado para

---

[145] http://www.serdigital.cl/2011/06/17/estudiantes-secundarios-una-leccion-a-la-democracia-2-0**[consulta: 20 Agosto 2011]**

[146] http://www.dosensocial.com/2011/08/24/las-redes-sociales-y-las-protestas-de-estudiantes-en-chile**[consulta: 20 Agosto 2011]**

hacer difusión de las actividades programadas y luego compartir los registros de las experiencias ya realizadas, y amplificando las informaciones que surgen en twitter en atención a que su uso es mucho más popular en Chile que éste.

Uno de los puntos más destacados de las movilizaciones fue la reinstalación de la práctica de los cacerolazos – no vistos desde la década de los 80´- mediante un llamado en twitter el 4 de Agosto generando un trending topic bajo el hashtag #cacerolazo.

2.7.4 Información alternativa

Twitter y facebook han servido, cada uno con sus características propias, como mecanismos de información respecto de las movilizaciones, las plataformas de los estudiantes y las reacciones del movimiento estudiantil frente al entorno de actores políticos, sociales y mediáticos. Las redes sociales han mostrado, mediante contenidos generados por los usuarios principalmente en dispositivos móviles, informaciones que los medios mainstream filtraban o simplemente no presentaron como en el caso del despliegue de la bandera chilena gigante con el lema educación libre digna y gratuita en el partido Chile-México en la Copa América 2011 en Argentina.[147]

Los medios sociales también han servido para cuestionar la forma en que los medios tradicionales informan sobre las movilizaciones, colocando un excesivo énfasis en los hechos violentos y dejando en un segundo plano las demandas y las experiencias del grueso de los participantes en las movilizaciones.

Los medios de comunicación extranjeros que han tomado interés sobre las movilizaciones, después de transmitir en un comienzo las imágenes disponibles en los medios mainstream, recurren al material

[147] http://www.prensa.cl/educacion-libre-digna-gratuita-bandera-partido-chile-mexico**[consulta: 20 Agosto 2011]**

abundantemente disponible en las redes sociales para cubrir los acontecimientos. Esto ha sido decisivo para el reconocimiento mundial que está alcanzando el movimiento. Otro aspecto importante, consiste en la denuncia gráfica de videos e imágenes de represión policial indebida, poniendo presión en las autoridades para contener la actuación de las fuerzas policiales y buscar soluciones alternativas.[148]

Compartir significados

Los medios sociales han servido como una plataforma de libre expresión donde los jóvenes y el resto de la ciudadanía han compartido los diversos registros de sus experiencias, así como también de acciones performadas directamente para ser transmitidas por canales de youtube y que luego se expanden rápida y principalmente a través de facebook. El gagazo, la besatón, el thriller por la educación, las 1800 horas por la educación, entre otras tantas formas han mostrado creatividad y la adaptación del lenguaje político de los jóvenes a los nuevos medios, en los cuales desarrollan no sólo aspectos racionales – en la forma de microdocumentales o discursos – sino también emociones colectivas mediante dramatización, imágenes, coreografías y otros elementos de lenguaje simbólico. A los eventos organizados por las estructuras de representación de los estudiantes hay que agregar toda la amplia gama de comunicación que no emana de las estructuras organizativas estudiantiles, sino que corresponden a la elaboración de contenidos de otros grupos ciudadanos en adhesión al movimiento estudiantil, como por ejemplo los videos del Colectivo FAUNA (El grease de la toma, entre otros), conformado por estudiantes de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la U. de Chile.

Una de los materiales que más pueblan el ciberespacio nacional consiste en las parodias al gobierno y otros actores sociales mediante la alteración de fragmentos de películas populares – como el Hundimiento

---

[148] http://www.dosensocial.com/2011/08/24/las-redes-sociales-y-las-protestas-de-estudiantes-en-chile**[consulta: 20 Agosto 2011]**

y Red Social entre otras -, o de spot publicitarios de marcas famosas – como el de Coca Cola - para usar las estructuras de comunicación habituales en ellas (del tipo los buenos contra los malos) y así difundir discursiva pero a la vez gráfica y emotivamente – principalmente a través del humor - las ideas del movimiento estudiantil.

Una de los eventos que muestra como se han empleado las redes sociales para crear significaciones colectivas consiste en la autodenominación que le dieron los partícipes a la marcha del 18 de Agosto que sucedió bajo la lluvia, la cual mientras se realizaba – alcanzando una convocatoria inesperada, dadas las condiciones climáticas – fue designada en twitter, en tiempo real, mediante el hashtag #*marchadelosparaguas*.

Deliberación:

Facebook ha servido para la multiplicación de microdiscusiones sobre los acontecimientos y los problemas de fondo. En ese sentido ha sido un foro más deliberativo que twitter, que ha sido más informativo. En cualquier caso, las redes sociales han estado en intercambio con el ecosistema en formación de medios digitales que se ha ido desarrollando en los últimos años, surgiendo junto al Mostrador, otros medios virtuales como redseca.cl, eldinamo.cl, ballotage.cl, politicarock.cl y comunidades de discusión como elquintopoder.cl y sentidoscomunes.cl, a los cuales se ha agregado últimamente asambleaconstituyente.cl.

Uso de Hacktivismo

El uso del hacktivismo ha sido marginal en el marco de las protestas chilenas. El 8 de julio, el grupo de activistas cibernéticos Anonymous mandó un mensaje a través de las redes sociales con el fin de bajar los sitios relacionados con la educación chilena en apoyo al movimiento estudiantil, en la operación denominada *Mal educados*. En sólo horas se

dejó fuera de servicio a siete sitios web, incluyendo los del Ministerio de Educación y del partido UDI.[149] Antes ya se había hackeado, también por Anonymous, el sitio de Carabineros de Chile.[150]

Una valoración general del uso de los medios sociales por los movimientos sociales en Chile consiste, a diferencia de experiencias anteriores como en la primera revolución pingüina, en el uso deliberado de las plataformas de Internet para comunicar, expresar, influir y/o deliberar. En ese sentido ha indicado Andrés Azócar que una de las virtudes de la ciberpolítica del movimiento estudiantil consiste en la capacidad de multiplicar los canales de comunicación, cada uno con un atractivo diferente, envolviendo audiencias diversas ha sido clave para potenciar el movimiento y dar la sensación de control total de la agenda.

Por otra parte, tanto el caso de Barrancones y el de las movilizaciones estudiantiles en curso, muestran como lo tecnológico adviene en alianza con procesos sociales, conformando un conjunto donde las fronteras entre los tradicionales opuestos se diluyen. No existe un medio organizacional más apropiado para el uso de los medios sociales, sino que los diferentes entornos sociales – una campaña publicitaria o un conjunto de organizaciones de representación estudiantil – pueden apropiarse de los lenguajes de Internet y constituir sus posicionamientos identitarios a través de ellos.

En el caso de los estudiantes, la desconfianza respecto de las élites y la exclusión del sistema de medios, lleva al movimiento estudiantil a la necesidad de los medios sociales. La familiaridad con ellos, le permite la fácil apropiación política de su lenguaje y formas más populares de expresión – parodias, expresión de emociones colectivas, eventos de imagen -, y en conjunto con ellos se construye la identidad del movimiento que dichos medios comunican. No existe una separación

---

[149] http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2011/08/09/497011/nuevo-objetivo-de-anonymous-hackear-el-sitio-del-ministerio-de-educacion.html **[consulta: 20 Agosto 2011]**

[150] http://www.adnradio.cl/nota.aspx?id=1518591 **[consulta: 20 Agosto 2011]**

entre el medio y el mensaje en el uso político de dichas plataformas, sino una construcción tecno-social conjunta y colectiva. En esa construcción, los jóvenes aparecen como protagonistas dada su familiaridad con los nuevos medios y como principales animadores de las nuevas esferas públicas, que dichos medios están construyendo.

Por otra parte, la relación con el ecosistema de medios de los medios sociales es fundamental en la construcción de esa identidad, debido al efecto amplificador de dichos medios y al reconocimiento que brindan al movimiento social los públicos más amplios y más alejados de las tecnologías de la Web 2.0. en el caso del movimiento estudiantil está empezando a obtener un reconocimiento de grandes periódicos mundiales y la atención de alguna televisión extranjera, la cual se retransmite a través de Internet - sobre todo de Argentina y en youtube – a los participantes del movimiento.

Los resultados de la acción política son inherentemente impredecibles a los niveles micro y macro, porque ellos dependen de la interacción de decisiones estratégicas y no-estratégicas hechas por los actores acerca de cómo describen, conforman y valoran la política y el conjunto de las esferas públicas con que se relacionan. De ese modo, dichos resultados no pueden ser prejuzgados por la plataforma de comunicación que se emplee, por ejemplo como si el uso de las redes sociales estuviera indiscutiblemente destinada al éxito de las demandas del movimiento social respectivo. Ellos dependerán en última instancia de los procesos políticos más amplios y duraderos que desencadenen.

2.8 Institucionalidad y Participación on line

Por último, haremos unos comentarios breves acerca de las posibilidades de generar canales institucionales dentro de las democracias para fomentar la participación on line y aprovechar el aporte de los ciudadanos en las decisiones públicas.

En primer lugar, cabe advertir que la participación pública, incluyendo la participación digital a través de movimientos sociales no se deja

disciplinar institucionalmente, sino que se expresa de manera liberada de procedimientos formales y con estrategias de comunicación, relación y repertorios temáticos que se adaptan a las necesidades de la comunicación y no a los límites procedimentales preestablecidos. Por otra parte, siempre es posible incrementar la complejidad de los procesos de decisión pública mediante la incorporación de procedimientos de participación que incrementen su racionalidad, legitimidad y eficacia. Si bien el Estado y los movimientos sociales no llegan a confundirse, pueden cooperar en procedimientos democráticos, transparentes y donde se de pleno respeto y promoción a los derechos fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, en las formas de participación política on line es muy importante asegurar derechos fundamentales como la libertad de expresión, información y la privacidad de los datos de los participantes, incluyendo sus deseos de anonimato. Se podrían sugerir, entre muchas otras, las siguientes prácticas para favorecer la participación.

- Prácticas de Gobierno Abierto, Open Data y enriquecimiento de la información pública: La promoción de la participación on line supone, como condición sine qua non, el acceso amplio a la información pública de manera íntegra, permanente, actualizada y que sea útil a los ciudadanos. Esto incluye las prácticas de open data y la construcción de procesos de enriquecimiento de la información pública, dando valor a dicho conocimiento mediante su enlazamiento a la Web Semántica.

- Reorientar las políticas públicas de inclusión digital hacia la generación de culturas digitales por parte de nuevos usuarios, en lugar de conformarse con objetivos de conectividad.

- Incorporación de foros como formas de consulta legislativa y administrativa: Los foros de discusión se están revelando como formas muy prácticas y flexibles de potenciar la deliberación pública y canalizarla hacia procedimientos institucionales. En la deliberación on line mediante plataformas horizontales como wikis y redes sociales, los ciudadanos podrían manifestar sus

puntos de vista de manera regular en la discusión de agendas legislativas o de políticas públicas relevantes.

- Generación de comunidades temáticas abiertas donde participen tanto funcionarios públicos como expertos independientes y miembros de la sociedad civil en condiciones de horizontalidad, y que permitan un libre intercambio de opiniones y comentarios

- Prácticas de Gobierno 2.0: Generación de plataformas que permitan el aporte de contenidos generados por los mismos ciudadanos de una manera cooperativa, incluyendo mapas de información geográfica y otras formas de coproducción de recursos y especialmente de conocimiento, que se refieran a temas de relevancia dentro de las políticas de gobierno o legislativas.

- Incorporación de mecanismos de petición electrónica de índole informal a todos los niveles del Estado mediante plataformas que sean a adecuadas y amigables.

- Generación de alianzas entre el Estado y los movimientos sociales con presencia en Internet más duradera para la promoción y debate de temas de interés público.

- Fomentar nuevas formas de relación entre los medios mainstream y los medios digitales.

2.9 Referencias

Atria, Fernando (2007), ***Mercado y ciudadanía en la Educación.*** Santiago: Flandes indiano.

Bellin, Eva (2011), ***Lessons from the Jasmine and Nile Revolutions: Possibilities of Political Transformation in the Middle East?***. In: Middle East Brief No 50, May 2011.

Benkler, Yochai (2006), ***The Wealth of Networks, How Social Production Transform Markets and Freedom.*** New Haven/London: Yale University Press.

Bohler-Muhler, Narnia; Van der Merwe, Charl (2011), ***The potential of social media to influence socio-political change on the African Continent.*** Policy Brief, Africa Institute of South Africa, Breifing No 40, March 2011.

Comninos. Alex (2011),***Twitter revolutions and cyber crackdowns User-generated content and social networking in the Arab spring and beyond***. Association for Progressive Communications (APC), June 2011.

Dutton, William (2009), ***The Fifth Estate emerging through the network of networks.*** Prometheus, Vol. 27**, No** 1, 1–15.

Gladwell, Macolm; Shirky, Clay (2011), ***From Innovation to Revolution, Do social media make protests possible.*** In: Foreign Affairs, March-April 2011. Accesado en Agosto 20: http://www.foreignaffairs.com/articles/67325/malcolm-gladwell-and-clay-shirky/from-innovation-to-revolution

Holmes, David; Russell, Glenn (1999), ***Adolescent CIT Use: Paradigms Shift for educational and cultural practices.***In: British Journal of Sociology of Education, Vol. 20, No 1, 69-78.

MODEMA (2010), ***Proyecto Barrancones no tiene piso, 4 Razones.*** [en línea]Declaración Pública, Agosto de 2010. Accesado en Agosto 20: http://www.participa.cl/wp-content/uploads/2010/07/Declaración-Pùblicaactualizada-2-8-2010.

Sanhueza, Andrea (2010). ***Caso Barrancones. Un ejemplo de incidencia política,*** 11 de noviembre de 2010. Accesado en Agosto 20: http://www.incide.cl/11/11/2010/caso-barrancones-un-ejemplo-de-incidencia-politica

Shirky, Clay (2011a), ***The political power of social media.***

Technology, the Public Sphere, and political Change. In: Foreign Affairs, Jan-Feb 2011.

Shirky, Clay (2011b), ***The Twitter Revolution: more than just a slogan.***In: Prospect. Accesado en Agosto 20: http://www.prospectmagazine.co.uk/2010/01/the-twitter-revolution-more-than-just-a-slogan

Van Till, Jan (2011), ***Regime Change in the 'Arab Spring' is a System Change - What influence have 'social media' on the development, progress or obstruction of revolutions in Iran, Tunisia and Egypt?***Accesado en Agosto 20: http://www.budde.com.au/Presentations/Content/Social-Networks-and-Revolutions.pdf

3. Recursos Hídricos en Chile: perspectivas para el Bicentenario del Congreso Nacional

El capítulo que se desarrolla a continuación aborda la compleja temática del desarrollo de los recursos hídricos en nuestro país tratando para este objeto, primeramente los antecedentes propios del marco físico, socioeconómico e institucional en el que se desenvuelve, para luego formular aspectos centrales de las dificultades presentes y desafíos futuros.

Aspectos cruciales como la reconocida escasez del recurso, su posición estratégica en el desarrollo de proyectos de infraestructura productiva, así como para el crecimiento de la agroindustria y el abastecimiento de los centros urbanos, la vinculación de esta temática a la institución medio ambiental, el rol que le corresponda al Estado en la preservación y administración del recurso, así como la función que le cabe a los actores privados, son parte de las interrogantes que encuentran en estas páginas, elementos indispensables para las futuras acciones de políticas públicas.

Encontramos en este apartado, el instrumental esencial para comprender la institucionalidad vigente que regula los recursos hídricos,

con precisas alusiones al derecho y a la experiencia comparada así como observaciones y críticas al funcionamiento del sistema en Chile.

Cabe destacar como cuestionamientos que el lector podrá asumir y encontrar, elementos para responder y proyectar decisiones públicas con la eficiencia, particularmente del uso del recurso hídrico, los embales y el necesario desarrollo de una política pública de desalación. En este último aspecto, destaca la progresiva incorporación de plantas desalinizadoras como soluciones de abastecimiento al recurso hídrico en los proyectos mineros, ingresados al sistema de evaluación ambiental.

Visualizaremos también en este trabajo, elementos esenciales de la estrategia nacional de gestión integrada de cuencas hídricas, así como de la estrategia nacional de glaciares y de los acuerdos internacionales vinculados a la Antártica.

3.1 Marco de referencia

3.1.1 Marco Físico

Sin incluir el Territorio Antártico, Chile se extiende entre los 17º y 53º de Latitud Sur. En este desarrollo longitudinal está expuesto a variados efectos de la circulación general de la atmósfera terrestre, que gobierna el clima continental. Hay regiones del país que se sitúan en la zona de los vientos alisios, otras en las zonas del cinturón de altas presiones subtropicales y otras en la zona de los vientos que provienen del Océano Pacífico.

Las costas del país son recorridas en una extensión importante por la corriente fría de Humboldt, lo que produce un efecto temperante de la atmósfera, reforzado por la acción de los vientos, haciendo que las zonas australes tengan temperaturas más cálidas de las que deberían tener de acuerdo con su latitud, y más frescas a medida que se avanza a hacia la zona septentrional.

Otro factor importante en la determinación del clima del país, es el

hecho de que ninguna región está demasiado lejos de la costa, razón por la cual la influencia del Océano se hace sentir con mayor intensidad en todo el territorio.

La Cordillera de la los Andes es también un factor determinante del clima del país. Debido a su magnitud, el macizo andino no solo influye en el clima local, sino también en extensas zonas alejadas de él. Su efecto es el de constituir una gran barrera a las perturbaciones atmosféricas que se mueven de oeste a este, dando origen a importantes precipitaciones orográficas responsables de la alta pluviometría que se observa en la parte occidental, en contraste con los mínimos pluviométricos existentes a la misma latitud en la vertiente oriental de Los Andes.

Otro elemento relevante en la configuración del clima del país es la presencia del Anticiclón del Pacífico. Este corresponde a una gran área en la que se producen las circulaciones generales de la atmósfera, típica de de los centros de alta presión, que hace sentir su efecto principalmente en la región oriental del mismo, produciendo condiciones de estabilidad atmosférica extrema. El aire de esta capa estable es muy seco y como consecuencia de ello, el continente presenta alrededor de los 30º de latitud sur una marcada carencia de precipitaciones.

El área anticiclonal se desplaza a lo largo del año en sentido norte-sur, alcanzando su posición más austral en los meses cálidos. Su presencia en la costa es el factor dominante de la distribución de la presión atmosférica a lo largo del territorio nacional y un elemento determinante en el clima continental y el régimen de precipitaciones.

Dentro de esta variabilidad climática se distinguen dos patrones de precipitaciones marcados, esto es, uno de precipitaciones concentradas en el periodo de verano en el extremo norte del país y otro de precipitaciones en el periodo de otoño-invierno en el resto del territorio.

En la parte sur del territorio de lluvias invernales, mucha de la precipitación se acumula en forma de nieve, que es favorablemente liberada para irrigación para producción de cultivos durante la primavera

y el verano. La precipitación varía de 0 mm al año en algunos lugares del norte de Chile hasta unos 4.000 mm anuales en algunos sectores del sur.

3.1.2 Marco Socioeconómico

Disponibilidad de aguas

a) Aguas superficiales

De acuerdo con el Banco Mundial, dentro del contexto internacional, Chile en su conjunto puede considerarse un país privilegiado en materia de recursos hídricos. La "escorrentía media total", es decir, el volumen de agua procedente de las precipitaciones que escurre por los cauces superficiales y subterráneos equivale a una media de 53.000m3/persona/año (World Bank, 2010), valor bastante más alto que la media mundial (6.600m3/persona/año) y muy superior al valor de 2.000m3/persona/año considerado internacionalmente como umbral para el desarrollo sostenible.

Sin embargo, cuando se analiza regionalmente este valor medio oculta una realidad muy distinta: desde Santiago al norte prevalecen las condiciones áridas; la media de disponibilidad de agua está por debajo de los 800m3/persona/año, mientras al sur de Santiago supera los 10.000m3 /persona/año.

Fuente, Banco Mundial (2009) Diagnostico de la gestión de recursos hídricos en Chile

La elevada y creciente variabilidad de la escorrentía agrava la escasez de agua en las partes norte y central del país y produce pérdidas socio económicas importantes por inundaciones o sequías.

La irregularidad del régimen hidrológico se debe a que las cuencas son cortas y con fuerte pendiente, con una gran variabilidad estacional e ínter-anual de lluvias y una relativamente limitada regulación de los ríos.

Incluyendo el embalse Ancoa programado para terminarse de construir en 2011 en la provincia de Linares de la región VII, la capacidad total nacional de almacenamiento destinado al riego en los embalses construidos por el Estado ha evolucionado hasta llegar a 4.460 Mm3

a) Aguas superficiales

La capacidad de almacenamiento total para hidroelectricidad (con excepción del embalse Pangue para el cual no se encontró información en esa fuente), es de 9.900 millones m3, más del doble de la correspondiente a los embalses para riego (CDEC-SIC, 2005).

Si bien la capacidad total de los embalses para ambos usos, de

alrededor de 15.000 Mm3, es considerable, ésta representa apenas el 0,016% de la escorrentía media anual de 928.000 Mm3/año. Sin embargo, no es fácil su aprovechamiento ya que por lo accidentado de la geografía chilena no deben abundar los sitios adecuados ni grandes superficies de tierra adicionales a las que ya se encuentran con agricultura de riego.

b) Aguas subterráneas

Se estima que Chile posee un importante volumen de recursos subterráneos (Ayala, 2010) y que la recarga media estimada alcanza aproximadamente 55m3/s desde la RM al norte (Salazar, 2003).

Al sur de la región VI no se tiene información detallada del potencial de recarga, debido a la menor importancia de las aguas subterráneas como fuente de abastecimiento, pero según, una primera aproximación de la DGA, la recarga sería alrededor de 160 m3/s entre las regiones VII y X (DGA, 2011).

La utilización efectiva de las aguas subterráneas fue estimada en 88m3/s en 2003, de los cuales 49% se utilizaba para la agricultura, 35% para abastecimiento poblacional y 16% para industria (Salazar, 2003). Las aguas subterráneas son particularmente importantes para los sectores minero y sanitario: representan alrededor de 63% de los DAA mineros en 2006 (Proust Consultores, 2008) y 46% de los usos por agua potable (SISS, 2010). Son también importantes para la agricultura en las regiones XV a III.

Hasta los años 90, la explotación de aguas subterráneas fue poco significativa. A partir de esa época, cuando las aguas superficiales en una parte importante del país estaban comprometidas, el incremento de las solicitudes de derechos y el uso del agua subterránea ha sido muy fuerte.

En la actualidad, se notan algunos acuíferos o sectores de acuíferos sobre-explotados, principalmente en la parte norte y central del país en los cuales se han generados conflictos importantes. La DGA ha hecho

una primera aproximación de la recarga de aguas subterráneas para varias cuencas de las regiones VII a la X, mediante la metodología de coeficientes de infiltración, una metodología simplificada a fin de tener un marco de referencia para futuros estudios más precisos en estas zonas.

Dada la complejidad técnica para estimar tanto la recarga como el volumen almacenado económicamente explotable (Foster et al, 2009), será necesario hacer un estudio detallado de cada uno de los acuíferos prioritarios para poder tener mejores bases con que administrar dichos derechos.

En función de lo establecido en los art. 63-68 del Código de Aguas, la DGA está facultada para declarar zonas de prohibición y áreas de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, en un determinado sector hidrogeológico, con el objeto de proteger el acuífero y los derechos de terceros constituidos con anterioridad en la cuenca.

En este sentido, entre la región de Arica y Parinacota (XV) y la región del Libertador General Bernardo O'Higgins (VI), se han definido en la actualidad 69 acuíferos genéricos, los que abarcan 259 sectores hidrogeológicos, de los cuales se han estudiado 238 por la DGA. Del total de acuíferos estudiados, 106 sectores han sido declarados como Área de Restricción y seis sectores han sido declarados Zona de Prohibición, lo que suma un total de 112 sectores acuíferos restringidos.

Usos del agua

El sostenido crecimiento económico y desarrollo social de las últimas décadas ha generado demandas cada vez mayores sobre los recursos hídricos por parte de los diferentes tipos de usuarios.

Este crecimiento sostenido, sin precedentes en la historia, se produce en un contexto en el cual los recursos hídricos en una buena medida ya están comprometidos en el abastecimiento de los usos actuales.

Como puede verse en la figura siguiente, la relación

extracción/disponibilidad de agua se presenta favorable entre las regiones VI y IX, y de la región X al sur la disponibilidad de agua supera ampliamente el uso.

De la RM hacia el norte, hay una presión importante sobre los recursos hídricos y las extracciones superan el caudal disponible – lo que se explica principalmente por el uso de los caudales de retorno (aguas de percolación y derrames) a lo largo de los ríos (que permite hacer un uso más eficiente del recurso) y en algunos casos la sobre-explotación de los acuíferos (Ayala, 2010).

Fig: Recursos disponibles y extracciones por usos consuntivos

Fuente: Banco Mundial (2009)

- *Según la Tabla siguiente, el uso del agua en el país alcanza 4.710 m3 /s, de los cuales el 89% corresponde a los usos no consuntivos y 11% a usos consuntivos (Ayala, 2010).*

- *El riego representa el 73% de las extracciones a nivel nacional, utilizado para regar 1,1 millones de ha que se localizan casi completamente entre las regiones IV a X (INE, 2007). El uso doméstico equivale a 6% de las extracciones y se utiliza para abastecer al 99,8% de la población urbana y rural concentrada.*

- *Los usos mineros e industriales representan el 9 y 12% de las extracciones totales respectivamente (Ayala, 2010).*

Tabla. Evolución del uso del agua por sectores:

Fuente. Universidad de Chile (2010)

3.1.3 Marco Jurídico

Evolución histórica del Derecho de Aguas

En América, las primeras instituciones relativas al uso de las aguas se remontan a la época precolombina. Ya en el imperio incaico existían reglas – la cocha y la mita – sobre turnos para la repartición de las aguas de un cauce común entre varios usuarios. Con la llegada de los conquistadores españoles, éstos comenzaron a aplicar sus propias normas a los territorios anexados, imponiendo consigo una legislación de aguas basada en el Derecho Romano y en el Derecho Musulmán. El primero tenía una visión más privatista del derecho a las aguas, mientras que el segundo seguía una inspiración comunitaria, influidos por los contextos geográficos en que cada legislación se desenvolvía.

En Chile, con el nacimiento de la república, paulatinamente se fueron dictando normas criollas, lo que en materia de derecho privado, inclusive el derecho de aguas, se plasmó en el Código Civil de 1856, que entró en vigencia el 1º de enero de 1857, y que permanece vigente hasta la fecha, con diversas modificaciones. Ya hacia fines del siglo 19 comenzó a dictarse una normativa más específica que reglamentó el uso de las aguas en los distintos territorios del país.

Sólo en 1951 se dictó el primer Código de Aguas, con vigencia desde el 1º de abril de 1952. Éste se mantuvo sin sufrir modificaciones hasta la dictación de la Ley de Reforma Agraria en 1967, que introdujo numerosas modificaciones en la materia. El texto del Código de Aguas fue sistematizado en 1969 por lo que, pese a corresponder al código de 1967, se le conoció como el código de 1969.

Luego, el gobierno militar introdujo un fuerte enfoque privatista en el derecho de aguas, lo cual se manifestó inicialmente con la dictación del D.L. 2603 de 1979, el cual esbozaba el reconocimiento constitucional de los derechos de aguas que contendría la Constitución de 1980. Estos criterios se plasmaron en un nuevo Código de Aguas, publicado el 29 de octubre de 1981, que actualmente nos rige.

Política de aguas vigente

En la actualidad cobra especial relevancia la titularidad de los derechos de aprovechamiento de aguas, tanto aquellos concedidos por el Estado en conformidad a la ley como los que han sido reconocidos por ésta. Determinar quien tiene el derecho de usar las aguas de acuerdo al Derecho chileno es el punto central de la política de aguas.

El punto de partida de esta construcción jurídica es el dominio de la Nación sobre las aguas, su calidad de "bienes nacionales de uso público", encontrándose excluidas de la apropiación directa por parte de los particulares. El vínculo de los particulares con las aguas, es decir, su posibilidad de usarlas, pasa por el Estado y depende de éste, en razón de un vínculo público de la Nación con las aguas en calidad de propietaria.

Hoy en día los derechos de aguas se organizan sobre la base de los distintos usos del agua, dando origen a una tipología variada de derechos de aprovechamiento de aguas que los particulares pueden solicitar al Estado o bien que provienen de situaciones consuetudinarias reconocidas por la ley. La autoridad estatal interviene en este sistema para garantizar el acceso de los particulares al uso de las aguas y para regular los conflictos que pueden surgir entre ellos.

El Código de Aguas

El sistema concesional original sobre las aguas fue instaurado con la dictación del D.L. 2.603 de 1979 y el Código de Aguas de 1981, consagrando un sistema de derechos de aguas basados en las siguientes características:

a. Propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, constituida o reconocida de conformidad a la ley, protegida por garantías constitucionales y libremente transferibles.

b. Libertad absoluta en el uso de las aguas, sin que sea necesario justificar su uso para adquirir o mantener un derecho de aprovechamiento.

c. Adquisición originaria gratuita y a perpetuidad de los derechos de aguas.

d. No injerencia del Estado en la transferencia de derechos de aguas.

Durante muchos años dicho sistema se mantuvo vigente sin variaciones, pero las distorsiones producidas en el mercado de los derechos de aguas hizo necesario introducir modificaciones al sistema, primero sectorialmente en materia de concesiones acuícolas, comunidades agrícolas y comunidades indígenas, y posteriormente mediante una reforma al Código de Aguas, tema que analizaremos más adelante.

Clasificación de las aguas

El Código de Aguas no define al agua como elemento, pero sí las

clasifica en aguas marítimas, terrestres y pluviales. Estas últimas serán marítimas o terrestres según donde se precipiten. Las disposiciones del Código sólo se aplican respecto de las aguas terrestres.

Las aguas terrestres, a su vez, se clasifican en aguas superficiales, que se encuentran naturalmente a la vista, y aguas subterráneas, ocultas en el seno de la tierra. Las aguas superficiales pueden ser aguas corrientes que escurren por cauces naturales o artificiales o aguas detenidas, acumuladas en depósitos naturales o artificiales.

Conjuntamente con la clasificación de las aguas es importante tener presente el concepto de alveo o cauce, el cual corresponde al suelo que las aguas ocupan y desocupan alternativamente en sus creces y bajas periódicas. Los cauces naturales de aguas corrientes son de dominio público, y aquellos de aguas detenidas son de dominio privado, salvo en casos de lagos navegables por buques de más de 100 toneladas. Por otra parte, los cauces artificiales, de aguas corrientes o detenidas, son de dominio privado.

El dominio de las aguas y el derecho de aprovechamiento

Las aguas son bienes nacionales de uso público y sobre ellas se otorga a los particulares un derecho de aprovechamiento, de conformidad a la ley. En otras palabras, sólo el Estado puede ser titular del dominio sobre las aguas en sí, sin perjuicio que sobre dicho dominio se constituya el derecho de aprovechamiento como derecho real que faculta a su titular al uso y goce de las aguas sobre las que recae.

Los derechos de aprovechamiento de aguas se clasifican de acuerdo al uso que se le da a las aguas y según la forma en que se ejerce. De acuerdo al uso de las aguas se clasifican en derechos consuntivos o no consuntivos. Según la forma en que se ejerce el derecho, se clasifican en derechos de ejercicio permanente o eventual y de ejercicio continuo, discontinuo o alternado.

Los derechos de aprovechamiento consuntivos son aquellos que facultan a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad,

por ejemplo, el riego agrícola. Por su parte, los derechos de aprovechamiento no consuntivos permiten emplear el agua sin consumirla, como es el caso de la operación de una turbina para generar electricidad, debiendo restituirla en igual cantidad y calidad en la forma que determine el acto de adquisición o constitución del derecho.

Los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente permiten a su titular usar las aguas sin estar sujeto a ninguna condición desde fuentes de abastecimiento no agotadas, es decir, con suficiente caudal para satisfacer todos los derechos de aguas de ejercicio permanente constituidos sobre ella. Por el contrario, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio eventual son aquellos que permiten usar las aguas en aquellas épocas en que el caudal de la fuente tenga un sobrante, luego de haberse satisfecho todos los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente y también aquellos de ejercicio eventual constituidos con anterioridad.

Los derechos de aprovechamiento de ejercicio continuo son aquellos que permiten usar el agua las 24 horas del día. A su vez, los derechos de aprovechamiento de ejercicio discontinuo sólo permiten dicho uso durante determinados períodos de tiempo. Finalmente, los derechos de aprovechamiento de ejercicio alternado son aquellos en que el uso de las aguas se distribuye por turnos entre dos o más personas.

Generación, conservación y pérdida del derecho de aprovechamiento

El Código de Aguas trata esta materia de manera bastante escueta, por lo cual se remite de manera supletoria al Código Civil respecto de la transferencia, transmisión, adquisición y pérdida de los derechos de aprovechamiento. Se puede señalar de manera introductoria que los derechos de aprovechamiento de aguas nacen y pueden ser adquiridos por los titulares de manera originaria o derivativa.

En el primer caso el derecho nace sin que haya una relación de causa a efecto con el antecesor y es su primer titular la persona que lo crea. En el segundo, hay un traspaso del derecho de aprovechamiento de un

titular a su sucesor en el dominio.

El primer y principal modo de adquirir derechos de aguas de carácter originarios es el acto de la autoridad, mediante una resolución dictada por la Dirección General de Aguas, previa solicitud del interesado. Dicha resolución se reduce a escritura pública y se inscribe en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Aunque es de escasa aplicación, existe además una norma especial que permite al Presidente de la República constituir directamente un derecho de aprovechamiento en caso de circunstancias excepcionales y de interés general.

En segundo lugar, la ley también constituye un modo de adquirir derechos de aprovechamiento de aguas de manera originaria. El Código de Aguas y algunas legislaciones sectoriales otorgan derechos de aguas por el solo ministerio de la ley, como el en el caso de las aguas que nacen, corren y mueren en un mismo predio, cuyos derechos de aprovechamiento pertenecen al propietario del predio en cuestión.

Otro caso lo constituyen los derechos de aprovechamiento sobre lagos menores no navegables por buques de más de 100 toneladas y que estén íntegramente situados dentro de una propiedad, cuyos derechos de aprovechamiento también pertenecen al propietario del terreno.

El último modo de adquirir derechos de aprovechamiento de aguas de manera originaria es la prescripción adquisitiva, esto es por haberse poseído durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales.

Respecto de los modos de adquirir derechos de aprovechamiento de aguas de carácter derivativo, el principal es la tradición, ya que es el que más se utiliza. El Código de Aguas exige que el título traslaticio o antecedente jurídico respecto de derechos de aguas conste por escritura pública, cuya tradición se materializa mediante la competente inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente.

El otro modo de adquirir derivativo de un derecho de aprovechamiento de aguas es la sucesión por causa de muerte, situación reglada completamente por el Código Civil, lo que implica que la transmisión de los derechos de aguas se materializa con la delación de la herencia al momento del fallecimiento del causante. Sin perjuicio de ello, el Código de Aguas sí obliga a practicar las inscripciones de la posesión efectiva y de herencia para efectos de poder disponer de dichos derechos de aguas.

Los derechos de aprovechamiento de aguas, una vez adquiridos por su titular de manera originaria o derivativa, son perpetuos y gratuitos, es decir, no tienen fecha de término, sin perjuicio que su titular sí pueda cambiar, y no se debe pagar por mantenerlo en el patrimonio. Sin embargo dicha regla general tiene algunas excepciones.

En primer lugar, luego de la última modificación al Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento de aguas son renunciables, caso en el cual desaparece el derecho constituido. Esta facultad tiene como restricción el no perjudicar a terceros, como por ejemplo quien renuncia a sus derechos en perjuicio de sus acreedores.

Por otra parte, también producto de la última modificación al Código de Aguas, los derechos de aguas que no son utilizados efectivamente por sus titulares pagan una patente, la que se va haciendo más gravosa a medida que pasa el tiempo y se mantiene el no uso de las aguas.

Aguas subterráneas: condición jurídica y formas legales de acceso a ellas

Las aguas subterráneas, dada su naturaleza, tienen un tratamiento diferenciado en el Código de Aguas. Ya que se encuentras ocultas en el seno de la tierra, para su aprovechamiento se requiere previamente su ubicación y luego su alumbramiento.

Por ello el Código establece dos tipos de procedimientos: la exploración y la explotación de aguas subterráneas.

En la exploración, el interesado solicita a la Dirección General de Aguas la autorización para desarrollar labores de búsqueda de aguas subterráneas en un área geográfica delimitada. Una vez concedida la autorización, con los requisitos legales, puede alumbrar las aguas que encuentre para determinar su caudal.

Durante la vigencia de su autorización gozará de preferencia para la constitución de derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas.

La explotación de aguas subterráneas significa el otorgamiento de derechos de aprovechamiento sobre ellas, captadas a través de un pozo u obra de captación análoga, a la cual se le decretará un área de protección circundante en la que se prohibirá la instalación de obras similares. Sin perjuicio de lo anterior, si la captación de aguas subterráneas que realice un titular causa perjuicio en un tercero, la Dirección General de Aguas podrá reducir proporcionalmente el ejercicio de dichos derechos para que sean ejercidos en iguales condiciones.

Como excepción a lo señalado, el Código de Aguas contempla la facultad de cualquier persona para cavar pozos en suelos propios para bebida y usos domésticos. Otra excepción la constituye el derecho de aprovechamiento del minero sobre las aguas que halle en sus pertenencias mientras conserve la propiedad de éstas y en la medida necesaria para sus labores.

El Registro de Propiedad de Aguas y el Catastro Público de Aguas

Existen dos registros relativos a derechos de aprovechamiento de aguas, uno con el objetivo de realizar la tradición y mantener la historia fidedigna de la propiedad de los derechos de aguas y otro cuyo objeto es realizar un inventario del recurso. El primero lo constituye el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces y el segundo, el Catastro Público de Aguas a cargo de la Dirección General de Aguas.

El Registro de Aguas opera de manera similar al Registro de Propiedad que llevan a su cargo los mismos Conservadores de Bienes Raíces y las

normas relativas a éste son supletorias respecto de lo no regulado expresamente por el Código de Aguas.

En este registro se inscriben los títulos traslaticios de derechos de aguas (por ejemplo, escrituras de compraventa) así como también otros documentos relativos a la determinación de la propiedad o calidad de un derecho de aprovechamiento, tales como las escrituras públicas de resoluciones de constitución de derechos de aprovechamiento, sentencias judiciales que reconozcan la existencia de un derecho de aprovechamiento, los instrumentos constitutivos o modificatorios de una organización de usuarios, entre otros.

El Registro de Aguas competente es aquel a cargo del Conservador de Bienes Raíces cuya jurisdicción abarca la comuna donde se ubica la obra de captación del derecho de aprovechamiento de que se trate. El Conservador, al practicar la inscripción originaria de un derecho de aguas, deberá anotar como datos mínimos el nombre del titular, la individualización de la obra de captación, el nombre de la fuente, la referencia a los títulos de la organización de usuarios y la forma como las aguas se dividen entre éstos.

Por su parte, la Dirección General de Aguas lleva un registro denominado catastro Público de Aguas, en el cual se consignan todos los datos, actos y antecedentes que digan relación con el recurso, con las obras de desarrollo del mismo, con los derechos de aprovechamiento, con los derechos reales constituidos sobre éstos y con las obras construidas para ejercerlos. El Catastro Público de Aguas está constituido por el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas y por el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Agua no inscritos en los Registros de Agua de los Conservadores de Bienes Raíces susceptibles de regularización. En todo caso debe tenerse presente que las inscripciones y registros en el Catastro Público de Aguas en caso alguno acreditarán posesión inscrita ni dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas o de los derechos reales constituidos sobre ellos, circunstancia que sólo la certifica el Registro de Aguas.

3.2 El mercado de las aguas en Chile

La comercialización de derechos de aguas ha ido adquiriendo mayor relevancia en la vida económica del país, en la medida que el recurso se vuelve más escaso, constituyendo el mercado una herramienta necesaria de asignación de recursos. En la gran mayoría de los países desarrollados la asignación de los recursos hídricos están a cargo de un sistema público, en forma gratuita o muy subsidiada. El establecimiento de derechos de aguas comercializables y el desarrollo de un mercado de derechos de aguas es una manera de determinar los costos de oportunidad del uso de las aguas.

La liberalización del mercado de las aguas en Chile favoreció un uso más eficiente de las aguas y la diversificación de los cultivos, sin embargo, produjo también una serie de problemas que se fueron manifestando con el tiempo, principalmente respecto de la equidad en el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus externalidades. Lo anterior motivó la modificación del Código de Aguas, aumentando las facultades de intervención de los poderes públicos.

3.2.1 Transacciones en el mercado de los derechos de aguas

La comercialización de los derechos de aguas es un proceso complejo, donde influyen diversos factores, entre los que se pueden mencionar los siguientes:

- Las características de las partes contratantes
- La disponibilidad geográfica de aguas
- La legitimidad del derecho negociado
- El volumen de aguas transado
- La situación regional de la economía
- El estatuto legal de los recursos hídricos
- La infraestructura disponible para trasladar un derecho
- El impacto en el medio ambiente

Sin perjuicio de la liberalización del mercado de las aguas en Chile, las transacciones de derechos de aguas en general son más bien escasas, lo que no quiere decir que no sean relevantes en términos de impacto. Hay

diversos factores que determinan en cada sector el mayor o menor número de operaciones en el mercado de derechos de aguas, tales como:

a. El costo de la transacción, tanto directo como indirecto, en la medida que es más elevado desincentiva este tipo de operaciones.

b. El esquema inicial de la propiedad sobre los derechos de aguas, la cual va a ser modificada a través de transacciones en el mercado de derechos de aguas sólo en la medida que las circunstancias lo justifiquen.

c. La disponibilidad de recursos hídricos, la cual al disminuir hace aumentar el número de transacciones sobre un recurso más escaso.

d. La infraestructura existente, que puede encarecer el costo de una transacción de derechos de aguas o bien hacerla técnicamente inviable.

e. Participación de las organizaciones de usuarios, las que pueden facilitar el acceso a la información necesaria para las transacciones en el mercado de derechos de aguas.

f. Ventajas del arrendamiento de aguas, transacción que es la más frecuente en este mercado, producto de su bajo precio y flexibilidad durante las distintas épocas del año y que a veces ni siquiera involucran el pago de dinero.

Si bien el número de transacciones que se observan en el mercado de aguas no son tan abundantes, en comparación con el total de derechos de aprovechamiento constituidos y reconocidos, sí se puede señalar que la existencia de este mercado de aguas ha favorecido la diversificación de la producción agrícola en aquellas zonas donde la disponibilidad del recurso en más limitada. Los agricultores y productores han contado con la garantía de poder acceder a derechos de aguas a través del mercado en aquellas épocas en que su provisión escasea, asegurando el riego para plantaciones de mayor valor.

3.2.2 Transacciones de derechos de aguas y eficacia

En una economía de mercado que opera bajo la norma de libre comercio, el cambio en los precios internacionales de los productos agrícolas motiva las transacciones de derechos de aguas desde titulares que requieren grandes volúmenes de agua para regar cultivos poco productivos hacia quienes desean cultivar productos de alto valor con un uso eficiente del recurso hídrico. Los vendedores de aguas pueden introducir técnicas simples de riego que aumenten su eficacia y les permita negociar el sobrante, generándose un capital adicional para introducir otras mejoras en sus cultivos.

La validación del esquema de propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile, unido a un apoyo sistemático a las diversas organizaciones de usuarios, ha incentivado al sector privado a financiar obras de infraestructura de riego de gran envergadura, conjuntamente con los usuarios de las aguas. Además, los titulares de derechos de aprovechamiento los utilizan como garantía de préstamos otorgados por instituciones financieras, pudiendo realizarlo con total flexibilidad en el sentido de poder afectar sólo una parte de dichos derechos, dejando libre de gravamen el resto.

3.2.3 Las modificaciones al Código de Aguas

Debido a las características naturales de las aguas, sumado a la heterogeneidad de la geografía del país, el funcionamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas en un esquema de mercado libre generó diversos problemas. Éstos decían relación principalmente con la protección del medio ambiente, la equidad en el acceso a los recursos hídricos y el acaparamiento de derechos por parte de especuladores.

Antecedentes de la Ley 20.017

Producto de las deficiencias del Código de Aguas de 1981, en 1992 se envío un proyecto de ley al Congreso que lo modificaba

sustancialmente, condicionando la vigencia del derecho de aprovechamiento al uso efectivo de las aguas, vinculando el otorgamiento del derecho de aguas al uso para el cual se solicita y estableciendo una administración superior para las cuencas hidrográficas.

El proyecto paso 12 años en tramitación en el Parlamento, durante la cual se le introdujeron modificaciones esenciales, que morigeraron la transformación al régimen de aguas propuesto inicialmente.

Concluyendo el proceso legislativo, en el año 2005 se promulgó y publicó la Ley Nº 20.017, que modificó el Código de Aguas respecto del procedimiento para otorgar derechos de aprovechamiento de aguas, estableció el pago de una patente por el no uso de las aguas y estableció un caudal ecológico mínimo para las fuentes superficiales. A continuación analizaremos en detalle cada uno de estos puntos.

Otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas

Bajo el nuevo procedimiento aprobado, frente a una solicitud de un derecho de aprovechamiento sobre una fuente en particular, se abre un plazo de seis meses para que otros interesados puedan presentar una solicitud sobre esa misma fuente.

Si no hay disponibilidad para ambas solicitudes, se efectúa un remate para adjudicar al mejor postor, los derechos de aguas sobre el caudal disponible. Este procedimiento era similar a lo que existía anteriormente, pero la modificación esta en la ampliación del plazo para la presentación de solicitudes de 30 días a 6 meses, así como también su aplicación a solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas.

Con la modificación aprobada, actualmente toda solicitud de derecho de aprovechamiento debe indicar el uso que se dará a las aguas. De acuerdo a dicho antecedente, la Dirección General de Aguas podrá limitar el derecho que otorgue si no existe concordancia entre la cantidad de agua solicitada y el uso que se le dará.

Para dichos efectos se establece una vinculación, mediante una tabla, entre usos del agua y el caudal necesario para ello. En todo caso, el uso que se invoque en la solicitud inicial no será impedimento para que con posterioridad se utilicen las aguas en un uso distinto.

Pago de patente por no uso de las aguas

Si bien la propuesta inicial contemplaba la caducidad de un derecho de aprovechamiento por su no uso durante un período de cinco años, finalmente se aprobó el pago de una patente respecto de derechos de aprovechamiento de aguas que no sean utilizados efectivamente.

Esto tiene por objeto desincentivar la adquisición de derechos de aguas con fines meramente especulativos, estableciendo un costo económico para la detentación de derechos de aprovechamiento de aguas sin destinación a alguna actividad determinada.

Este régimen general acepta algunas excepciones: derechos de aguas de caudal mínimo, aquellos constituidos en zonas donde sí existe competencia en el mercado de aguas según el Tribunal de Libre Competencia y los derechos de aprovechamiento de aguas de las empresas sanitarias que están comprometidos para su plan de desarrollo. En el caso de no pago de la patente, se puede rematar el derecho de aprovechamiento moroso, el cual en el caso de ser adjudicado a una entidad fiscal, ésta se encuentra obligada a renunciarlo.

Determinación de un caudal ecológico mínimo

La Dirección General de Aguas debe definir un caudal mínimo en cada fuente necesario para mantener el entorno ambiental, el cual no puede exceder del 20% del caudal medio anual. Sin perjuicio de lo anterior, el Presidente de la República, previo informe de la autoridad ambiental, podrá determinar un caudal ecológico mínimo de hasta un 40% de caudal medio, sin que se puedan afectar derechos ya constituidos.

La asignación y reasignación del agua

De acuerdo a la ley, para extraer agua de los cauces naturales es necesario ser titular de un Derecho de Aprovechamiento de Agua[151], el cual debe ser solicitado a la autoridad administrativa del Estado, que corresponde a la Dirección General de Aguas (DGA).

Los criterios de asignación que establece el Código de Aguas señalan que no existen preferencias para asignar el agua a un uso por sobre otro; la DGA está obligada a entregarse Derechos de Aprovechamiento de Aguas a quien los solicite, siempre que legalmente sea procedente y que esta solicitud no afecte los derechos de terceros, y en el caso de existir más de una solicitud de aprovechamiento sobre las mismas aguas, ésta se asigna a través de un remate, con lo cual se condiciona al poder económico del solicitante la posibilidad de obtener el beneficio. Sin embargo, se da preferencia a quien ha solicitado el derecho con anterioridad (Peña 2004).

De acuerdo a estos criterios, no existe restricción económica para acceder a la posesión de un Derecho de Aprovechamiento de Agua, puesto que el costo de la obtención de un derecho es nulo para el interesado.

En la actualidad, las aguas que están en uso en Chile prácticamente no se encuentran influidas por el Código de Aguas de 1981 respecto de su asignación, puesto que en torno al 90% de las aguas entregadas por el Estado a los usuarios se basan en normativas que existían previamente para este propósito (Peña 2004).

Una vez que una fuente de agua es declarada agotada, es decir, cuando la DGA, en función de estudios hidrológicos, establece que toda el agua existente ha sido asignada, lo que procede para obtener agua desde esa fuente de abastecimiento es la reasignación de Derechos de Aprovechamiento ya existentes. Para reasignar Derechos, el

[151] Excepto para el uso de caudales subterráneos que se destinen al uso doméstico y la explotación de cauces que nazcan y mueran dentro del predio del interesado.

procedimiento se realiza por medio de la compraventa de estos derechos en el mercado.

De alguna manera esto implica que se espera que los derechos, que han sido concedidos por diferentes legislaciones desde el siglo XIX en adelante, se movilicen hacia aquellos usos de mayor beneficio económico. Así, una vez que opera el mercado, el modelo de gestión de las aguas establecido en este Código de Aguas asume que la vía de acción del Estado para hacerse cargo de las consideraciones de carácter social para obtener agua sea a través de subsidios explícitos a la demanda (Peña 2004).

Los Derechos de Aprovechamiento de Agua tienen ciertas propiedades que hacen que este modelo de asignación/reasignación del agua sea único. Entre ellas, cabe destacar libertad plena para la transferencia de los derechos; independencia entre el derecho de aprovechamiento y un uso específico[152]; el derecho asignado a un individuo no puede ser caducado, con lo cual se le da gran fuerza al derecho de propiedad que recae sobre el agua, y además, los derechos de aprovechamiento presentan las mismas características de protección que los derechos de propiedad sobre cualquier otro bien (Peña 2004).

El funcionamiento del mercado de aguas es visto de manera muy distinta entre diferentes investigadores, algunos consideran que "ha sido adecuado para producir una transferencia de aguas hacia demandas crecientes y que presentan un alto beneficio social y económico" (Peña 2004), mientras otros señalan que "hay poca evidencia de que las transacciones de compra y venta de agua sea algo común en Chile" (Bauer 1998, 2005; Fuster 2006).

Sin embargo, hay acuerdo en que en épocas de sequía la transferencia

---

[152] Esto es válido para los derechos ya asignados, pues para las nuevas asignaciones, la DGA solicita un proyecto de uso determinado. Este aspecto fue incorporado en recientes modificaciones al Código de Agua realizadas el año 2005, con lo cual esta restricción solo afectará a una fracción muy limitada del total de agua que existe en el país.

se ha mostrado activa para reubicar el agua hacia usos más rentables. Se reconoce, al mismo tiempo, que esto es válido cuando existe la infraestructura de sistemas de distribución de las aguas flexibles, como es el caso del Sistema Paloma, en la cuenca del río Limarí. Este sistema es un "ejemplo de operación de un mercado con una gran actividad y con una alta sensibilidad de precios en función de las condiciones de escasez" (Hearne and Easter 1995, Peña 2004a, Hadjigeorgalis 2004).

Sin embargo, la zona de influencia del Sistema Paloma es una cuenca agrícola y es precisamente en el interior de este sector donde las transferencias de agua son muy escasas (Bauer 2004).

Marco Institucional: consideraciones necesarias

Aún cuando Estado en el actual marco jurídico no ocupa un lugar preponderante en la administración del agua, sigue siendo el actor relevante, ya que es el responsable e impulsor de la legislación (que entrega el marco legal para la administración) y de las instituciones públicas, que cumplen una amplia gama de funciones, como se explica a continuación.

La gestión del agua en Chile está regida por el Código de Aguas de 1981. Este Código crea los mercados de agua, entrega a los privados su administración y reduce la función del Estado en esta materia, dejándole facultades de fiscalización y de fomento de obras de riego entre otras. El Código de Aguas reconoce tres tipos de organizaciones de usuarios del agua quienes se encargan de la administración de este recurso entre los usuarios que comparten una misma fuente u obra de captación de las aguas.

En cuanto al rol público, la Dirección General de Aguas se mantiene como el organismo con mayores competencias sobre del recurso hídrico, cuyas labores esenciales son el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento a quien los solicite, la realización de estudios de cantidad y calidad de las aguas, labores de fiscalización en las fuentes naturales de agua y proposición de políticas, entre otras.

Además de la Dirección General de Aguas, otras instituciones también se relacionan con la gestión del recurso hídrico a través de la elaboración de normas y leyes relacionadas. Por ejemplo, las normas de emisión de contaminantes y de calidad de agua para diferentes usos o la Estrategia Nacional de Gestión Integrada de Cuencas Hidrográficas que fue propuesta bajo el alero de la Comisión Nacional de Medio Ambiente. En la elaboración de normas de emisión y de calidad, se involucran el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Además de estos ejemplos, participan de forma tangencial la Comisión Nacional de Energía, el Servicio Agrícola Ganadero y la Comisión Nacional de Riego, por nombrar algunas instituciones (Fuster et al. 2009).

Esta variedad de normas y reglamentos -más de una veintena, según indican Fuster et al. (2009)- genera dispersión de la información y de las responsabilidades sobre el recurso hídrico, lo que sumado a la falta de información sobre los dueños efectivos de derechos de aprovechamiento, y la protección que estos le otorgan a sus titulares (en cuanto a propiedad privada) hacen que la institucionalidad del agua en Chile sea burocrática, enmarañada, y presente muchas barreras ante iniciativas de modernización de la gestión, tales como las mesas del agua, las modificaciones legales o la implementación de otros mecanismos de gestión más integrados.

Fig: muestra la interrelación de organismos del Estado y la administración de las aguas terrestres.

Descripción de Funciones

a) Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)

La SISS es un organismo del Estado, cuya misión es garantizar a los clientes de los servicios de agua potable y saneamiento de las zonas urbanas del país, que éstos corresponden (en cantidad y calidad) a los ofrecidos, que su precio es justo y sostenible en el largo plazo; y asegurar a la comunidad, que el agua una vez utilizada será tratada para ser devuelta a la naturaleza de forma compatible con un desarrollo sustentable. Esta responsabilidad será cumplida buscando promover la transparencia en el mercado, el autocontrol por parte de las empresas, y desarrollando una actuación eficiente.

Su campo de acción considera los siguientes alcances:

- El otorgamiento y el seguimiento de las concesiones sanitarias, mediante las cuales las empresas proveen de agua potable y prestan el servicio de alcantarillado.
- El seguimiento considera la fijación periódica de tarifas y la revisión periódica de los planes de desarrollo.
- El control y fiscalización de todos los aspectos relacionados con los servicios sanitarios.
- La vigilancia del cumplimiento de la normativa ambiental en lo que se refiere a las descargas de residuos industriales líquidos.

b) Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario (INDAP)

El INDAP fue creado en noviembre de 1962 y tiene como principal objetivo fomentar y potenciar el desarrollo de la pequeña agricultura. Es un organismo público descentralizado, de duración indefinida, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir, ejercer derechos y controlar obligaciones, bajo la súpervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Agricultura.

Dentro de los servicios que este organismo presta, se encuentra el "Programa de Riego Campesino", el cual se materializa a través de la asignación de un Bono de Riego, el cual es un instrumento de fomento productivo que contempla incentivos económicos a las inversiones en obras menores de riego o drenaje que realicen los clientes de INDAP, y las organizaciones formales o informales compuestas mayoritariamente por clientes del Instituto.

El Bono de Riego corresponde a un incentivo económico que puede ser usado para la construcción de nuevas obras de riego y drenaje; reparación, mejoramiento o ampliación de obras de riego y drenaje existentes; instalación de sistemas de riego tecnificado; y reposición de

equipos o insumos de riego. Tiene por objetivo apoyar la incorporación de nueva superficie de riego o drenaje a la producción agrícola y mejorar o aumentar la seguridad de riego en áreas actualmente regadas.

c) Servicio Agrícola y Ganadero (SAG)

El SAG contribuye al desarrollo productivo y al mejoramiento de la competitividad del sector agrícola, ganadero y forestal nacional, a través de sus políticas de sanidad vegetal, salud animal, recursos naturales renovables y calidad alimentaria.

A través del Departamento de Protección de los Recursos Naturales Renovables, tiene por misión promover el desarrollo sustentable de la agricultura, a través de la protección y conservación de los recursos naturales renovables que inciden en el ámbito de la producción agropecuaria del país, así como prevenir impactos ambientales que afecten la calidad y cantidad de dichos recursos y la biodiversidad de ecosistemas de vida silvestre.

El Artículo 3, Letra L de la ley Orgánica del SAG, le asigna la siguiente función:

"Promover las medidas tendientes a asegurar la conservación de suelos y aguas que eviten la erosión de éstos y mejoren su fertilidad y drenaje. Además, promoverá las iniciativas tendientes a la conservación de las aguas y al mejoramiento de la extracción, conducción y utilización del recurso, con fines agropecuarios. Asimismo, regulará y administrará la provisión de incentivos que faciliten la incorporación de prácticas de conservación en el uso de suelos, aguas y vegetación."

d) Comisión Nacional de Riego (CNR)

La Comisión Nacional de Riego es un organismo de derecho público que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Agricultura, que tiene por misión "Coordinar la formulación y materialización de la política nacional de riego, para el óptimo aprovechamiento de los

recursos hídricos del país con énfasis en el riego y el drenaje".

Sus principales objetivos de gestión son:

- Contribuir a la formulación de la política de riego nacional.
- Mejorar la eficiencia del riego a través de proyectos de desarrollo y transformación productiva.
- Focalizar los esfuerzos hacia el desarrollo de regiones extremas del país y grupos de productores en situación vulnerable.
- Fomentar la inversión privada en obras de riego mediante la optimización de inversiones y asignación de subsidios en riego y drenaje.
- Evaluar la factibilidad técnica y económica de inversiones en obras rentables de riego de las cuencas hidrográficas del país.

A través del Departamento de Estudios y Políticas de Riego, desarrolla estudios y proyectos referidos al área riego y drenaje y al impacto de las políticas implementadas en este ámbito. Prepara y sistematiza la información recogida con el propósito de apoyar la gestión del Secretario Ejecutivo en el Consejo de Ministros.

Por otro lado, a través del Departamento de Fomento al Riego, promueve la inversión privada en obras de riego y contribuye a la mejor utilización de la tecnología disponible en riego, en zonas donde se hayan beneficiado con estas obras, para lo cual debe coordinar y supervisar las áreas de diseño, operaciones de la Ley N° 18.450 y la transferencia y validación tecnológica.

La CNR es un servicio centralizado que actúa por delegación de funciones - para la aplicación de la Ley de Fomento- a la Dirección de

Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas (DOH) y al Servicio Agrícola y Ganadero del Ministerio de Agricultura (SAG).

e) Dirección de Obras Hidráulicas (DOH)

La DOH tiene por misión desarrollar obras hidráulicas dentro de un contexto de manejo integrado de cuencas hidrográficas, propendiendo a un uso eficiente de los recursos disponibles, en beneficio del desarrollo de la comunidad.

- **Objetivos**
  - Mejorar la calidad de vida de la población urbana y rural, a través del desarrollo de infraestructura de obras hidráulicas.
  - Dar acceso a la población, al recurso hídrico, en tiempo, cantidad y calidad necesaria.
  - Mejorar la Institucionalidad, los procedimientos y la tecnología para prestar un mejor servicio a la comunidad.
- **Funciones**
  - Estudio, proyección, construcción, reparación y explotación de obras de riego que se realicen con fondos fiscales, de acuerdo a las disposiciones del DFL N° 1.123/81.
  - Las obras de saneamiento y recuperación de terrenos que se ejecuten con fondos fiscales.
  - El estudio, proyección, construcción y reparación del abovedamiento de los canales de regadío que corren por los sectores urbanos de las poblaciones, siempre que dichos canales hayan estado en uso con anterioridad a la fecha en que la zona por donde atraviesan haya sido declarada como comprendida dentro del radio urbano y que dichas obras se construyan con fondos fiscales o aportes de las respectivas Municipalidades.
  - Proponer la condonación total o parcial de las deudas por

saneamiento o recuperación de terrenos de indígenas, la que deberá concederse por Decreto Supremo fundado.

- Además, la Ley N° 19.525 DE 1997, fija para la Dirección de Obras Hidráulicas, las siguientes funciones:

- Planificación, estudio, proyección, construcción, reparación, mantención y mejoramiento de la red primaria de sistemas de evacuación y drenajes de aguas lluvias.

- Desarrollo de los Planes Maestros, que permitirán definir lo que constituye la red primaria de sistemas de evacuación de aguas lluvias. Dichos Planes serán firmados por los Ministros de Obras Públicas y Vivienda y Urbanismo.

- Las Redes de evacuación y drenaje de aguas lluvias serán independientes de las redes de alcantarillado. Podrán conectarse cuando la autoridad competente así lo disponga.

- Los Planes deben considerar la situación de las cuencas hidrográficas; y contener las acciones para evitar la erosión y deforestación.

f) Ministerio de Salud

Al Ministerio de Salud le corresponde formular y fijar, de acuerdo con las directivas que señale el Supremo Gobierno, las políticas de salud y dictar las normas y planes generales para el Sistema.

En lo que respecta a recursos hídricos, tiene injerencia en los siguientes aspectos:

- **Abastecimiento de Agua Potable**

  - Prevenir las enfermedades e intoxicaciones y minimizar los riesgos asociados a deficiencias sanitarias de los abastecimientos de agua potable.

  - Asegurar a la población abastecida por servicios de agua potable

un consumo de agua que cumpla con los requerimientos de calidad microbiológica y físico-química y de desinfección y fluoruración.

- Asegurar a la población abastecida por servicios de agua potable un suministro continuo y suficiente.

- Impulsar acciones de fomento y promoción con el fin de incrementar las coberturas con sistemas de agua potable de la población urbana, rural concentrada y rural dispersa.

- **Preparativos para casos de desastres**

  - Diseñar planes para la acción frente a la ocurrencia de desastres, en coordinación con las instituciones de provisión de agua potable, saneamiento de excretas y recolección de residuos sólidos tendientes a mitigar los daños y de disminuir tanto como sea posible la interrupción de estos servicios básicos.

- **Tratamiento y disposición sanitaria de excretas**

  - Detectar y eliminar los focos de contaminación de cursos y masas de agua que tienen usos en agua potable, riego, recreación, acuicultura y en cualquier otro uso que pueda afectar la salud de la población.

  - Impulsar acciones de fomento y promoción con el fin de incrementar las coberturas con sistemas de tratamiento de aguas servidas o de disposición sanitaria de excretas.

Las organizaciones de usuarios

El agua es administrada por los propios usuarios ya sea de manera individual o agrupados en Organizaciones de Usuarios de Aguas (OUA) quienes la distribuyen de acuerdo con los derechos que cada usuario posea.

Cada OUA debe conformar un directorio que será el responsable de

hacer cumplir la ley y tomar decisiones respecto de la gestión del agua por cuenta de los usuarios que poseen derechos de aprovechamiento sobre una misma fuente. Dado que la participación de los usuarios en las elecciones de la directiva de su OUA es directamente proporcional a la cantidad de agua que corresponde a los derechos de aprovechamiento que cada quien posea, resulta fácil que los usuarios con Derechos de Aprovechamiento sobre una mayor cantidad de agua sean quienes estén a cargo de la administración y la toma de decisiones en estas organizaciones.

Las atribuciones de Estado para fiscalizar el funcionamiento de las OUA, o para promover la formación de estas organizaciones, son limitadas. Así, no participa de las decisiones sobre cómo se gestiona el agua ni sobre las transacciones que se realicen y sólo puede actuar en casos de denuncias por problemas de manejos financieros o de distribución de aguas.

Otro aspecto de la administración de las aguas dentro de las cuencas es que esta administración se organiza en secciones de ríos independientes y no a nivel de cuenca. Así, dentro de una cuenca se tiende a una situación de competencia entre distintas secciones y no de integración. Sin embargo, en aquellas zonas del país que se caracterizan por presentar escasez de agua, y más aún, cuando los usos del agua de regadío tienen una productividad económica significativa, las organizaciones de usuarios se han constituido y operado razonablemente bien (Brown 2004, Cristi et al. 2000), originando una voluntad que permite que estas organizaciones asuman un rol de gestión más integral del agua en las cuencas hidrográficas.

Sin embargo, esta estructura de organización se ha transformado en una fuente de conflictos entre usuarios de las secciones de un río de la parte alta, media y baja dentro de una cuenca, especialmente cuando los usuarios de una OUA de una sección del río no utilizan toda su agua, creando una falsa disponibilidad para los usuarios aguas abajo, lo que genera conflictos en períodos de escasez hídrica. De hecho, la DGA no necesita tomar en cuenta el interés de una sección del río para conceder

derechos a un usuario en otra sección, es decir no considera la disponibilidad de agua del río si no de la sección en cuestión, con el consecuente problema de agotamiento de las aguas.

Por ejemplo, a pesar de presentar condiciones de escasez, cuando existen distintos intereses por el uso del agua, es decir, entre diferentes actividades productivas, las organizaciones de usuarios no logran representar los diferentes intereses de los propietarios de derechos de aprovechamiento, generándose así conflictos por el uso del agua y un creciente agotamiento del recurso, tanto a nivel superficial como subterráneo, como es el caso de la cuenca del río Copiapó.

3.3 Estrategias y políticas públicas vinculadas a la gestión de recursos hídricos

3.3.1 Estrategia nacional de gestión integrada de cuencas hidrográficas

La Estrategia, iniciada formalmente el año 2008 contempló en su primera fase la implementación de tres experiencias piloto, para lo cual fueron elegidas las cuencas de Copiapó, Rapel y Baker. Los criterios generales establecidos para seleccionar estas cuencas son su representatividad a nivel nacional, ya que corresponden a ejemplos de tres macro zonas del país que son distintas entre sí desde el punto de vista geográfico, climático y de usuarios del agua (norte, centro y sur). Además, son cuencas con información disponible, y en las que se estaban desarrollando iniciativas regionales de manejo de cuencas.

De forma específica, en la cuenca del río Baker se origina la necesidad de contar con esta Estrategia, dados los conflictos que se han presentado sobre la concentración de la propiedad de derechos de aprovechamiento para la generación hidroeléctrica, en contraste con otros intereses asociados a ese territorio, como su atractivo turístico y el resguardo de los ecosistemas locales, de casi nula intervención humana, de ahí que la Estrategia debía recoger a ésta como una de sus cuencas pilotos.

En el caso de la cuenca del río Rapel, fue seleccionada por estar en una condición más avanzada de organización y de gestión más integrada del recurso, ya que existía previamente una mesa de trabajo sobre temas del agua. Finalmente, la cuenca del Copiapó resultaba interesante ya que se produce una situación crítica de agotamiento y de conflictos entre usos y usuarios del recurso hídrico. Por ello, aparecía como una cuenca ideal para plantear una gestión integrada, razones a las que se suma el hecho de que esta hoya también contaba con una mesa del agua en desarrollo.

3.3.2 Estrategia Nacional de Glaciares

En el país, se han identificado a la fecha 3.100 glaciares, que cubren una superficie de 20.188 km2 (de los cuales, 15.000 km2 corresponden a Campos de Hielo Sur y Norte), estimándose que hay una superficie no inventariada de glaciares de 4.700 km2. Destaca que la mayoría de los glaciares presentan balances de masa negativos, retrocesos, pérdidas de área y pérdidas de espesor. El retroceso y adelgazamiento detectado en los últimos 30 años se ha acelerado y hasta duplicado en los últimos 10 años. La protección oficial a través del Sistema Nacional de Áreas Silvestres protegidas del Estado (SNASPE) se concentra en el sur del país, no estando protegidos glaciares del centro-norte del país.

La Estrategia Nacional de Glaciares fue presentada en abril de 2009 por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Medio Ambiente, CONAMA (CONAMA 2009). Este documento entrega los principales objetivos y lineamientos del Estado en materia de glaciares chilenos. Guía a los organismos del Estado con competencia en la materia, y es una señal para la sociedad de la valoración que se hace de ellos. El documento define a un glaciar como "toda masa de hielo perenne, formada por acumulación de nieve, cualquiera que sean sus dimensiones y sus formas" y reconoce la fragilidad de los glaciares y los valiosos servicios ambientales que otorgan, lo que explica la necesidad de preservación y conservación.

El objetivo general de la política es preservar y conservar los glaciares

de Chile y sus objetivos específicos son los siguientes:

1. Conocer y valorar los glaciares chilenos en un contexto y realidad nacional e internacional, mediante la creación de un registro nacional de glaciares y otras prioridades de investigación por definir.

2. Establecer medidas de preservación y conservación de los glaciares chilenos, que aseguren la continuidad de los procesos naturales y productivos que estos sustentan y la generación de servicios ambientales.

3. Establecer tipologías de los glaciares y condiciones de usos permitidos.

4. Diseñar instrumentos y mecanismos institucionales para la implementación de la política nacional de glaciares y asegurar y fortalecer la permanencia de los objetivos a través del tiempo.

Los Principios de la Política Nacional de Glaciares son: Sostenibilidad ambiental, Participación, Transversalidad (coherencia con objetivos y lineamientos de otras políticas sectoriales y nacionales temáticamente relacionadas), Representatividad, Equidad y acceso a los beneficios, Co-Responsabilidad, Prevención (de los conflictos derivados de las distintas visiones e intereses para la gestión de los glaciares), Compromiso (con los acuerdos internacionales suscritos y las orientaciones entregadas por organismos internacionales), y Gradualidad.

Mediante este documento, el Gobierno de Chile establece su posición respecto a la necesidad de proteger y conservar los glaciares de Chile, y entrega indicaciones sobre las principales acciones a realizar para cumplir los objetivos planteados en la misma.

Se determina que la DGA y la CONAMA tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los objetivos de esta política, consultando y coordinando con otros organismos públicos y privados.

Se plantea además elaborar un plan de acción específico para la implementación de esta Política, a partir de los lineamientos estratégicos

señalados en la misma. Las acciones a realizar se compilarán en tres modalidades: revisión de los compromisos actuales; Compromisos nuevos; y Compilación y análisis de otras propuestas (procesos de discusión ampliados y participativos, que serán ponderados para su inclusión):

a) Valoración y conocimiento de los glaciares.

b) Protección de los glaciares. Los Principios de la Política Nacional de Glaciares son: Sostenibilidad ambiental, Participación, Transversalidad (coherencia con objetivos y lineamientos de otras políticas sectoriales y nacionales temáticamente relacionadas), Representatividad, Equidad y acceso a los beneficios, Co-Responsabilidad, Prevención (de los conflictos derivados de las distintas visiones e intereses para la gestión de los glaciares), Compromiso (con los acuerdos internacionales suscritos y las orientaciones entregadas por organismos internacionales), y Gradualidad.

Mediante este documento, el Gobierno de Chile establece su posición respecto a la necesidad de proteger y conservar los glaciares de Chile, y entrega indicaciones sobre las principales acciones a realizar para cumplir los objetivos planteados en la misma.

Se determina que la DGA y la CONAMA tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los objetivos de esta política, consultando y coordinando con otros organismos públicos y privados.

Se plantea además elaborar un plan de acción específico para la implementación de esta Política, a partir de los lineamientos estratégicos señalados en la misma. Las acciones a realizar se compilarán en tres modalidades: revisión de los compromisos actuales; Compromisos nuevos; y Compilación y análisis de otras propuestas (procesos de discusión ampliados y participativos, que serán ponderados para su inclusión):

c) Condición de usos permitidos.

d) Institucionalidad. Las acciones deberán tener nombre, institución responsable, resultado esperado, indicador del resultado, verificación de cumplimiento y plazos de ejecución.

En síntesis, la Política entrega lineamientos generales para la protección de glaciares, pero no especifica las metas ni plazos. Se habla, por ejemplo, de la protección y conservación de los glaciares y de su uso sustentable, pero sin señalar metas o porcentajes de áreas a proteger, o restricción en ciertos tipos de uso.

3.3.3 Acuerdos internacionales sobre la Antártica

La preocupación con el estado de los hielos antárticos abarca más allá de la escala nacional. Respecto a los tratados internacionales que se refieren al continente antártico, los siguientes son los más relevantes en el tema, pues involucran directamente a Chile:

Tratado Antártico, firmado en 1959 en Washington, establece la Antártica como una región de paz y cooperación, y para lidiar con los asuntos relativos a las reclamaciones de soberanía. Su principal propósito es asegurar "por el interés de toda la humanidad, que la Antártica continuará para siempre siendo utilizada para propósitos pacíficos y no se convertirá en objeto de discordia internacional".

El tratado congela las reclamaciones de soberanía que varios países, entre ellos

Chile, realizan sobre el territorio. Con excepción de los países reclamantes, y de Nueva Zelanda y Noruega, ningún otro país, ni la Organización de las Naciones Unidas, reconocen estas reclamaciones sobre el territorio Antártico. Chile se encuentra dentro de los países iniciales (países signatarios) que firmaron el documento.

El Tratado Antártico es el núcleo de otros acuerdos relacionados, tomados bajo sus términos, los cuales son: Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente o Protocolo de Madrid, firmado en 1991 en Madrid; la Convención para la Conservación de

Focas Antárticas (CCFA), firmado en Londres en 1972; y la Convención para la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA), de 1980, firmado en Canberra. "Aunque la CCFA y la CCRVMA son acuerdos independientes, contienen disposiciones que representan un compromiso de las Partes con aspectos esenciales del Tratado Antártico, como el artículo IV sobre la situación jurídica de los reclamos territoriales. Sólo las Partes del Tratado Antártico pueden adherirse al Protocolo sobre Protección del Medio Ambiente" (Secretaría del Tratado Antártico -ATS- 2008).

Protocolo Específico sobre Protección del Medio Ambiente Antártico, como anexo al Tratado con Argentina sobre Medio Ambiente, en el que se comprometen, en el marco del Tratado Antártico, a promover "la conservación de los valores naturales y culturales antárticos, mediante las acciones apropiadas de protección de las áreas designadas, la conservación y restauración de los sitios y monumentos históricos, la observancia de las normas de conducta adoptadas para este fin en el marco del Tratado Antártico y la difusión de los valores intrínsecos de la Antártica" (BCN 2009b).

La preocupación por los temas antárticos crece en la comunidad científica ligada a las modificaciones que pueden ocurrir debido al actual proceso de Cambio Climático. Por ejemplo, el IPCC (Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático) concluyó en su Segundo Reporte de Evaluación que no es posible aún estimar la probabilidad del colapso de la Placa de Hielo del Antártico Oeste (WAIS), la que de suceder aumentaría el nivel global del mar en alrededor de cinco metros (Vaughan and Spuoge 2002).

3.4 Los aspectos sociales y ambientales en el modelo chileno de gestión de las aguas

En términos teóricos el modelo chileno de mercados de aguas se asocia con un comercio activo de derechos de agua; a una mayor eficiencia del uso del agua y de la asignación de ésta; y en un mayor beneficio social y económico para los sectores más vulnerables.

Sin embargo, algunos autores reconocen en este modelo algunas carencias como por ejemplo la inexistencia de prioridades entre los diversos usos para el otorgamiento de nuevos derechos; se producen externalidades ambientales que no son consideradas por quienes transfieren derechos de agua debido a la libre transferencia de los mismos; se observan limitaciones tanto en las funciones y capacidades de las organizaciones de usuarios como instancias de participación, como en su representatividad en el sentido amplio de cuenca ; y, por último, la administración de los recursos hídricos a nivel de secciones o tramos de los ríos y no a nivel del sistema hidrológico del que son parte, implica excluir acciones que, por su naturaleza, puedan afectar al conjunto del sistema (Orrego 2002).

En términos teóricos el modelo chileno de mercados de aguas se asocia con un comercio activo de derechos de agua; a una mayor eficiencia del uso del agua y de la asignación de ésta; y en un mayor beneficio social y económico para los sectores más vulnerables.

Sin embargo, algunos autores reconocen en este modelo algunas carencias como por ejemplo la inexistencia de prioridades entre los diversos usos para el otorgamiento de nuevos derechos; se producen externalidades ambientales que no son consideradas por quienes transfieren derechos de agua debido a la libre transferencia de los mismos; se observan limitaciones tanto en las funciones y capacidades de las organizaciones de usuarios como instancias de participación, como en su representatividad en el sentido amplio de cuenca ; y, por último, la administración de los recursos hídricos a nivel de secciones o tramos de los ríos y no a nivel del sistema hidrológico del que son parte, implica excluir acciones que, por su naturaleza, puedan afectar al conjunto del sistema (Orrego 2002). Thobani (1995) señala que la legislación de aguas chilena ha aumentado el valor del agua, favoreciendo a los pequeños agricultores a expensas de otros usuarios. Sin embargo, esta afirmación no es respaldada con datos empíricos.

Rosengrant y Binswager (1994), citados por Bauer (2004), utilizan el modelo chileno para descartar cualquier inquietud sobre posibles

problemas de inequidad social en el uso del mercado para la gestión del agua. Para ello argumentan que en aquellas zonas donde los mercados han funcionado activamente, refiriéndose en este caso a la cuenca del río Limarí, las diferencias de riqueza no han significado un beneficio para los grandes usuarios de aguas en detrimento de los pequeños agricultores, sin embargo, Romano y Leporati (2002) y Fuster (2006) señalan que la participación en los mercados de aguas sí estaría limitada para los agricultores pequeños por falta de información sobre el mercado.

Hay algunos autores que han señalado la existencia de algunos problemas de carácter social y ambiental en el funcionamiento del modelo de gestión de las aguas chilenas. De acuerdo a Dourojeanni (1999), la estructura del mercado de aguas chileno observaría un desequilibrio que provoca ciertos efectos negativos, como por ejemplo, el permitir el uso de Derechos de Aguas para ejercer un poder de mercado en mercados de productos y servicios donde el agua es un "input", aceptando que aquellos actores privados que posean un mayor poder económico puedan beneficiarse de ella afectando a terceros menos poderosos.

Bauer (2004) señala que dentro de los temas que han estado ausentes, tanto en investigación como en la discusión sobre la gestión del agua, son la equidad social, la gestión a nivel de cuencas hidrográficas y la falta de institucionalidad para la resolución de conflictos.

Por otra parte, como el Código de Aguas busca asignar el agua en aquel uso donde haya una mayor rentabilidad económica, considerando como externalidades el valor cultural, ambiental o social que ésta pueda tener, lo que resulta en una distorsión de los beneficios reales de asignar el agua a un uso sobre otro, por tanto, se comparan actividades productivas que no son comparables.

Al analizar los diferentes aspectos señalados como debilidades o carencias de la gestión del agua en Chile por los autores antes mencionados, se hace evidente que los resultados negativos del sistema

de gestión del agua en Chile están relacionados con temas que son de interés público creciente solo hace algunos años, por lo cual no fueron considerados al momento de la instauración del sistema de gestión imperante en la actualidad, el cual buscaba una mayor eficiencia productiva.

Sin embargo, estos problemas se empiezan a hacer críticos a nivel nacional e internacional, lo que queda evidenciado en el gran número de reuniones internacionales que debaten sobre los temas económicos, sociales y ambientales que no pueden estar ausentes en la gestión de las aguas.

En mayo del 2005 se introdujeron cambios en la legislación relacionados con estos temas, tales como el establecimiento de i) un impuesto por el no uso del agua; y ii) caudales mínimos ecológicos en aquellas cuencas en donde aún existen derechos de aprovechamiento sin asignar.

No obstante, no se modificó la ley en lo que respecta al sistema de administración de las aguas y de organización de sus usuarios, por lo cual temas como la gestión a nivel de cuencas, la coordinación de usos múltiples del agua y la gestión conjunta de las aguas superficiales y subterráneas, protección de ecosistemas, entre otros, siguen siendo ejemplos de aspectos deseables en una GIRH que están ausentes en el modelo chileno

Con estos argumentos, se hace innegable que se está frente a un sistema de gestión de las aguas que tiene virtudes y debilidades teóricas para enfrentar problemas sociales, ambientales y económicos. El problema es que no se podría señalar si este sistema garantiza una gestión del agua que maximice el bienestar social de manera equitativa y ambientalmente sustentable como plantea la definición de la GIRH.

3.5 Experiencias internacionales en la gestión de recursos hídricos: Elementos para el análisis

La gestión del agua es compleja en cualquier región o país pues requiere conciliar las necesidades, derechos y obligaciones de múltiples usuarios.

Los marcos regulatorios que rigen el uso del agua en el mundo son diversos y la experiencia que se puede obtener de ellos resulta de gran utilidad para nuestro país en circunstancias en que se debate en el Congreso una reforma constitucional que otorgue rango constitucional a la propiedad pública de aguas (Mensaje presidencial N° 1774-357). Se presenta a continuación una breve descripción acerca de distintos los enfoques que predominan en la regulación y gestión de los recursos hídricos en el mundo.

3.5.1 Europa

En el año 2000 la Unión Europea implementó la Directiva marco del agua (DMA) para sistematizar su enfoque respecto de los problemas relativos a la gestión de los recursos hídricos agua e imponer condiciones generales para la protección ecológica y una norma mínima para todas las aguas de superficie. En ésta Directiva se plantea que el agua no es un bien comercial, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y conservar

La Directiva marco del agua (DMA) considera al agua un bien público y es el instrumento, de aplicación obligada en los Estados miembros de la Unión Europea, para convertir los nuevos enfoques en la gestión del agua en políticas concretas que deben coordinarse con las demás políticas sectoriales Su objetivo principal no sólo pone énfasis en satisfacer una demanda creciente del recurso (usos y explotación), sino también en equilibrar los distintos usos que se haga del agua con la necesidad propia del medio y su conservación (ríos, acuíferos, etc.)[153].

La Directiva se define como un marco normativo integrado (porque obliga a redactar planes de gestión concretos) y transparente (porque implica a las instituciones y a la ciudadanía en un proceso de participación). Además Las directrices de la Directiva Marco del Agua

[153] Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28002b_es.htm

establecen un enfoque holístico y estratégico de la gestión y la utilización del agua. En esa línea, la gestión de los recursos hídricos se considera una cuestión intersectorial dado que desempeña un papel importante en todos los ámbitos de desarrollo: la sanidad, la seguridad alimentaria, el transporte, el comercio, etc. La cooperación regional también reviste especial importancia, ya que con frecuencia los recursos hídricos pertenecen a varios países[154].

España

La Ley de Aguas de España, publicada en Boletín Oficial del Estado el 8 de agosto de 1985, establece que todas las aguas continentales,3.5.2 Estados Unidos de Norteamérica superficiales y subterráneas, son parte integrante del dominio público hidráulico. De esta manera, los privados sólo adquieren el derecho de aprovechamiento, no la propiedad del agua[155].

La Ley establece la Planificación Hidrológica como instrumento de ordenación de la gestión del agua en la cuenca. Los planes hidrológicos no son simples programas de obras públicas sino marcos normativos que buscan implementar los principios de la ley a las condiciones particulares de cada cuenca[156].

En España el agua es un bien público y para gestionar los recursos hídricos del país se han creado administraciones especializadas, los organismos de cuenca[157]. Estos organismos, creados desde 1926, tenían inicialmente como papel principal la construcción de infraestructura

---

154 Disponible en: http://ias1.larioja.org/apps/catapu/documentos/27_ca_Agua_DirMarcoAgua.pdf

155 Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r2-l29-1985.html

156 Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r2-l29-1985.t3.html#a43

157 Embid Irujo, Antonio: "Mito, paradoja y realidad en el ordenamiento jurídico de las aguas continentales". Ciudad y territorio – Estudios territoriales, nº 105. MOPTMA, Madrid,1995.

hidráulica. En las últimas décadas su papel ha cambiado hasta la protección y el uso sostenible del agua, una tendencia que se ha reforzado con la implementación de la directiva marco del agua de 2000 de la EU en España. Los organismos de cuenca tienen varios órganos consultivos para aumentar la participación de los usuarios en la toma de decisiones. La gran mayoría de los organismos de cuenca son Confederaciones Hidrográficas, en cuencas que incluyen varias comunidades autónomas, que están bajo la tutela del Ministerio de Medio Ambiente. Así pues, las Confederaciones Hidrográficas son parte de la administración del Estado y al mismo tiempo son herramientas para la toma de decisiones participativas al nivel local y de la cuenca. Las autoridad del Estado se ha transferido a las comunidades autónomas en aquellas cuencas que discurren en su totalidad por el territorio de una sola comunidad autónoma.

Los Organismos de cuenca: son las entidades encargadas de la elaboración de los planes hidrológicos de las cuencas intercomunitarias e intracomunitarias como autoridad especializada, descentralizada y participada para la planificación y gestión del agua.

3.5.2 Estados Unidos de Norteamérica

En Estados Unidos la organización institucional y la legislación relacionada al agua se diferencia de los otros países. En el sistema federal de este país los estados son los dueños del agua y controlan la gran parte de los procesos de asignación del recurso. Esto significa que cada estado cuenta con su propio marco legal relacionado con la gestión de las aguas. Todas tienden a implementar dos sistemas básicos de asignación de derechos: *asignación prioritaria* y *derechos del propietarioribereño*. Los estados con la ley de asignación prioritaria se encuentran principalmente en zonas del oeste del país, donde hay menores precipitaciones. Los estados con leyes del propietario ribereño, están localizados en la parte del país donde el recurso hídrico es más

abundante. Algunos estados han adoptado una mezcla de los dos sistemas[158].

Los derechos de aguas en los estados que implementan la *asignación prioritaria* son generalmente entregados a lapersona que proyecta dedicar elagua a un uso productivo. La mayoría delos estados requieren que el uso también sea coherente con el bienestar público. Los derechos se usan por prioridad, o sea cuando no existe suficiente agua para cumplircon todos los derechos de agua, los usuarios con los derechos más antiguos,pueden demandar que se les entregue el agua antes que a aquellos con derechos adquiridos posteriormente. En el caso de estados que se rigen según los principios contemplados en los *derechos del propietario ribereño*, el dueño de las tierras que limitan con cuerpos de agua tiene el derecho de usarla[159].

3.5.3 Brasil

En su Artículo 20, inciso III, la Constitución brasileña indica que son dominio del estado o los estados que constituyen la Unión Federal "los lagos, ríos, cualesquiera corrientes de agua en terrenos de su dominio, o que bañen más de un Estado, sirvan de límite con otros países, se extiendan a territorio extranjero o de él provengan, bien como los terrenos marginales y las playas fluviales"[160].

Se considera además que el agua es un bien económico, escaso en cantidad y calidad que requiere instrumentos legales que permitan

---

158 Trelease, F. 1974. *Water Law, Resource Use and Environmental Protection*. West Publishing Company, St. Paul Minnesota, Estados Unidos, pág. 147.

159 Howe, C. 1996. Water Resources Planning in a Federation of States: Equity Vs. Efficiency. *Natural Resources Journal*. Vol 36, New Mexico: University of New Mexico School of Law.

160 Disponible en: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html#mozTocId707183

balancear la oferta y la demanda con vistas al desarrollo sustentable[161].

En Brasil, la responsabilidad por el manejo de los recursos hídricos es compartida entre el Gobierno Federal y los Estados. Corresponde al Gobierno Federal explotar los servicios e instalaciones de energía eléctrica y el aprovechamiento energético de los cursos de agua, conjuntamente con los estados en que haya potencial hidroeléctrico. También le corresponde al Estado la prevención de desastres, como por ejemplo inundaciones y sequías. Le compete además al Gobierno Federal crear un sistema de manejo de los recursos hídricos a nivel nacional y establecer criterios para el otorgamiento de derechos de agua. El Gobierno Federal, según la constitución nacional, puede crear zonas de desarrollo en regiones de bajos ingresos que experimentan períodos de sequía, donde las prioridades en cuanto al uso del agua deben obedecer a razones de naturaleza económica y social[162].

3.5.4 México

De acuerdo con el artículo 27 de la Constitución de México la propiedad de las aguas dentro del territorio nacional corresponde originalmente a la Nación, la cual tiene el derecho de traspasar el dominio de ellas a los particulares[163].

La Comisión Nacional del Agua, organismo descentralizado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, es responsable de administrar aguas nacionales y sus bienes públicos inherentes, de

---

161 Kemper, K. 1996. The Cost of Free Water: Water Resources Allocation and Use in the Curu Valley, Ceará,Northeast Brazil. Linkopin, Sweden: Linkoping Studies in Arts and Science.

162 Jouravlev, A. 2001. *Administración del agua en América Latina y el Caribe en el umbral del siglo XXI*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.1564–P, julio de 2001,Serie Recursos Naturales e Infraestructura No 27, Santiago, Chile.

163 Disponible en http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/28.htm?s

acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[164].

Posteriormente, se promulga el año 1992, la Ley de Aguas Nacionales (LAN) la cual reglamenta la implementación del artículo 27 de la Constitución mencionada anteriormente, donde *se considera a la cuenca hidrográfica como unidad básica de administración,* se establece la creación de **Gerencias Regionales y Estatales** de la CNA y **Consejos de Cuenca**,

y se abre espacio a la participación organizada de los usuarios en el manejo por cuencas mediante asambleas[165]

3.5.5 Sudáfrica

En el caso de Sudáfrica, la constitución garantiza el acceso al agua sin embargo no hace mención a la propiedad pública de las aguas. Esta condición se menciona en la Ley de Aguas promulgada en 1998[166].

Este país presenta amplios rangos de variabilidad pluviométrica, por lo cual necesita de una adecuada administración y gestión de sus recursos para poder proveer de agua a toda la población y ecosistemas existentes. Por ello, en el último tiempo se ha puesto énfasis en la Gestión Integrada de Recursos Hídricos, y para esto se establece a la cuenca hidrográfica como la unidad territorial. Sudáfrica comparte varias cuencas con otros países de la región, por lo que ha establecido tratados transfronterizos como medida para el desarrollo de una gestión adecuada, conformándose un nuevo concepto para el país, la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos Transfronterizos, GIRHT, donde la

---

164 Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua. *1999. Análisis y perspectiva del recurso hídrico en México*. Disponible en: http://www.thirdworldcentre.org/home/akbiswas/www/publi.html.

165 Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/16.pdf (Enero de 2010)

166 Disponible en **http://www.ielrc.org/content/w0703.pdf**

unidad de trabajo sigue siendo la cuenca[167].

3.5.6 Colombia

La Constitución Política de 1991 estipula, entre sus principios fundamentales, el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y como obligaciones del Estado establece entre otras, la "planificación el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sustentable y su conservación, restauración o sustitución"[168].

La gestión de recursos hídricos en éste país da prioridad al consumo humano por sobre cualquier otro uso y también se establece que la **falta de conocimiento científico** que permita evaluar con *certeza* ciertos tipos de impacto ambientales, **no será razón para postergar la puesta en práctica** de medidas eficaces que impidan la degradación del medio ambiente[169]

3.5.7 Costa Rica

En Costa Rica, el agua es un bien de dominio público. Está fuera del comercio y, porque nadie puede propiedad de las aguas dentro del territorio nacional alegar propiedad sobre ella, es imprescriptible e inalienable. En consecuencia, las aguas y las fuerzas que puedan obtenerse de ellas son del dominio, administración, y vigilancia del Estado. Al declararse el agua como un bien de dominio público, toda persona física o jurídica, pública privada requiere de una concesión

---

[167] Disponible en: http://www.africafiles.org/article.asp?ID=4564]

[168] Ministerio del Medio Ambiente. 1996. *Documento de soporte técnico para la gestión del recurso hídrico.* Santa Fe de Bogotá, Colombia: Unidad de soporte para el control de la contaminación industrial.

[169] Gobierno de Colombia. 1997. *La Participación Privada en Agua Potable y Saneamiento Básico*. CONPES-2912-MDE-DNP:UPRU. Santa Fe de Bogotá, Colombia

otorgada por el Estado para el aprovechamiento temporal de las aguas. La concesión se realiza en el Departamento de Aguas del Ministerio del Ambiente y Energía (MINAE)[170].

3.5.8 Conclusiones contexto internacional

La breve revisión presentada más arriba muestra la gran variedad de enfoques respecto de los marcos legales que regulan la gestión de los recursos hídricos en el mundi. La mayoría de los países analizados reconocen y regulan el dominio que tiene el Estado sobre las aguas en su carta fundamental. Por otra parte, existe un grupo de países que no dan rengo constitucional al dominio público de las aguas para sí mencionan su condición de bien de uso público en los marcos legales desarrollados específicamente para su gestión.

La tendencia mundial es generar marcos legales que den un manejo sustentable del agua, que tenga en cuenta elementos de sustentabilidad política (participación de la comunidad en las decisiones), económica (recuperación de la soberanía sobre el agua y los servicios que proporciona) y ambiental (protección y conservación de las cuencas, los ecosistemas y los cuerpos de aguas superficiales y subterráneas)-

3.6 Propuestas para una política de largo plazo para la gestión sustentable del agua

Se plantean en este capitulo propuestas que apuntan a un mejoramiento del modelo actual de gestión de aguas en Chile de manera de integrar a la visión actual de los recursos hídricos las dimensiones social, ambiental y económica y proyectar un enfoque de gestión integrada de estos recursos que permita un desarrollo sustentable del sector.´

---

[170] Rodriguez Morales, A. (Ed.) 1997. Políticas Institucionales sobre cuencas hidrográficas. *Primer encuentrosobre organismos de cuenca de Centro América y el Caribe*. San José, Costa Rica.

3.6.1 Principios y conceptos centrales de una política para los recursos hídricos

El principio central, que debería orientar una estrategia de gestión sustentable de los Recursos Hídricos, es el de integración en distintos niveles y fases tal como se detalla a continuación:

- Integración de objetivos ambientales, que combinen aspectos tanto de cantidad como de calidad del recurso hídrico.
- Integración de todos los recursos hídricos presentes en una cuenca hidrográfica, tanto los recursos superficiales como los subterráneos, humedales, lagos, glaciares y también recursos costeros.
- Integración de todos los usos de agua, funciones y servicios en un marco común de política pública.
- Integración entre los intereses de usuarios aguas-arriba y aguas-abajo bajo una unidad de gestión a nivel de cuenca y subcuenca.
- Integración de todos los interesados en la planificación y el proceso de decisión en cada cuenca.
- Marco jurídico e institucional alineado con los principios y objetivos del enfoque de la GIRH.
- Integración de todos los aspectos de gestión de las aguas en la cuenca, incluyendo gestión de la cantidad y la calidad de aguas, los desechos y también la prevención y gestión de inundaciones, crecidas, sequías u otros fenómenos extremos en un escenario dinámico y sensible al cambio climático.
- Integrar los objetivos sociales, económicos y ambientales para lograr metas al mínimo costo social, asignar eficientemente las tareas de conservación y descontaminación entre agentes económicos, internalizar que los costos del daño deben asumirse por quienes lo generan e incorporar el valor ambiental del servicio

que entrega el agua.

3.6.2 Objetivos de una política de largo plazo para la gestión de los recursos hídricos

Los objetivos de una política para el sector deben orientarse a generar cambios y transformaciones de fondo respecto de la actual gestión de los recursos hídricos tomando en cuenta los siguientes aspectos:

1. Priorizar las funciones naturales que el agua cumple dentro de una cuenca, por sobre sus funciones económicas, dado la dependencia de éstas a las primeras.

2. Reconocer las diferencias propias de nuestro país en términos del comportamiento y disponibilidad de las aguas.

3. Incentivar la utilización eficiente y sustentable del agua por parte de todos quienes hacen uso de ella.

4. Implementar una institucionalidad local a nivel de cuenca, que integre a todos los involucrados, usuarios y no usuarios del agua en las decisiones que se tomen en torno a ella.

5. Priorizar el uso del agua en cada cuenca, en función de la vocación que los propios interesados definan.

6. Reconocer formalmente aquellos usos económicamente no productivos y garantizarles el acceso al agua.

7. Asegurar el acceso al agua para las necesidades básicas de toda la población.

8. Garantizar la seguridad nacional de la propiedad del agua y su adecuada gestión transfronteriza.

3.6.3 Estrategias de acción

La consecución de los objetivos planteados mas arriba requiere de una

estrategia que abarque las diferentes dimensiones involucradas en la GIRH, a la vez que sea validada y sustentada por la población, de manera de favorecer su aplicabilidad.

Figura. Elementos centrales para la Gestión Integrada de Recursos Hídricos en una propuesta de largo plazo.

Fig: Gestión Integrada de Recursos Hídricos en una propuesta de largo plazo.

3.6.4 Involucramiento de la sociedad civil

Será necesario comenzar un proceso que empodere a la población respecto del uso sustentable de los recursos hídricos, transformando la actual concepción del agua como un bien de connotación económica, de manera tal que sean los mismos miembros de la comunidad los principales interesados en exigir el uso sustentable del agua.

Este proceso promueve un sustento social para cualquier reforma que se aplique e incentiva el interés de la población para interiorizarse sobre la gestión del agua, evitando la actual falta de información que rodea a los procesos administrativos relacionados con el agua.

Para esto se propone una fuerte campaña comunicacional, a nivel

nacional, pero con especial énfasis en sectores rurales, que sea enfocada espacial padre hurtadomente en las cuencas como pieza fundamental, para así fomentar también el diálogo dentro de los usuarios de una misma cuenca.

De manera complementaria se propone una modificación en los planes de estudios de la enseñanza escolar, tomando en cuenta que los impactos más relevantes del cambio climático están relacionados con el agua y serían las nuevas generaciones quienes percibirán en mayor forma estos efectos. Actualmente los temas medio ambientales son considerados transversales a los contenidos mínimos. Entonces el tema de agua podría tener un tratamiento especial desde una perspectiva de la GIRH.

3.6.5 Coordinación Intersectorial para la gestión del agua

a) Institucionalidad a nivel central

Las instituciones (públicas y privadas) que se vinculan a la administración y gestión de los recursos hídricos en el país, son fundamentales para el logro de los objetivos de esta política, y en general de cualquier política relacionada con el agua. No obstante, la mirada que éstas tienen es muy focalizada y, por definición, poco integradora.

Actualmente, a nivel central, las instituciones públicas relacionadas el agua en Chile están segregadas y dispersas, y aunque es la Dirección General de Agua la institución central, en la práctica, son variadas las instituciones con algún tipo de interés en el agua y la coordinación entre ellas es un elemento reconocido como débil.

Entonces, es necesario fortalecer la institución a nivel central para poder implementar de manera efectiva cualquier medida propuesta. Para esto se propone dotar de atribuciones a la DGA para ser la encargada de coordinar las acciones de toda institucionalidad pública. De la misma forma, será necesario aumentar las capacidades humanas de la DGA,

integrando a más profesionales de diversas disciplinas, que sean capaces de abarcar los diferentes ámbitos que convergen en la gestión del agua, y que hoy están ausentes en la institución. Un soporte para garantizar la función coordinadora de la DGA sería trasladar administrativamente a la DGA al Ministerio del Medio Ambiente dada la multiplicidad de funciones otorgadas al agua.

b) Institucionalidad a nivel local

Debido a que los procesos del agua se generan naturalmente en las cuencas hidrográficas, resulta lógico contar con instituciones que funcionen a este nivel territorial.

En este sentido, las Mesas del Agua han sido uno de los avances más importantes a nivel nacional para la gestión de las cuencas hidrográficas, sin embargo, su funcionamiento ha sido limitado por su carácter no vinculante. Sin embargo, al incluir como usuarios legales del agua a usos no productivos, las Mesas del Agua pueden tener mayor dinamismo y capacidad de decidir de manera práctica sobre el manejo de los recursos hídricos de su territorio, ya que los usuarios formales del agua incluiría los usos no tradicionales.

Es necesario, entonces, constituir formalmente las Mesas del Agua como instancia de gestión territorial y fomentar su establecimiento paulatino en todas las cuencas hidrográficas del país, entregándoles más atribuciones y financiamiento, para la gestión del territorio al que pertenecen. Tomando en cuenta que, tanto su constitución, como su funcionamiento, son aspectos que involucran un alto grado de complejidad, debido a que fundamentalmente son instancias de coordinación, promoción, fomento e integración de actividades y actores privados y públicos, es primordial entender que deben ser por esencia autónomas, pero con fuerte apoyo del Estado, no sólo en términos de financiamiento, sino que especialmente en su calidad de entes rectores, que alineen las demás acciones públicas que estén relacionadas con el agua.

3.6.6 Planificación estratégica en función de la vocación de la cuenca

a) Vocación de las cuencas

Dadas las condiciones climáticas, espaciales, sociales e históricas que definen a una cuenca hidrográfica, las actividades humanas que se realizan en ella varían ampliamente a lo largo del país. Si bien las políticas nacionales pueden ser planteadas recogiendo las diferencias propias de nuestro país a escala de macrozonas (norte , centro sur y sur), se propone que sean quienes tienen presencia en la cuenca (Instituciones públicas, Usuarios formales de Aguas, Usuarios informales, Municipalidades, entre otros) los llamados a decidir sobre el rumbo que tome el desarrollo social y económico de su territorio, para esto, las Mesas del Agua resultan una instancia propicia para la toma de decisiones, y para definir la vocación de la cuenca, a partir de lo cual será posible priorizar sobre el uso del agua y garantizar el abastecimiento de las necesidades básicas de todos los interesados. Debiera ser en función de esta vocación que se realice toda acción pública de manera que sea el foco lógico de integración intersectorial.

b)Derechos de aprovechamiento y usos del agua

A pesar de los beneficios que ha tenido el concepto actual de derecho de aprovechamiento perpetuo, patrimonial y libremente transable en el mercado, éste no asegura las funciones naturales del agua en una cuenca y no permite el acceso al agua de los usos no productivos, ya que la lógica es reasignar los derechos de aprovechamiento a los usos económicamente más rentables dentro de la cuenca.

Bajo la realidad actual y los objetivos futuros del país, en donde a diferencia de las décadas de los 80 y 90s en que el eje de desarrollo era el crecimiento económico, se busca un desarrollo que concilie el crecimiento económico con el desarrollo social y ambiental sustentable, la legislación en torno al agua necesita de una regulación que incorpore elementos en esta dirección. Esto implica que se requiere de una modificación de fondo al código de aguas vigente, de manera tal, que se

pueda mantener la naturaleza económica de los derechos de aprovechamiento, pero limitando la cantidad de agua que pueda ser asignada a estos fines en una cuenca, asegurando el otorgamiento de recursos hídricos a aquellos usos económicamente no productivos, pero indispensables para la comunidad, como el caudal ecológico, la agricultura de subsistencia de campesinos y etnias y el acceso al agua potable de poblados rurales, entre otros.

La política en este sentido debiera regular el mercado a nivel de cuenca. Para esto se propone eliminar el carácter de perpetuidad de los derechos de aprovechamiento y transformarlos en concesiones de plazo variable, según la actividad productiva y de carácter renovables condicionados a su uso y mantención; los derechos asignados debieran ser libremente transables en torno a la misma actividad productiva para la cual fueron asignados, entendiendo que de esta manera se conserva la priorización de usos definida en cada cuenca por la Mesa de Agua y las transacciones entre usos debiera ser regulada por esta misma instancia y se debiera mantener fuera del mercado una proporción de las aguas que en cada cuenca sea definida como requisito para mantener las funciones ambientales de ésta entendiendo que el mantener el sistema ambiental, es requisito necesario para el mantenimiento de las actividades antrópicas que dependen de este recurso.

c) Interrelaciones entre aguas superficiales y subterráneas

Una debilidad estructural de la gestión del agua actual radica en la división de las aguas superficiales (en secciones de ríos), como las superficiales de las aguas subterráneas. Una propuesta de gestión a nivel de cuencas hidrográficas debiera ser planteada bajo la perspectiva de que el sistema hídrico constituye una unidad en que sus componentes son interdependientes y constituyen un continuo con particularidades hidrológicas que los diferencian, por lo cual debieran ser gestionados como un todo. La administración puede seguir siendo realizada por los mismos privados en el marco de las decisiones de la Mesa de Agua.

d) Información territorial para la toma de decisiones

Si bien en la actualidad existen sistemas que recogen información muy completa de variables ambientales, sociales y económicas, normalmente esta información no está centralizada de manera que facilite su uso para la toma de decisiones. En particular en torno al agua, las decisiones requieren de información que muchas veces no existe en el momento o lugar que se necesita o ésta es de calidad deficiente.

La gestión del agua debiese contar con información base de cantidad y calidad de las aguas, a nivel de cuencas en una red de medición y monitoreo de calidad, a su vez debiese disponer de información sobre el uso del territorio que se relaciona con los recursos hídricos. Es por esto que una propuesta debiera apuntar a entregar a la DGA y sus representaciones regionales y a los Programas de Mesas del Agua, las herramientas y recursos legales y económicos para desarrollar un sistema de información acorde a estos requerimientos, de manera que las decisiones en torno al agua, su asignación, reasignación, conservación, y cualquier otra decisión que regule el recurso, sea en base a información técnica adecuada y confiable.

3.7 Bibliografía, Recursos hídricos

Ayala, Cabrera y Asociados Ltda. 2007b. Estimaciones de demanda de agua y proyecciones futuras. Zona II. Regiones V a XII y Región Metropolitana. Dirección General de Aguas, Ministerio de Obras Públicas, Chile, 109 p.

Azqueta, D. 2002. Introducción a la economía ambiental. McGraw-Hill, Madrid.

Bastidas, G. 2006. La ruta hacia la gestión integrada, un cambio de modelo mental. 10 pp. En: Jornadas sobre las aguas subterráneas en la gestión integrada de los recursos hídricos. Mesa redonda: La gestión integrada:

Perspectivas económica, jurídica y ambiental. Barcelona, España, 25

Octubre 2006.

Bateman, I., R. Carson, B. Day, N. Hanemann, T. Hett, N. Hanley, M. Jones-Lee, G. Loomes, S. Mourato and E. Ozdemiroglu. 2002. Economic valuation with stated preferente techniques: a manual.

Cheltemham, Edward Elgar. Bates, B.C., Z.W. Kundzewicz, S. Wu y J.P. Palutikof (Eds.). 2008. El Cambio Climático y el agua. Documento técnico del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Secretaría del IPCC, Ginebra. 224 p.

Bauer, C. 1997. Bringing Water markets down to earth: The political economy of water rights in Chile, 1976-95. World Development, 25(5):639-656.

Comisión Nacional de Medio Ambiente, CONAMA. 2006. Estrategia nacional de gestión integrada de cuencas hidrográficas. Taller internacional, 13 y 14 de Diciembre 2006. CEPAL, Santiago, Chile Disponible en:

Comisión Nacional de Medio Ambiente, CONAMA. 2006. Protección y manejo sustentable de humedales integrados a la cuenca hidrográfica. Centro de Ecología Aplicada Ltda., Chile. 114 p.

Comisión Nacional de Medio Ambiente, CONAMA. 2007. Estrategia nacional de gestión integrada de cuencas hidrográficas.

Dirección General de Aguas, DGA. 2008d. Manual de normas y procedimientos para la administración de recursos hídricos. S.I.T. Nº 156. Ministerio de Obras Públicas, Chile.

Dirección General de Aguas, DGA. 2009. Derechos constituidos.

Donoso G., A. Jouravlev, H. Peña y E. Zegarra. 2004. Mercados (de derechos) de agua: Experiencias y propuestas en América del Sur. Serie Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL, n° 80. Disponible en: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/20578/lcl2224s.pdf

Dourojeanni, A. 1999. Debate sobre el Código de Aguas de Chile.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). LC/R.1924. 30 de julio de 1999. Santiago, Chile. Disponible en: http://www.eclac.cl/publicaciones/MedioAmbiente/4/lcr1924/LCR1924-E.pdf

Fuster, R. 2006. Equidad en el acceso al agua en la agricultura. Evaluación del modelo chileno de gestión de las aguas. Estudio de caso, la cuenca del río Limarí. Tesina de Maestría para el Doctorado en Ciencias Ambientales. España, Universitat Autònoma de Barcelona/ICTA. 53 p.

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, IPCC. 2007a. Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informa de evaluación del Grupo

Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [Equipo de redacción principal: Pachauri, R.K. y A. Reinsinger (directores de la publicación)]. IPCC, Ginebra, Suiza. 104 p.

Larraín, S. 2007. Glaciares chilenos: Reservas estratégicas de agua dulce. Ambiente y Desarrollo, Chile, 23(2):28-35.

Ministerio de Obras Públicas de Chile, MOP. 1987. Balance hídrico de Chile. Santiago. 12 p.

Morales, P., T. Hickler, D.P. Rowell, B. Smith and m.T. Sykes. 2007. Changes in european ecosystem productivity and carbon driven by regional climate model output. Global Change Biology, 13:108-122.

Orrego, J. 2002. El estado de las aguas terrestres en chile: cursos y aguas subterráneas. Fundación Terram, Santiago, Chile. 69p. Disponible en: http://www.terram.cl/nuevo/images/storiesrppublicos12(1).pdf

Peña H. y C. Salazar. 1993. La calidad de las aguas. Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, Santiago, 32 p.

Peña, H. 2004a. Sistema de asignación/reasignación. En: Investigación sistémica sobre regímenes de gestión del agua, el caso de Chile. Global Water Partnership. 130 p.

Proyecto TWINLATIN (Twinning European and third countries river basin for development of integrated water resources management methods), WP07. 2008. Classification of water bodies. Compilation of partner basin contributions. 163 p.

Superintendencia de Servicios Sanitarios, SISS. 1999. Análisis económico sobre el tratamiento de los Residuos Industriales Líquidos en Chile. SISS, División de Estudios y Normas. Disponible en:

http://www.bvsde.paho.org/bvsaar/fulltext/analisisecon.pdf Leído el 1 de junio de 2009.

Thobani, M. 1995. Tradable property rights to water: How to improve water use and resolve water conflicts.

Private Sector Viewpoint Note Nº 34, Public Policy for the Private Sector Series, World Bank, Washington DC. 4 p.

Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Agronómicas. 2009. Informe final Estudio "Gestión Integrada de los Recursos Hídricos en Chile". Disponible en:http://documentos.bcn.cl/jspui-od/bitstream/10221.1/27557/2/Recursos%20Hidricos_%20Informe_final.pdf

Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas y Centro de Agricultura y Medio Ambiente, AGRIMED. 2008. Análisis de Vulnerabilidad del sector Silvoagropecurio, recursos hídricos y edáficos de Chile frente a escenarios de cambio climático. Capítulo: Análisis de vulnerabilidad de los recursos hídricos de Chile frente a escenarios de cambio climático. CONAMA, ODEPA y FIA. 127 p.

4. Matriz energética y desarrollo sustentable

El desarrollo de la matriz energética en Chile y las políticas públicas que son necesarias para garantizar su desarrollo sustentable son parte de los desafíos más relevantes que debe asumir nuestro país en las próximas décadas. Por ello se dedica en este trabajo colectivo un capítulo destacado a esta materia, describiendo primeramente el estado de la termoelectricidad a nivel nacional y en la perspectiva comparada, describiendo sucintamente los beneficios y desventajas de las diferentes

formas de generación energética; ya sea a carbón, gas natural / ciclo combinado GNL, petróleo, hidráulicas, para culminar en las denominadas energías renovables no convencionales (ERNC).

La tramitación del proyecto denominado "Hidroaysén" y el transporte de la energía desde el extremo sur del país hacia la región metropolitana – que este iniciativa involucra – ha generado, no solamente discusiones de carácter legal, técnico y económico sino que también ha "despertado" el interés ciudadano por las formas en que se desarrolla y ejecuta los proyectos que involucran abastecimiento energético para la población. La preservación del patrimonio ambiental ha pasado a convertirse tanto en un deber de las autoridades competentes como en un valor esencial de la convivencia ciudadana, cautelado por medio de una progresiva participación social.

El Congreso Nacional ha impulsado un proyecto de Ley que obliga, hacia el año 2020 incorporar un 20% de energías renovables no convencionales dentro de la matriz energética. A su vez, el Gobierno despliega su esfuerzo para institucionalizar una carretera pública de transmisión de energía, que facilite el desarrollo de proyectos de este rubro en el territorio nacional.

En estas páginas encontramos los instrumentos necesarios para comprender esta problemática, así como los documentos centrales que se han elaborado tanto en el seno del Ejecutivo, por miembros del Congreso Nacional, organizaciones sociales, así como el ya citado proyecto "Propicia la ampliación de la matriz energética, mediante fuentes renovables no convencionales" (20/20).

El Chile que veremos en las próximas décadas dependerá sustancialmente de la dirección que adopten las políticas públicas vinculadas a la matriz energética en el país.

4.1 La termoelectricidad en la matriz energética mundial y de Chile

Durante el año 2008 fueron generados 20.181 TWh de electricidad a nivel mundial, y de este total 13.635 TWh, que equivale al 68%, correspondió a energía eléctrica proveniente de combustibles fósiles tales como carbón, petróleo y gas natural[171]. El resto correspondió en su mayoría a hidroelectricidad a escala mayor y en menor medida energía renovable no convencionales[172]. (Fig. 1)

Fig 1: Generación de electricidad mundial por tipo de fuente durante el año 2008.

Fuente: Antecedentes sobre la matriz energética en Chile y sus desafíos para el futuro. Comisión Nacional de Energía[173].

---

171 *Key World Energy Statistics 2010. International Energy Agency* (IEA). Disponible en: http://www.iea.org/textbase/nppdf/free/2010/key_stats_2010.pdf (Julio, 2011).

172 Ibíd.

173 Antecedentes sobre la matriz energética en Chile y sus desafíos para el futuro. Antecedentes de para un debate. Comisión Nacional de Energía (CNE). Disponible en: http://www.cchen.cl/mediateca/PDF/antecedentes_matriz_energetica.pdf (Julio, 2011).

La situación en Chile no difiere del resto del mundo; así durante el año 2010 la generación de energía eléctrica distribuida en el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING)[174] y el Sistema Interconectado Central (SIN)[175] fue de 58.257 GWh y que se distribuye según fuente de energía de la siguiente forma: combustibles fósiles representaron el 62% y el resto correspondió a energías renovables incluyendo la energía hidráulica en mayor escala[176].

Por otra parte, la capacidad instalada de energía sumado los dos sistemas entrega un total de 14.878 MW que según fuente de energía el 62% corresponde a combustibles fósiles y el 38% restante energía renovable[177]. (Figura 2).

Fig 2: Capacidad instalada y generación de energía en el SING y SIC por tipo de fuente en Chile durante el año 2010.

---

174 SING va desde la ciudad de Arica hasta Antofagasta y representa el 28,06% de la capacidad instalada del país.

175 SIC va desde la ciudad de Taltal hasta Chiloé y representa el 71,03% de la capacidad instalada del país.

176 Antecedentes sobre la matriz energética en Chile y sus desafíos para el futuro. Antecedentes de para un debate. Comisión Nacional de Energía (CNE). Disponible en: http://www.cchen.cl/mediateca/PDF/antecedentes_matriz_energetica.pdf (Julio, 2011).

177 Ibíd.

Fuente: Antecedentes sobre la matriz energética en Chile y sus desafíos para el futuro. Comisión Nacional de Energía[178].

En Chile el 63% de los proyectos en construcción y que aportarán a la matriz energética son térmicos (carbón, gas natural licuado (GNL) y petróleo diesel), y de estos 95% de la capacidad térmica en construcción es carbón[179].

4.1.2 Generación de termoelectricidad

Las centrales de generación termoeléctricas son aquellas que generan energía eléctrica a partir de la combustión de algún combustible fósil, ya sea petróleo (o alguno de sus derivados o variantes) gas natural o carbón.

La producción de termoelectricidad en esencia es simple; la energía calórica producida por la combustión es transformada en movimiento y luego en energía eléctrica mediante un generador. (Figura 1).

---

178 Ibíd.

179 Ibíd.

Figura 3. Esquema de central termoeléctrica convencional.

Fuente: Ingeniería eléctrica aplicada[180].

Las centrales termoeléctricas clásicas o convencionales son aquellas que emplean la combustión del carbón, petróleo (fuel oil) o gas natural para generar energía eléctrica[181].

Las centrales termoeléctricas de ciclo combinado, por otra parte, se caracterizan por combinar una turbina de gas para propulsar un generador eléctrico. Los gases –aún muy calientes- eyectados por la

---

180 Ingeniería eléctrica aplicada. Funcionamiento de una central termoeléctrica. Disponible en: http://ingenieriaelectricaexplicada.blogspot.com/2010/02/funcionamiento-de-una-central.html(Julio, 2011).

181 Centrales térmicas de combustibles fósiles. Capítulo IV. La electricidad en España. Disponible en: http://www.unesa.es/documentos_biblioteca/La_Electricidad_en_Espana_313_Cap_IV.pdf (Julio, 2011).

turbina, se vuelven a utilizar para propulsar un generador en un sistema tradicional de turbina a vapor. (Figura 2). El espectro de combustibles que usan es amplio: diésel, gas, carbón e incluso petcoke[182].

Fig 4: Esquema de central termoeléctrica de ciclo combinado.

Fuente: Las centrales térmicas de ciclo combinado.

Beneficios y desventajas generados por centrales termoeléctricas

La Comisión Nacional de Energía (CNE) publicó un informe donde indica las proyecciones para el consumo de electricidad en Chile hasta el 2030. Las conclusiones son que, hacia el 2020 la demanda se duplicará (12.000 MW) y se triplicará para el 2030 (18.000 MW)[183]. En este

[182] Ibíd.

[183] Diseño de un modelo de proyección de demanda energética global nacional de largo plazo. Informe final preparado para la Comisión Nacional de Energía, por Programa de gestión y economía ambiental (PROGEA). Departamento de ingeniería industrial, Universidad de Chile. Disponible en: http://antiguo.minenergia.cl/minwww/export/sites/default/05_Public_Estudios/descargas/estudios/texto2.pdf (Julio, 2011).

escenario es posible que la demanda futura sea cubierta por fuentes de energía tradicionales como son combustibles fósiles (carbón y gas natural) y centrales hidroeléctricas[184].

El Plan de Obras de la Comisión Nacional de Energía (CNE) ha señalado que se están construyendo o bien están proyectadas 10 centrales termoeléctricas a carbón en la zona norte para el año 2015[185]. Estos proyectos termoeléctricos suman una inversión estimada de US$18.000 millones[186].

A continuación se analizan los diferentes sistemas de generación térmica, sus características básicas, sus ventajas y desventajas ambientales y sus costos de transacción generales. La información de éste capítulo se basa en presentación de Javier Hurtado, en el marco del Seminario ¿Hay crisis energética? del año 2006.

4.1.3 Generación térmica a carbón

Se tomará como modelo una central de capacidad media (250-350 MW)[187].

Beneficios ambiental

- Instalaciones compactas que pueden ampliarse modularmente
- Pueden ser instaladas cerca de los centros de consumo (minimizan líneas de transmisión).

---

184 Ibíd.

185 Disponible en: http://www.emol.com/noticias/economia/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=432740 (Julio, 2011).

186 Ibíd.

187 Los desafíos ambientales. Seminario ¿Hay crisis energética? 2006. Disponible en: http://www.sofofa.cl/BIBLIOTECA_Archivos/Documentos/2006/08/04_JHurtado.pdf (Julio, 2011).

- No están sujetas a ciclos climáticos de mayor o menor abundancia de aguas como es el caso de la hidroelectricidad.
- Tecnologías actuales permiten ser eficientes en el abatimiento de emisiones (MP, SO_2, NO_X).
- Eficiencia entre 35-55%

Desventajas ambientales

- Inciden en la generación de contaminantes atmosféricos en zonas latentes o saturadas.
- Contribuyen al calentamiento global con la emisión de contaminantes atmosféricos.
- Requieren provisión abundante de agua para refrigeración. Una parte es devuelta al medio con una temperatura elevada. Otra parte de emite en forma de vapor de agua.

Conflicto eventual de decisiones

- Aceptación de emisiones atmosféricas (en norma)- desechos sólidos (cenizas) versus generación eléctrica segura a costo medio.

4.1.4 Generación térmica a Gas Natural / Ciclo Combinado/ GNL

Ventajas y desventajas ambientales y sus costos de transacción generales para la generación térmica a Gas Natural / Ciclo Combinado/ GNL. Se tomará como modelo una central de capacidad media (250-350 MW)[188].

Beneficios ambientales

- Instalaciones compactas que pueden ampliarse modularmente.
- Pueden ser instaladas cercanas a los centros de consumo (minimizan líneas de transmisión).

---

[188] *Op.cit.* Los desafíos ambientales. Seminario ¿Hay crisis energética?.

- No están sujetas a ciclos climáticos de mayor o menor abundancia de aguas como es el caso de la hidroelectricidad.
- El gas natural es un combustible más limpio que el carbón-petcoke-diesel (en particular para MP, SO_2).
- Eficiencia entre 40-60%.

Desventajas ambientales

- Requiere provisión continua de gas vía ductos o estaciones de regasificación (caso GNL).
- Inciden en la generación de zonas latentes o saturadas por contaminantes atmosféricos.
- Contribuyen al calentamiento global con la emisión de contaminantes atmosféricos.
- Requieren provisión abundante de agua (cursos de aguas superficiales, aguas subterráneas, pozos).

Conflicto eventual de decisiones

- Menores emisiones atmosféricas, sin desechos sólidos versus generación de energía eléctrica con bajo grado de seguridad por dependencia de proveedores en caso de Chile (como fue en el caso de la importación de gas natural desde Argentina), o a mayor costo (GNL).

4.1.5 Generación térmica utilizando Petróleo Diesel

Ventajas y desventajas ambientales y sus costos de transacción generales para la generación térmica utilizando Petróleo Diesel[189]. Se tomará como modelo Centrales de capacidad menor a media (50-150 MW). Generalmente turbogeneradores de emergencia en situaciones de déficit.

---

[189] *Op.cit.* Los desafíos ambientales. Seminario ¿Hay crisis energética?

Beneficios ambientales

- Instalaciones compactas que pueden ampliarse modularmente.
- Pueden ser instaladas cercanas a los centros de consumo (minimizan líneas de transmisión).
- No están sujetas a ciclos climáticos de mayor o menor abundancia de aguas como es el caso de la hidroelectricidad.
- El petróleo diesel es un combustible relativamente más limpio que el carbón-petcoke (menor emisión de MP).
- Eficiencia entre 40-60%.

Desventajas ambientales

- Inciden en la generación de zonas latentes o saturadas por contaminantes atmosféricos.
- Emisiones importantes a la atmósfera en directa relación con la mayor potencia instalada. Contribuyen al calentamiento global.
- Requieren de terminales de llegada del petróleo y grandes estanques de almacenamiento.

Conflicto eventual de decisiones

- Aceptación de emisiones atmosféricas (en norma)- sin desechos sólidos versus generación eléctrica segura a costo medio.

4.1.6 Normas de emisión para termoeléctricas de Chile

Las normas de emisión para termoeléctricas de Chile, al igual que todas las normas de emisión nacionales, son medidas en la fuente emisora o boca del emisor.

La norma de emisiones para centrales termoeléctricas[190], considera los

[190] Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar_formato=pdf&

siguientes contaminantes: dióxido de azufre (SO_2), dióxido de nitrógeno (NO_2), material particulado (MP), y mercurio (Hg). Esta norma es aplicable a unidades (calderas o turbinas) con una potencia térmica mayor o igual a 50MWt. La aplicación de esta norma dependerá del tiempo de existencia de las centrales termoeléctricas, así aquellas existentes (operando o declaradas en construcción antes del 30 de noviembre de 2010) y fuentes emisoras nuevas (posteriores al 30 de noviembre de 2010).

El MP en las centrales existentes tendrá un plazo de 2 años y 6 meses a contar de la fecha de publicación del Decreto (26 de junio de 2011). El plazo de cumplimiento de los demás parámetros (SO_2, NO_2, Hg) corresponderá a 4 años contados desde la publicación del decreto en zonas declaradas latentes o saturadas con anterioridad, y de 5 años en aquellas zonas que no se encuentren declaradas como latentes o saturadas por dichos contaminantes. (Tabla 1).

Las fuentes emisoras nuevas deberán cumplir con los valores límites de emisión desde la entrada en vigencia del presente decreto.

Tabla 1. Norma de emisiones chilenas para centrales termoeléctricas (mg/Nm3)

Central existente

Combustible	MP	SO2	NOX
Sólido	50	200	400
Líquido	30	30	200
Gas Natural	n.a	n.a	50

Central Nueva

nombrearchivo=DTO-13_23-JUN-2011&exportar_con_notas_bcn=True&exportar_con_notas_originales=True&exportar_con_notas_al_pie=True&hddResultadoExportar=1026808.2011-06-23.0.0%23 (Julio, 2011).

	Combustible	MP	SO2
NOXSólido	30	200	200
Líquido	30	10	120
Gas Natural	No aplica	No aplica	50

Fuentes emisoras existentes y nuevas

Combustible	Mercurio
Carbón y/o petcoke	0,1

Fuente: Norma de emisión para termoeléctricas[191].

4.1.7 Nuevas tecnologías usadas en la generación de termoelectricidad

Los estados y privados, principalmente del mundo desarrollado, han realizado grandes inversiones para apoyar la investigación y desarrollo tecnológicos conducentes a tecnologías más eficientes y más limpias. Resultado de esos esfuerzos sostenidos durante más de dos décadas, son las tecnologías actualmente disponibles para el uso de petcoke (y carbón, por supuesto) con buen rendimiento energético y emisiones consistentemente más bajas que los estándares ambientales establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS)[192][193].

---

191 Norma de emisión para termoeléctricas. Disponible en: http://www.sinia.cl/1292/articles-44963_publicacionDO.pdf (Julio, 2011).

192 Guías de la Calidad del Agua para Consumo Humano. Tercera Edición. Organización Mundial de la Salud. Disponible en:

Las tecnologías actualmente disponibles son:

- Ciclo Combinado con Gasificación Integrada[194] (IGCC, su sigla en inglés): es una tecnología que convierte primero el combustible (carbón o petcoke) en "gas sintético" un combustible más limpio que es posteriormente utilizado para energizar una turbina de gas de ciclo combinado para generar electricidad.

- El modelo de esta tecnología es la central termoeléctrica de Wabash, una planta que genera 292 MW[195] construida como *joint venture* entre privados y el Departamento de Energía de los Estados Unidos. Las mediciones realizadas han demostrado su capacidad para producir emisiones por debajo de todos los estándares ambientales de la Agencia de Protección del Medio Ambiente de Estados Unidos (EPA por sus siglas en inglés). Los últimos adelantos de esta tecnología permiten acoplarle procesos de Captura y Almacenamiento de CO_2 (CCS).

- Lecho fluidizado circulante[196] (CFB): Una ventaja clave de la tecnología CFB es que el control de la contaminación está

---

http://www.oocities.org/filtrobioarenaperu/Documentos/OMS_Agua.pdf(Julio, 2011).

193 El Proceso de Fijación y Revisión de Normas de Calidad del Aire. Disponible en: http://www.bvsde.ops-oms.org/bvsci/e/fulltext/normas/normas.html (Julio, 2011).

194 *Pioneering Gasification Plants*. Departamento de Energía de los Estados Unidos de América (DOE). Disponible en: http://www.fossil.energy.gov/programs/powersystems/gasification/gasificationpioneer.html (Julio, 2011).

195 Millones de Watts. Un Watt es una medida de energía que representa la producción de un Joule por segundo y un Joule es aproximadamente la energía con que un objeto de 100 gramos golpea el suelo al caer desde un metro de altura. Es decir, esta planta produce en cada segundo, la energía con que golpea el suelo un objeto de 10 toneladas cayendo desde 3 Km de altura.

196 *Power Engineering Internacional. CFB: Techonology of the Future?* Disponible en: http://pepei.pennnet.com/display_article/321582/6/ARTCL/none/none/1/CFB:-Technology-of-the-Future?/ (Julio, 2011).

incluido en el proceso de combustión. Agregando calcita[197] en la caldera de combustión, los diversos óxidos de azufre (SOx) son capturados en su punto de origen. La baja temperatura de combustión minimiza la formación de óxidos de nitrógenos (NOx) y la inyección de amoníaco en la caldera disminuye la producción restante a la mitad. Todo esto redunda en la capacidad para usar combustibles como el petcoke.

- Carbón pulverizado[198] (PC): La industria petrolera y los productores de energía vieron una oportunidad en la creación de mejores y más limpias tecnologías y se implementaron programas de Investigación y desarrollo (I&D) que redundaron en la creación de tres nuevas tecnologías de uso del carbón pulverizado: Supercrítica, Supercrítica Avanzada y Ultrasupercrítica. Tecnologías que –usando carbón pulverizado- difieren en su rendimiento energético, sus emisiones, la presión y la temperatura a que se desarrolla el proceso de combustión. La presión y el rendimiento energético aumentan desde supercrítica a ultrasupercrítica, en cambio, la temperatura y las emisiones disminuyen en la misma dirección.

Todas tienen la capacidad de funcionar con petcoke mientras mantienen sus emisiones por debajo de los límites permitidos.

- Gasificación subterránea del carbón (UGC): Esta es una tecnología que permite convertir carbón aun en la veta, en gas combustible que puede ser utilizado para calefacción industrial, generación de energía eléctrica o producción de hidrógeno[199]. En rigor, el proceso es el mismo que se utiliza

---

197 Mineral de bajo costo formado por carbonato de calcio.

198 T. Hewson. "Advancements in Coal Technologies". 2006 Mid-América Regulatory Conference Columbus Ohio. Disponible en: http://www.puco.ohio.gov/emplibrary/files/media/Publications/MARC/Hewson.EVA.ppt#1 (Mayo, 2011).

199 Underground Coal Gasification. Disponible en: http://www.worldcoal.org/coal/uses-of-coal/underground-coal-gasification/. Septiembre 2011.

en la gasificación en superficie. La principal diferencia es que en UCG es la veta misma de carbón la que hace las veces de reactor de modo que la gasificación del carbón toma lugar bajo tierra y el gas de síntesis producido se extrae y es dirigido directamente a la planta de producción de calor y/o energía eléctrica es almacenado como reserva o para su posterior transporte a otras locaciones.

- Gasificación por plasma: Es una tecnología que permite la co-combustión de carbón y desechos municipales, previa conversión a gas de síntesis (syngas). Una mezcla de carbón pulverizado y desechos municipales mecánicamente reducidos a partículas (triturados), es introducida en forma continua en una "cámara de conversión" -con una atmósfera muy pobre en oxígeno- a temperaturas suficientemente altas para que liberen moléculas más simples altamente energéticas[200] (carbohidratos, la mayoría de ellas). Estas moléculas forman un gas que es conducido hacia la "cámara de refinación" (refinement chamber) donde pasa por una nube de plasma[201] y –por efecto de las altas t4emperaturas- las moléculas orgánicas son degradadas a sus átomos constitutivos. Posteriormente, los átomos son recombinados en hidrocarburos (syngas), los contaminantes separados de la corriente de syngas con tecnologías de probada eficacia y el syngas limpio de contaminantes puede ser utilizado como combustible para la producción de electricidad[202].

4.1.8 Hidráulica de mayor escala (sobre 50 MW capacidad

---

200 La mezcla no arde porque no cuenta con suficiente oxígeno para sostener una combustión. (N. del A.)

201 El plasma es un conjunto cuasineutral de partículas cargadas y portadores de carga eléctrica libres, que desarrolla un comportamiento colectivo. Debido a que es una suerte de gas de partículas cargadas interactúa fuertemente con campos eléctricos y magnéticos. Cuando se produce plasma con descargas eléctricas de alto voltaje, se pueden conseguir muy altas temperaturas (sobre 5000 °C) que descomponen las moléculas en sus átomos constituyentes.

202 "How does it work?" Disponible en: http://www.plascoenergygroup.com/. Septiembre 2011.

instalada)

La Hidroelectricidad en la matriz energética mundial y de Chile

La hidroelectricidad es la fuente de energía renovable más importante del planeta jugando un rol preponderante en la generación global de energía. Globalmente se generaron 3.288 TWh de hidroelectricidad, representando con eso sobre el 16.3% de la producción total de electricidad (20.181 TWh) para el 2008[203]. Conjuntamente se estima un potencial superior a los 16.400 TWh/año[204].

La producción de hidroelectricidad en los países miembros de la OCDE alcanzó 1381 TWh, representando el 12.9% del total de electricidad generada para el 2008[205]. Mientras en el resto de los países del mundo (No-OCDE) la hidroelectricidad alcanzó 1.906 TWh lo que equivale al 20.1% de la electricidad total producida[206]. Dentro de este último grupo de países es precisamente China, el que desde 1990 ha tenido un mayor incremento en la generación de hidroelectricidad ubicándose primero dentro de los 10 primeros generadores a nivel mundial. (Figura 1).

Fig 1: Participación de la hidroelectricidad por países productores en el 2008.

---

[203] Renewable Energy Essentials: Hydropower 2010. International Energy Agency (IEA). Disponible en: http://www.iea.org/papers/2010/Hydropower_Essentials.pdf (Septiembre, 2011).

[204] Ibíd.

[205] *Ibíd.*Fig.2: Matriz energética de Chile para el año 2007 y porcentaje de participación por unidad generadora de energía.

[206] Ibíd.

Fuente: Renewable Energy Essentials: Hydropower 2010.

Globalmente se ha desarrollado el 19% del potencial hidroeléctrico del planeta. Actualmente 5 países (China, Estados Unidos, Rusia, Brasil y Canadá) tienen el potencial de producir sobre 8.360 TWh/año, los otros países que les siguen (RD Congo, India, Indonesia, Perú y Tajikistan) tienen un potencial que puede lograr 2500 TWh/año[207]. Además los países que más activamente han desarrollado su potencial hidroeléctrico sólo utilizan un 60% de su potencial.

Chile

El año 2007 la matriz energética de Chile en su totalidad generó 58.5 TWh. Este nivel de producción estaba compuesta principalmente por unidas hidráulicas de embalse y pasada participan con 24.2% y 15.5% respectivamente. A continuación estaban las unidades generadoras térmica que utilizan carbón y gas con 16.4% y 10.4% respectivamente. Las generadoras térmicas que utilizan carbón-petcoke representan un

[207] Ibíd.

9.9% de la matriz. (Figura 2).

Fig.2: Matriz energética de Chile para el año 2007 y porcentaje de participación por unidad generadora de energía.

Fuente: Generación de energía en Chile[208].

La Agencia Internacional de Energía (AIE) señala que Chile tiene un importante potencial hidroeléctrico y que aún no se desarrolla especialmente en las regiones del sur, sin embargo, el país es vulnerable a las fluctuaciones en los caudales de sus cursos de agua a raíz de constantes cambios en los patrones climáticos que tienden a fluctuar entre periodos secos que suelen durar entre 2 y 3 años.

La generación de hidroelectricidad en mayor escala (en Chile definida para una generación desde 50 MW) se produce en una central hidroeléctrica.

Una central hidroeléctrica tradicional se compone de las siguientes partes:

- La presa, es una barrera construida en el cauce del río para

[208] Ibíd.

retener y almacenar su agua. Esta provoca la subida del nivel del río y la inundación de los terrenos con la consiguiente creación de un embalse.

- La pared de la presa contiene los desagües que sirven para controlar el agua que se deja pasar río abajo.
- Las tuberías de conexión que sirven para llevar el agua del embalse hasta la planta transformadora.
- La planta transformadora se encuentran las turbinas y los generadores que transforman la energía cinética del agua en energía eléctrica.
- Las líneas eléctricas transportan la electricidad hasta el punto donde se consumirá.
- Otras instalaciones auxiliares.

4.1.9 Beneficios y desventajas generados por centrales hidroeléctricas

El Banco Mundial y la Unión Mundial para la Naturaleza (IUCN), representantes del sector privado, distintos gobiernos, instituciones de la sociedad civil y personas se reunieron en abril de 1997 para constituir la Comisión Mundial de Represas (CMR) para ver la realidad de las grandes represas en el mundo. (Tabla 3).

Una gran represa se acuerdo a la Comisión Internacional de Grandes Represas (ICOLD) debe cumplir las siguientes características:

- Una altura mínima de 15 metros (desde los cimientos).
- Represas de 10 a 15 m de altura con un embalse de más de 3 millones de m^3 también son clasificadas como grandes represas.

Al año 2000 existían 45.000 represas que cumplen esas condiciones en el mundo.

El resultado de su trabajo es mostrado a través del informe final Represas y Desarrollo: Un Nuevo Marco para la Toma de Decisiones (*Dams and Development:A New Framework for Decision-Making*), de noviembre 2000, presenta algunas de sus conclusiones en relación con el impacto en ecosistemas originados en grandes represas como sería el caso del PHA:

- La pérdida de bosques y hábitats naturales, de poblaciones de especies y la degradación de las cuencas río arriba debido a la inundación de la zona de los embalses.

- La pérdida de la biodiversidad acuática, de la pesquería río arriba y abajo, y de los servicios brindados por las planicies de inundación río abajo, por los humedales, y por los ecosistemas de las riberas, y estuarios adyacentes.

- Impactos acumulativos en la calidad del agua, en las inundaciones naturales y en la composición de las especies, cuando en el mismo río se construye varias represas.

El informe de CMR con respecto a este punto concluye que "los impactos sobre los ecosistemas son más negativos que positivos y han provocado, en muchos casos, pérdidas significativas e irreversibles de especies y ecosistemas". No obstante esto, es posible que en casos particulares los ecosistemas puedan verse favorecidos si se brindan algunas condiciones como nuevos humedales (construcción), hábitat para peces y usos recreativos para el nuevo embalse.

La CMR señala que los embalses, analizados por grupos independientes de científicos, emiten GEIs[209] a la atmósfera debido a la descomposición de la vegetación y a la entrada de carbón procedente de la cuenca. Se menciona el caso de una represa hidroeléctrica en Brasil que muestra un nivel bruto de estas emisiones significativo si se lo compara con una

[209] Gases de Efecto Invernadero. (N. del A.)

planta termoeléctrica equivalente[210]. Sin embargo, se debe hacer notar que estos resultados variarán significativamente según la latitud donde esté emplazada la represa.

A modo de conclusión final en este punto la CMR[211] indica que:

- No es posible mitigar muchos de los impactos causados en los ecosistemas y en la biodiversidad por la creación de embalses, y los esfuerzos realizados para "rescatar" la fauna y flora han tenido, a largo plazo, poco éxito.
- La utilización de canales para peces migratorios, ha tenido poco éxito, ya que la tecnología no se ha diseñado a la medida de lugares y especies.
- Una buena mitigación es el resultado de una buena base de información, cooperación temprana entre los ecólogos, el equipo de diseño de la represa y las personas afectadas, y el control y la información asidua respecto a la eficacia de las medidas de mitigación.
- Requerimiento de descargas ambientales (incluyendo descargas para provocar inundaciones controladas) son crecientemente utilizados para reducir los impactos de los cambios en el flujo de agua río abajo, en los ecosistemas acuáticos y costeros y en las planicies de inundación.

4.2 Energías Renovables No Convencionales (ERNC)

A comienzos de la segunda mitad del S. XVIII, comienza en Inglaterra la llamada Revolución Industrial. Una importante consecuencia de la industrialización de los procesos productivos fue el aumento continuado

---

[210] Represas y Desarrollo: Un Nuevo Marco para la Toma de Decisiones (2000). *Op.cit.*

[211] Represas y Desarrollo: Un Nuevo Marco para la Toma de Decisiones (2000). *Op.cit.*

del uso de los combustibles fósiles, cuya combustión ha arrojado a la atmósfera miles de millones de toneladas de carbono en la forma de CO_2. Éste es un gas de efecto invernadero, es decir tiene la propiedad de impedir el paso de una fracción significativa de la radiación calórica hacia el espacio, confinando el calor en la Tierra – y en consecuencia elevar su temperatura- dando lugar al llamado "Calentamiento Global", considerado la razón principal para el cambio climático aparentemente en curso.

Una de las formas para aminorar la magnitud de sus efectos y disminuir la velocidad del cambio es la reducción de las emisiones de CO_2 a la atmósfera mediante la sustitución de las fuentes energéticas utilizadas por otras más "amigables". Entre ellas se encuentran las Energías Renovables No Contaminantes (ERNC), que no o emiten CO_2 o sus emisiones son marginales, tienen una baja huella de carbono y no se agotarán. Los países de la Unión Europea han reaccionado con diversas iniciativas para promover el desarrollo y uso de las ERNC, elaborando diversos esquemas –desde incentivos tributarios hasta aportes directos a los productores. La aplicabilidad de cada uno de ellos depende del contexto económico de cada país, del grado de madurez de las tecnologías, de las características físicas del sistema de distribución eléctrica y otros parámetros que deben ser cuidadosamente sopesados antes de aplicar alguno de los incentivos propuestos o un mix de ellos.

4.2.1 Antecedentes generales

Recién entrado el tercer milenio, el planeta vive los efectos de un cambio climático que provocará cambios en las relaciones del hombre con la Naturaleza. El Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) en su Cuarto Informe sobre Cambio Climático (AR-4), declaró que "**la mayor parte del aumento observado del promedio mundial de temperatura desde mediados del siglo XX se debe *muy probablemente* al aumento observado de las**

concentraciones de GEI[212] **antropógenos**[213]**. Es *probable* que se haya experimentado un calentamiento antropógeno apreciable en los últimos cincuenta años, en promedio para cada continente (exceptuada la región antártica)** ". La figura

Fig. 5: Emisiones mundiales de GEI antropogénicos

Fuente: "Cambio Climático 2007. Informe de Síntesis. Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático[214]"

En la figura anterior se observa:

a) Emisiones anuales mundiales de GEI antropogénicos entre 1970 y 2004.5

b) Proporción respecto de las emisiones totales en 2004, que

---

[212] Gases de Efecto Invernadero. Éstos son gases que permiten el paso de la radiación solar, que calienta la Tierra. El calor producido –que normalmente era radiado de vuelta al espacio- es atrapado por los GEI y en consecuencia permanece en la Tierra elevando la temperatura de ésta (algo similar a lo que ocurre con las paredes y techos de vidrio de un invernadero) (N. del A.)

[213] Producido por actividades humanas. **(N. del A.)**

[214] Op.Cit. "Cambio Climático 2007. Informe de Síntesis. Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático"

representan diferentes Gases de Efecto Invernadero (GEI) antropogénicos en términos de CO_2 equivalente[215]*.*

c) Proporción respecto de las emisiones totales de GEI antropogénicos en 2004, que representan diferentes sectores, en términos de CO_2 equivalente. (En el sector silvicultura se incluye la deforestación).

En este escenario medio ambiental, en que se llevan a cabo las actividades humanas, se recurre a las ERNC para prolongar el período de transición de las condiciones planetarias, dando tiempo a ejecutar más acciones que minimicen el impacto del cambio climático sobre la humanidad.

4.2.2 Las razones del cambio climático

Por cambio climático se entiende la reordenación de las zonas climáticas terrestres y el cambio en la distribución e intensidad de los meteoros[216]. La razón de estos cambios se atribuye al calentamiento global[217], que -a su vez- es consecuencia del aumento de los GEI en la atmósfera.

Fig. 5: Factores que contribuyen al efecto invernadero.

---

[215] Para un gas dado, su CO2 equivalente es la cantidad de CO2 lanzado a la atmósfera que tendría su mismo efecto en el proceso de calentamiento global. Para determinarlo se considera –aparte de sus propiedades ópticas- su tiempo de permanencia en la atmósfera. (N. del A.)

[216] Un meteoro es un fenómeno atmosférico (viento, lluvia, granizo, tormentas, tornados, etc), no confundir con meteorito, que es una roca (de cualquier tamaño) que cae del espacio. (N. del A.)

[217] Aumento de las temperaturas medias anuales en escala planetaria. (N. del A.)

Fuente: Calentamiento Global y Efecto Invernadero[218]

Las razones para este aumento han sido claramente establecidas. El carbón es un combustible de origen orgánico. Todos los seres vivos son formados por moléculas que tienen un "esqueleto" (o cadena principal) formado por átomos de carbono, los que se organizan en cadenas lineales a las que se unen diferentes tipos de átomos o grupos de átomos, para formar la gran variedad de moléculas que se encuentran en la naturaleza. Estas moléculas son características de los organismos vivientes, por lo que han sido llamadas orgánicas[219].

Durante el período carbonífero (360 millones de años atrás), grandes extensiones pantanosas dieron lugar a enormes depósitos de materia vegetal en descomposición. Con el paso de miles de años estos

---

[218] Disponible en: http://www.telefonica.net/web2/jgarciaf/cambio_climatico/Introduccion/1.htm (Octubre 2010).

[219] N. del A.

depósitos siguieron enriqueciéndose y enterrándose bajo sucesivas capas de desechos. Con la profundidad aumentan la temperatura y la presión acelerando procesos químicos que producen, en sucesión: turba, lignito, carbón sub-bituminoso, carbón bituminoso y finalmente antracita (carbón mineral), con un creciente contenido de carbón[220]. Otros estados finales para estos restos orgánicos son el gas natural y el petróleo.

Consecuencia de lo anterior es que los depósitos de carbón -en cualquiera de sus estados- gas o petróleo, representan grandes cantidades de dióxido de carbono (CO_2, el principal gas de efecto invernadero) que ha sido retirado de la atmósfera, principalmente por la fotosíntesis realizada por los vegetales.

Por otra parte, la reacción de un elemento químico con el oxígeno se llama *oxidación*. La combustión es una reacción de oxidación, que libera una gran cantidad de calor[221]. La respiración de los seres humanos, por ejemplo, aporta oxígeno al organismo para que éste realice las oxidaciones (o "combustiones lentas") que necesita para obtener energía y –por otra parte- elimina del organismo el CO_2 producido por las oxidaciones[222].

La reacción de oxidación (o combustión) del carbón procede según la ecuación:

$C + O_2 \square CO_2 + E$

Es decir, por cada átomo de carbón que se quema, se produce una molécula de CO_2 más una cierta cantidad de energía (E, en la ecuación).

---

220 ¿Qué es el carbón? Disponible en: **http://www.carbunion.com/panel/carbon/uploads/que_es_el_carbon_1.pdf**.(Octubre 2010).

221 Teoría de un proceso de combustión. Disponible en **http://www.textoscientificos.com/energia/combustibles/teoria-combustion**. (Octubre 2010).

222 N. del A.

Dado que la relación ,

entonces por cada kilogramo de carbón puro que se quema, se producen 3,67 Kg de CO_2[223].

En consideración a lo anterior, y tomando en cuenta que: (1) la combustión de combustibles fósiles significa liberar a la atmósfera el carbono de las moléculas de carbón y petróleo acumulados bajo tierra durante millones de años y (2) esta liberación se ha producido en un segmento temporal, mayormente, de sólo 250 años, desde el comienzo de la Revolución Industrial[224] hasta ahora; es que se puede entender el súbito incremento en la concentración de GEI.

4.2.3 Las Energías Renovables no Convencionales (ERNC)

Las ERNC parecen constituir una respuesta adecuada y disponible para mitigar los efectos y reducir la velocidad del cambio climático, porque la "huella de carbono[225]" de estas tecnologías es considerablemente menor que la de las tecnologías tradicionales de combustión de combustibles fósiles. La gran diferencia entre las energías renovables primarias y los

---

223 Ibid.

224 "El cambio que se produce en la Historia Moderna de Europa por el cual se desencadena el paso desde una economía agraria y artesanal a otra dominada por la industria y la mecanización es lo que denominamos Revolución Industrial. El término fue acuñado por el historiador Arnold Toynbee para referirse al desarrollo económico británico entre 1760 y 1840, aunque luego se le ha dado un significado más amplio". Disponible en: **http://ntic.educacion.es/w3/eos/MaterialesEducativos/bachillerato/historia/rev_industrial/introduccion.htm**. Septiembrte 2011.

225 "La huella de carbono calcula todas las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) las cuales un producto, servicio, empresa son responsables a lo largo de su cadena de valor/abastecimiento permitiendo encontrar eficiencias internas y externas que permitan disminuir emisiones y mejorar procesos". ProChile. Disponible en: **http://www.prochile.cl/servicios/medioambiente/huella_de_carbono.php**. (Octubre 2010).

combustibles fósiles es que estos representan reservas o acúmulos de energía. Aquéllas, por otra parte, están constituidas por flujos de energía establecidos por la dinámica energética planetaria. Su uso requiere desarrollar tecnologías y construir y utilizar sistemas que, interceptando los flujos de energías primarias, sean capaces de desviar parte de ella para el uso humano.

Las ERNC comprenden fuentes de energía tales como:

- Minihidro: Generadoras hidroeléctricas de pasada de hasta 20 MW
- Eólica: Generadoras que transforman la energía cinética del viento en energía eléctrica.
- Geotérmica: Generadoras que transforman la energía calórica del interior de la Tierra en electricidad.
- Solar: Generadoras que transforman la radiación solar en energía Fotovoltaicas: Transforman directamente la radiación solar en electricidad, utilizando tecnologías de estado sólido.
- Concentradoras: Un conjunto de espejos móviles controlados por computador refleja la luz sobre un área pequeña, que alcanza muy altas temperaturas. El calor producido en esa zona es utilizado para producir electricidad con sistemas térmicos tradicionales.
- De intercambio, sistemas utilizados para la producción de agua caliente. utilizable. Las hay de varios tipos:
    - Fotovoltaicas: Transforman directamente la radiación solar en electricidad, utilizando tecnologías de estado sólido.
    - Concentradoras: Un conjunto de espejos móviles controlados por computador refleja la luz sobre un área pequeña, que alcanza muy altas temperaturas. El calor producido en esa zona es utilizado para producir electricidad con sistemas térmicos tradicionales.
    - De intercambio, sistemas utilizados para la producción de agua caliente.
- Biomasa: Sistemas que utilizan el calor de la combustión de

material de origen orgánico (estiércol, madera, desechos de plantas faenadoras, etc.) para producir electricidad con sistemas térmicos tradicionales. También pertenecen a esta categoría los sistemas que producen biogás, en reactores de fermentación.

- Marinas: Generadoras que producen electricidad utilizando la energía cinética del oleaje, las mareas o las corrientes marinas. También pueden utilizar gradientes de temperatura o de osmoticidad[226] entre las aguas de diferentes profundidades.

Las ERNC, sin embargo, según el PNUD no son aún competitivas –en términos de precio por KWh[227] de energía producida- con las fuentes tradicionales de energía, "…requieren de incentivos económicos *(*similar al régimen especial de los países de la Unión Europea) para ser competitivas, frente a las fuentes convencionales, además de un marco institucional especial para su fomento[228]".

4.2.4 Incentivos a la Inversión

Se orientan al desarrollo de proyectos de generación eléctrica basados en Fuentes de Energías Renovables (FER-E) como un porcentaje del costo total o como un monto predefinido de dinero por Kw instalado. El nivel de incentivo es usualmente específico para cada tecnología[229]. Los incentivos aplicados en la Unión Europea (UE) son:

Incentivo en la tarifa (Feed-in tariffs o FIT)

---

226 Propiedad de una solución relacionada con la concentración de partículas presentes en el seno del líquido. (N. del A)

227 Un watt es el uso o producción de un Joule por cada segundo (Joule/seg). Un Joule es la energía con que llega al suelo una masa de 100 gr. al caer libremente desde un metro de altura. Un Kwhora corresponde a la producción (o consumo) de 3.600.000 Joules en una hora.

228 *Op.Cit.* "Energías renovables y generación eléctrica en Chile".

229 Ibid.

Dirigido al precio a la generación eléctrica, establecido como el precio por unidad eléctrica que una empresa eléctrica, generalmente una distribuidora, y los grandes clientes, deben pagar a los productores de electricidad proveniente de ERNC. Las tarifas son reguladas por la autoridad correspondiente[230].

El costo inducido por este esquema, es pagado por las distribuidoras y traspasado a los consumidores, mediante un costo adicional en el precio por Kwh. Este sistema permite la promoción de tecnologías verdes. Se presupone una futura reducción de costos mediante la implementación de tarifas decrecientes (como es el caso en Alemania)[231].

La fortaleza de este sistema es su simplicidad y efectividad para el estímulo de las ERNC, así como su efectividad para incrementar la diversidad tecnológica, sustentando tecnologías aún lejos de su madurez de mercado. Su debilidad radica en que los productores muestran preferencias por los sistemas de cuotas y certificados o el de Licitaciones (Tendering)[232].

Este sistema también beneficia tecnologías como la solar fotovoltaica - más costosa que la eólica y la biomasa. Esto es considerado muy costoso para algunos y - en el largo plazo- muy beneficioso para otros[233].

Incentivo en la tarifa (prima o premio).

Es una variante –utilizada en Dinamarca y parte de España- del sistema de precios fijos regulados, pagados a las generadoras eléctricas basadas en ERNC. El gobierno determina una prima fija o un incentivo medioambiental que se paga por sobre el precio normal o de mercado libre de la electricidad a los productores de electricidad basada en las ERNC. Este incentivo tiene las ventajas de un FIT: su simplicidad y eficacia como estímulo para el desarrollo de las ERNC, así como su

230 Ibid.

231 Ibid.

232 Ibid.

233 Ibid.

impacto como promotor de la diversidad tecnológica[234].

En términos de riesgo de inversión, el riesgo es mayor que con un FIT (los precios totales fluctúan con los precios de la electricidad) pero son más bajo que con un sistema de certificados[235].

Cuotas Obligatorias

Son incentivos a la generación eléctrica cantidad según criterios de cantidad. La electricidad producida a partir de ERNC se vende a los precios de mercado de la energía convencional. Todos los consumidores (en algunos países los productores) están obligados a comprar una cierta cantidad de certificados de ERNC o certificados verdes negociables a los productores de electricidad basada en ERNC. La cuota o porcentaje de suministro de esta energía que debe ser adquirida por los generadores, distribuidores, consumidores, etc. es determinada por la autoridad. La recaudación por multas se transfiere a un fondo de investigación, desarrollo y demostración de ERNC o bien al presupuesto general del Estado[236].

Licitación (Tendering)

Es un incentivo en que el apoyo financiero se puede destinar a la inversión o a la generación. En el primer caso, posterior a la especificación de un monto fijo de capacidad a instalar, se contrata la capacidad de generación luego de una licitación, en que se ofrece a los ganadores un conjunto de condiciones favorables para la inversión, incluidos subsidios por Kw instalado. En el segundo caso (enfocado en la generación) se ofrece apoyo según el precio ofrecido por Kwh y por un período predeterminado[237].

Incentivos tributarios

Son incentivos al precio, que operan vía exenciones o reducciones de la carga tributaria o impuestos específicos a la generación de energía

---

234 Ibid.

235 Ibid.

236 Ibid.

237 Ibid.

eléctrica. Son como el mecanismo de tarifas, excepto en lo relativo al flujo de caja, el que representa costos evitados en lugar de ingresos adicionales.

Enfoque voluntario

Junto a los instrumentos arriba descritos, se han desarrollado enfoques voluntarios concomitantes con la liberalización de los mercados. Se basan en la voluntad de los consumidores de pagar más por las ERNC. A la fecha, el número de instalaciones basadas en ERNC, que han resultado de este enfoque, es poco significativa.

Ventajas y desventajas de las estrategias de promoción de las ERNC según PNUD

Sistemas	Ventajas	Desventajas
Tarifas (Feed-in tariffs)	Gran efectividad y eficiencia Bajo riesgo para los inversionistas Apoyo estratégico para la innovación tecnológica Impacto positivo en la diversidad tecnológica Posibilidad de ajuste Simplicidad	Puede no incentivar suficientemente la competencia Riesgo de sobre-compensación, si no se considera la curva de aprendizaje en cada tecnología como una reducción gradual en el tiempo Menor nivel de competencia entre los productores que en el caso de los sistemas de cuotas y licitaciones
Premio o prima	Gran efectividad y eficiencia Eficiente, debido al riego medio para inversionistas Mejor integración en mercados autónomos Riesgo de inversión más bajo que los certificados	Premio o prima Riesgo de sobre-compensación ante altos precios eléctricos Mayor riesgo para el inversionista respecto de FITs, puesto que la tarifa total fluctúa con el mercado.

Cuotas y certificados	Competencia entre generadores Sustenta las tecnologías de más bajo costo En teoría, tienen menor riesgo de exceso de financiación Rápido desarrollo si existe voluntad política Rápido despliegue de tecnologías específicas (ej. eólica off-shore) En teoría, logran el máximo partido de las fuerzas del mercado Buen complemento para algunas tecnologías Buen instrumento secundario Rápido desarrollo si existe voluntad política	Menos eficiente dado el alto riesgo para los inversionistas Considerables costos administrativos Poco favorable para tecnologías de menor madurez Existencia de actores dominantes podría inhibir o tornar poco transparente el mercado Definición de cuotas y fijación de multas no es simple e influye considerablemente sobre el resultado del sistema Mayor complejidad transfiere mayor costo al consumidor Limita o retrasa la diversificación Si las cuotas definidas son un monto fijo y no un porcentaje, al acercarse a las metas puede disminuir el valor de los certificados e inhibirse el mercado Podría inhibirse el desarrollo de las ERNC si las multas por incumplimiento resultan ser demasiado bajas Por su operación discontinua causa inestabilidad
Licitaciones (Tendering)	Rápido despliegue de tecnologías específicas (ej. eólica off-shore) En teoría, logran el máximo partido de las fuerzas del mercado	Por su operación discontinua causa inestabilidad Costos administrativos altos y potencial para crear barreras administrativas Si la competencia es excesiva el desarrollo puede verse bloqueado

		No es adecuado para un mercado grande y en rápido crecimiento Riesgo de ofertas poco realistas
Subsidio a la Inversión	Buen complemento para algunas tecnologías	Ineficiente si se utiliza como instrumento principal
Subsidios tributarios	Buen instrumento secundario	Buen resultado sólo en países con alta carga impositiva y para las tecnologías más competitivas.

Fuente: "Monitoring and evaluation of policy instruments to support renewable electricity in EU Member States, Summary Report[238]"

Es evidente –por tanto- que existe una amplia disponibilidad de instrumentos para promover el desarrollo de las ERNC y –por tanto, en nuestro país- es necesario realizar las reformas que permitan su aplicación.

4.2.5 Situación actual y problemáticas existentes

Los principales actores del sector generación de energía de Chile fueron consultados vía cuestionario, proveyéndoles de un espacio de libre reflexión en torno a importantes temáticas del sector. Tres empresas, Colbún, Endesa y GNL Quintero S.A. respondieron el cuestionario. Dadas las notables coincidencias en sus apreciaciones, se entrega a continuación un consolidado de sus respuestas, que representan la opinión, postura y visión de un importante segmento del sector generación de energía.

Situación de la matriz energética chilena

Hoy existe un amplio consenso acerca los tres pilares fundamentales sobre los que debe basar una matriz energética: seguridad, competitividad y sostenibilidad.

Seguridad:

[238] Citado en "Energías renovables y generación eléctrica en Chile".

En Chile –como se ha mostrado anteriormente en este documento- destaca la preponderancia de la generación eléctrica a base de combustibles fósiles, que abastecen a más de dos tercios de la producción eléctrica nacional. Esta característica resta seguridad a la matriz eléctrica nacional, pues casi todo el combustible fósil consumido por nuestro país proviene del extranjero. En el caso de proveedores con situaciones geopolíticas potencialmente inestables, se expone la seguridad del suministro a escenarios no controlables. En materia de seguridad, es relevante considerar el margen de reserva de la capacidad de generación, este indicador –que compara la capacidad instalada de generación respecto de la demanda máxima- alcanza en nuestro país un valor mayor que 30%, que es considerado un nivel de seguridad razonable. La capacidad de transmisión, por otra parte, presenta una gran fragilidad y ha sido la causa de los últimos episodios de cortes de suministro eléctrico en el país.

Competitividad:

La expresión de esta variable es el precio de la electricidad en que incurren los distintos tipos de usuarios finales en el país. El nivel de los precios refleja el costo de desarrollo de una matriz que ha crecido principalmente sobre la base de centrales térmicas, a pesar que Chile no dispone de recursos fósiles propios, en contraste con gran parte de los países vecinos que cuentan con abundantes reservas de gas natural, petróleo o carbón o que poseen una matriz dominada por fuentes renovables autónomas y competitivas como la hidroelectricidad.

Sostenibilidad:

La preponderancia de la generación térmica en la matriz de generación, ha implicado mayor emisión de gases y material particulado (MP)de impacto local y de gases de efecto invernadero (GEI), imponiendo un desafío adicional a Chile para alcanzar sus metas en materia medioambiental y de cambio climático.

4.3 Génesis de la actual matriz energética

A comienzos de la década de los 90, la matriz energética nacional estaba dominada por la hidroelectricidad (alrededor de un 80%), lo que se traducía en mayores niveles de seguridad (menor dependencia de combustibles importados), de competitividad (menores precios) y de sostenibilidad (menores emisiones de GEI así como de gases y MP de impacto local). La importación de gas natural desde Argentina a finales de los años '90, provocó un importante cambio en la matriz energética del país, pues sus dos principales sistemas eléctricos (SIC y SING), dieron preponderancia a la generación térmica a gas. En el período 1997 - 2005 se agregaron cerca de 2.000 MW de capacidad, operando con gas natural argentino hasta el año 2006. El desarrollo en base a gas natural introdujo una mejora sustancial en competitividad, pero comprometió la seguridad de nuestra matriz energética.

Desde el año 2007, el suministro de gas natural argentino dejó de ser seguro y forzó un cambio en la matriz energética de Chile. Los años siguientes, se caracterizaron por un fuerte aumento de generación con petróleo diesel, que alcanzó casi hasta un cuarto de la generación total. A esto siguió un período de adaptación -que se extiende hasta la actualidad caracterizado por precios altos y volátiles, suministro con elevados niveles de riesgo y una reducción de la sostenibilidad de la matriz energética chilena.

A partir del año 2009, la matriz energética se ha carbonizado paulatinamente. Los costos y facilidad de construcción de este tipo de centrales, sumados a la amplia disponibilidad mundial de carbón, las convirtieron en el mejor candidato para enfrentar la crisis de gas en Chile. En consecuencia, cuando se concluyan las centrales a carbón actualmente en construcción (2009 – 2013), el SIC habrá incrementado su capacidad en cerca de 1.500 MW de nuevas centrales a carbón. Esto proveerá un margen de reserva razonable y contar con un suministro de energía eléctrica más competitivo que el que el país tuvo en el período posterior a la crisis de suministro de gas natural argentino.

El gas natural licuado (GNL) también fue un importante recurso para

paliar la crisis del gas argentino. La entrada en operación de las plantas de Quintero y Mejillones a fines de 2009, permitió reemplazar el petróleo diesel en centrales de ciclo combinado existentes. No se han instalado, sin embargo, nuevas centrales de generación con gas debido a los precios altos y volátiles de este combustible.

Resumiendo, el modelo de mercado del sector y la adaptación del marco regulatorio, permitieron enfrentar cambios drásticos en la disponibilidad de combustibles fósiles; administrar períodos de sequía (1998 – 1999) y proveer para un crecimiento sostenido de la demanda de electricidad que tuvo una tasa anual compuesta de 6% en los últimos 15 años.

4.3.1 Rol del Estado, los privados y la ciudadanía en la definición de la matriz energética del siglo XXI

Según la visión del sector privado, el Estado es quien debe definir un claro marco regulatorio en relación a seguridad, competitividad y sostenibilidad de la matriz energética. Algunos elementos fundamentales de un marco regulatorio adecuado son, por ejemplo: estándares medio ambientales exigibles a los proyectos de infraestructura energética; mecanismos y criterios de evaluación ambiental de proyectos; rol y mecanismos de participación ciudadana a la que están afectos los proyectos; mecanismos para que agentes privados hagan uso de bienes públicos; normas técnicas de calidad de servicio y seguridad de suministro de energía eléctrica; mecanismos de planificación y tarificación para el desarrollo de largo plazo de aquellos segmentos del sector correspondientes a servicios públicos con características monopólicas como son la transmisión y distribución de energía eléctrica; y definición de políticas que promuevan la competencia en el sector. Finalmente, el Estado debe garantizar la estabilidad de las reglas del juego y dar seguridad jurídica a los agentes privados que cumplan con el marco regulatorio.

El sector privado por su parte, se obliga a cumplir con el marco regulatorio establecido por el Estado y a desarrollar proyectos de infraestructura energética eficientes, en función de variables de

seguridad, competitividad y sostenibilidad. Los agentes privados deben velar por un desarrollo sostenible en el largo plazo, optimizando las variables medio ambientales y creando valor compartido para la empresa y para los grupos de interés asociados a su quehacer: consumidores, proveedores, comunidades vecinas y la sociedad civil como un todo.

Finalmente, la ciudadanía debe participar activamente en las instancias de participación establecidas por el marco regulatorio. El Estado debe velar por la legitimidad y validación ciudadana de este proceso y encauzarlo dentro del marco regulatorio objetiva y racionalmente. Adicionalmente, la ciudadanía y sus organizaciones representantes, deben participar en la fiscalización del cumplimiento del marco regulatorio y de los compromisos asumidos por los agentes privados. En definitiva, el Estado, el sector privado y la sociedad civil deben trabajar de manera orgánica y colaborativa en una relación sinérgica orientada hacia el bien común.

4.3.2 Mercado energético Nacional e Internacional

El país se encuentra en una situación vulnerable a las fluctuaciones y dependiente de los mercados internacionales debido a que más de dos tercios de la generación eléctrica dependen de la disponibilidad de combustibles fósiles importados. Por tanto, su estrategia energética debiera propender al desarrollo de fuentes energéticas propias e incluso, considerar la posibilidad de interconexión con países de la región, como una manera de incentivar el uso de los recursos renovables del continente, diversificando fuentes y reduciendo costos. La seguridad jurídica de los acuerdos entre países constituye una condición *sine qua non* para el logro de estos últimos objetivos sin hipotecar la independencia y la seguridad energética del país.

Finalmente, es esencial incorporar al proceso de toma de decisiones, la creciente influencia sobre los mercados energéticos internacionales que ejerce el desarrollo de fuentes autónomas, renovables y no emisoras de GEI. En general, se constata que los países explotan ventajosamente su

potencial de energías renovables autónomas y competitivas. Prueba de ello, es que la hidroelectricidad representa la principal fuente de energía renovable del planeta. Aquellos que ya han desarrollado parte importante de su potencial hidroeléctrico o que no cuentan con él, promueven y desarrollan -por medio de incentivos especiales- otras fuentes renovables crecientemente competitivas, como las basadas en energía solar, eólica, biomasa, geotermia u otras.

4.3.3 Barreras existentes para el crecimiento del sector

La participación de nuevos actores en el sector generación está basada principalmente en que toda la demanda regulada del país (consumo residencial y de pequeñas empresas), así como la demanda no regulada (grandes empresas industriales) son adjudicadas en licitaciones abiertas y transparentes. Los contratos de suministro suscritos son de largo plazo, con precios e indexación estables, permitiendo así el desarrollo y financiamiento de nuevos proyectos de generación.

A pesar de este marco regulatorio y comercial estable, se constata una tasa significativa de desistimiento y/o atrasos en la ejecución de proyectos, producto de barreras al crecimiento del sector. Entre los factores más relevantes que dan cuenta de esta situación, están la complejización de los procedimientos –y con ello la prolongación de los plazos- para la obtención de permisos ambientales y otros permisos y la creciente tendencia a la judicialización de los procesos exitosos. Estos elementos incrementan el riesgo, suben los costos de los proyectos y -por tanto- desincentivan el ingreso de nuevos actores.

Otro factor limitante del crecimiento del sector generación es el sistema de transmisión. Por una parte, el horizonte temporal de la planificación de ampliaciones de la capacidad de transmisión, basadas en una estimación de la demanda, ha sido más bien reducido. Por otra parte, las incertezas que rodean a la obtención de servidumbres de paso, permisos ambientales y su posible posterior judicialización, han introducido niveles de riesgo adicionales, aumentado los costos de desarrollo y extendido los plazos de ejecución de los proyectos de

transmisión. Ambos aspectos han impactado las decisiones de las empresas de generación que no pueden prescindir de la infraestructura transmisora para llegar a sus clientes.

4.3.4 Energías renovables no convencionales

Entre las medidas que el Estado ha implementado para el fomento y desarrollo de Energías Renovables No Convencionales (ERNC), destacan: la Ley que establece que un porcentaje determinado de los contratos de suministros debe de ser abastecido con ERNC; mecanismos que regulan la venta de certificados de ERNC; la reducción de costo de transmisión troncal; y la creación de un fondo de créditos CORFO para financiar estudios y desarrollo de proyectos de ERNC.

Este marco implementa una política no discriminatoria, que incentiva el desarrollo de proyectos ERNC eficientes, es decir, con factores de planta aceptables, con menor volatilidad o intermitencia en la producción y con menores costos de inversión. Dado el alto potencial estimado para estas tecnologías en Chile y la alta demanda prevista para la generación eléctrica en los próximos años, es conveniente que las ambiciosas metas propuestas en esta materia, sean implementadas evitando mecanismos de subsidio con potencial para distorsionar el desarrollo de las energías renovables más eficientes. Es decir, las deficiencias estructurales inherentes a las ERNC, como el bajo factor de planta o su elevado costo de desarrollo por ejemplo, no pueden ser tratadas como barreras de entrada y ser remediadas con subsidios. Más bien, se deben implementar incentivos que no comprometan la seguridad, la competitividad, ni la sostenibilidad del sector.

Desde el punto de vista de la sostenibilidad, cabe preguntarse si el marco regulatorio actual incentiva el desarrollo de proyectos que minimizan el impacto sobre el medioambiente a nivel global y local. Por un lado, la sostenibilidad dice relación con el impacto global que generan los proyectos, medido como la emisión de GEI. Por tanto, no se debería discriminar los proyectos renovables por tamaño, ni por ser convencionales o no convencionales. Todas las fuentes renovables

aportan a la meta de reducción de emisiones. Por otra parte, la sostenibilidad también se puede evaluar en función del impacto local de los proyectos, en función de la superficie afectada y de impacto sobre el (los) ecosistema(s). Para la evaluación del impacto local, al igual que el análisis de impacto global, parece arbitraria hacer una distinción por tamaño o por su naturaleza convencional o no convencional. La sostenibilidad local debe ser analizada caso a caso, en base a criterios incluidos en la institucionalidad de evaluación ambiental de proyectos, dado que la suma de proyectos de ERNC pequeños puede tener más impacto que un proyecto de energía renovable de mayor magnitud o viceversa.

La escasa participación de las ERNC en los procesos de licitación realizados en los últimos años, se explica en parte por sus altos costos de desarrollo su factor de planta y su variabilidad. Nuevas tecnologías que permitan bajar sus costos de desarrollo y/o permitan el almacenamiento de energía o –alternativamente- el desarrollo de capacidad de respaldo de las ERNC, permitirán su evolución hacia fuentes de energía eléctrica sostenible, autónoma, segura y competitiva.

Otra posible barrera de entrada a los proyectos de ERNC, la constituyen los peajes de transmisión y la construcción de nuevas líneas de transmisión para conectar los proyectos de ERNC con el consumo. El costo de transporte de la energía es un factor relevante en la rentabilidad de estos proyectos, por tanto, cambios en la regulación del sector transmisión, que permitan mayor coordinación y una planificación a largo plazo que incorpore mayores holguras en la capacidad de transmisión, podrían impactar favorablemente el desarrollo de las tecnologías ERNC en Chile.

4.3.5 Participación deseable y/o posible en este segmento hacia el año 2020

El gobierno ha manifestado su interés en lograr –para el año 2020- una

participación de un 20% de las ERNC en la matriz de generación chilena. En el mundo, por el momento, sólo Alemania y España han alcanzado este nivel de participación de las ERNC en su matriz energética, apoyadas por cierto en subsidios estatales. Analizando el caso chileno, si se estima que para el año 2020 la demanda en el SIC va alcanzar 73 TWh por año, el 20% de esta demanda -satisfecha por las ERNC- éstas tendrán que alcanzar unos 15 TWh por año. Lo que implica que, suponiendo un factor de planta optimista de 45%, para el año 2020 se requerirá una capacidad instalada de 4.000 MW de ERNC en el SIC.

Es decir, dado que la capacidad actual de generación de las ERNC alcanza a 500 MW, esta capacidad tendrá que multiplicarse por ocho en los próximos ocho años. Ante estas cifras, una participación de un 10% parecería una meta más razonable, alcanzable de aquí al año 2020. Por otra parte, el sector generación considera que un porcentaje mayor que éste podría generar distorsiones y hasta abusos, que se han producido en otros países cuando se subsidian masivamente tecnologías con precios fuera de mercado. Cualquier incremento por sobre este un 10% debe considerar los efectos que puede producir en el sector, y cómo los mayores costos pueden repercutir sobre el cliente final.

Incluso en este sentido, parece razonable que la tasa de penetración de renovables pueda ser retrasada confiriéndole la facultad de modular dicha tasa al regulador, previendo la eventualidad de una situación coyuntural de escasez de energía eléctrica con el fin de evitar problemas mayores. Además de incentivar el uso de energías renovables no convencionales, el país debiera incentivar el uso de recursos energéticos en los cuales tiene ventajas (hidroelectricidad). Brasil es el mejor ejemplo en Latinoamérica.

Nota: A la fecha de edición se encuentra en trámite el proyecto de ley por el cual, para el año 2025, se exige un 20% de ERNC en la matriz energética.

4.4 Prospectiva

4.4.1 Matriz energética sustentable para Chile

Frente a la prospecto de altos requerimientos energéticos que el desarrollo impondrá a Chile en las próximas dos décadas, es plausible suponer que se requerirá un desarrollo equilibrado y armónico tanto en la producción de energías convencionales -centrales hidroeléctricas y termoeléctricas- como de ERNC. En principio, ninguna tecnología de producción de energía por sí sola será suficiente. La eficiencia energética constituye un gran potencial que se debe promover, pero aún siendo importante y necesaria, no será suficiente para proveer la energía que el desarrollo del país en todas sus múltiples facetas demandará.

Se estima que Chile cuenta con un potencial hidroeléctrico total que alcanza cinco veces el que se ha desarrollado hasta ahora. Una parte importante del potencial hidroeléctrico de Chile se encuentra al sur de Puerto Montt, región de Chile que según diversos estudios, está menos expuesta a la reducción de precipitaciones como consecuencia del calentamiento global. Adicionalmente, los patrones hidrológicos de las principales cuencas con potencial de desarrollo energético, corresponden a los de las cuencas de la zona centro sur de Chile. También es esencial contar con centrales termoeléctricas que le dan estabilidad y seguridad al sistema, dado que son un buen complemento a las fuentes renovables. La nueva norma de emisiones impone estándares tan altos cómo las centrales térmicas del mundo desarrollado y asegura que las nuevas centrales serán cada vez más amigables con el medioambiente.

Las energías renovables no convencionales también tendrán un rol en el crecimiento y diversificación de la matriz. Existen pocos estudios y poca información consolidada sobre el potencial de las ERNC en Chile. Se estima que existe un potencial de 1.500 MW en energía eólica, 1.500 MW en geotermia y 1.000 MW en energía solar. Lo importante es incorporar los incentivos adecuados que fomenten el desarrollo de los proyectos más eficientes primero, tomando en cuenta criterios de seguridad, competitividad y sostenibilidad.

Un importante desafío, complementario al desafío de desarrollar el potencial de generación, radica en la necesidad de adecuar la actual normativa para planificar y desarrollar los medios de transporte de energía, necesarios para conectar las generadoras futuras, con los grandes centros de consumo. Lo anterior implica planificar un sistema de transmisión capaz de absorber y transportar bloques de producción de distintos tamaños, lejos de los centros de consumo y dispersos geográficamente.

4.4.2 Adopción de Nuevas tecnologías.

Se debe incentivar el desarrollo o adopción de nuevas tecnologías que contribuyan al crecimiento de una matriz energética más segura, competitiva y sostenible. Si bien hoy en día muchas tecnologías no son competitivas, sería conveniente contar con proyectos piloto de las más promisorias para adquirir el conocimiento y experiencia necesarios para proceder a su adopción cuando éstas puedan alcanzar niveles de precios y funcionalidades competitivas para abastecer la demanda. Asimismo es necesario tener un conocimiento acabado de nuestras fuentes renovables. El Estado debe entregar incentivos y financiamiento para la realización de catastros de ubicaciones potenciales y para la medición de la cantidad y calidad del recurso renovable, de manera de permitir su rápida adopción cuando su desarrollo tecnológico garantice que podrán producir en las magnitudes y costos requeridos.

En materia de distribución, se deben dar los primeros pasos para el desarrollo de las redes inteligentes, pues permitirán un uso eficiente y adecuado de la energía eléctrica. En este sentido, se están desarrollando diversos proyectos pilotos de "ciudades inteligentes" que integran iniciativas de iluminación eficiente, almacenamiento de energía, vehículo eléctrico, medición inteligente, etc. en la que los gobiernos participan de una u otra forma y que permiten estudiar y mostrar los beneficios de este tipo de inversiones.

4.4.3 Integración regional, mercado regional (sudamericano) de

energía

Integrar al país energéticamente a otros países de la región puede traer algunos beneficios dependiendo de cómo evolucionen los mercados y la geopolítica. En todo caso debe construirse sobre la base de la no-dependencia de una única fuente y buscando siempre la integración al mercado mundial que asegura mercados profundos y proveedores diversificados. El GNL es un buen ejemplo.

El escenario actual sudamericano indica que la preocupación principal de cada país, es garantizar el suministro interno de energía y para ellos la integración regional no es una opción prioritaria. Las experiencias de la falta de suministro de Argentina de gas, así como la relación Bolivia – Brasil, ha producido en los países un temor natural a la integración en la medida que el suministro que otro país pueda aportar no sea lo suficientemente firme en casos de escasez o alta restricción por preferirá garantizar el abastecimiento del propio país. En suma, podemos ver una falta de voluntad política para el desarrollo de mercados regionales integrados. A lo anterior se agrega las diferencias y problemas históricos entre países que son una barrera natural de confianza para el desarrollo conjunto de iniciativas.

Quizás la excepción la estamos viendo en el caso de Colombia – Panamá que sí se están dando los pasos para el desarrollo de una interconexión que básicamente permita aprovechar el potencial hidráulico colombiano. Pero una vez más el desarrollo de esta iniciativa no ha sido fácil por cuánto cada país desea mantener su independencia energética.

Sería conveniente que en el futuro cercano se abordara regulatoriamente el tema de interconexiones más estables, puesto que en América del sur hay importantes reservas energéticas como el gas de Perú y Bolivia y la hidroelectricidad brasilera.

De todos modos, la integración energética del país con otros países de la región puede traer algunos beneficios dependiendo de cómo evolucionen los mercados y la geopolítica. En todo caso debe construirse sobre la base de la no-dependencia de una única fuente y buscando siempre la

integración al mercado mundial que asegura mercados profundos y proveedores diversificados. El GNL es un buen ejemplo.

4.4.4 Modificaciones y eliminación de barreras para el desarrollo del sector hacia una matriz energética sustentable

Las principales barreras para el desarrollo de proyectos de generación tanto convencionales como de ERNC, están dadas por las demoras en los procesos de permisos ambientales y sectoriales. Si antes un proyecto se demoraba en promedio 1 a 2 años en conseguir todos los permisos correspondientes, hoy este plazo ha crecido al doble, subiendo así el costo de su desarrollo. Adicionalmente, ha aumentado el grado de conflictividad reflejándose en oposiciones judiciales que demoran aún más el desarrollo de los proyectos.

Sumado a los problemas que enfrentan los proyectos de generación, los proyectos de transmisión también han aumentado en promedio de 3 a 6 años para que estén operativos. Uno de los principales motivos de atraso proviene de la dificultad de acceso a los terrenos y servidumbres de paso.

En este sentido, cambios normativos que apuntan a dar acceso a franjas de servidumbre expedita y en plazos ciertos; a planificar los sistemas de transmisión con horizontes de más largo plazo y con holgura; a dar más importancia al criterio de seguridad y a tomar en cuenta que los centros de producción de energía eléctrica están más distantes de los centros de consumo, fomentarán el desarrollo de la matriz con los criterios de seguridad, competitividad y sostenibilidad.

Con respecto a las energías renovables no convencionales, el camino pasa por su desarrollo natural dado por el ámbito de la ley.

4.4.5 Integración o participación en energías renovables no convencionales

Dadas las características que les son propias, la participación de las

ERNC debe naturalmente considerarse. Es relevante, sin embargo, la forma en que éstas se integrarán a la matriz. Estimamos que, basados en el principio de gradualidad, las tecnologías renovables deben entrar en la medida que sus costes de competencia así se lo vayan permitiendo. Como país comprador de tecnologías, debemos aprovechar aquellas tecnologías cuyo coste de desarrollo ya lleva un camino recorrido y que han sido "pagados" por las experiencias de desarrollo de otros países. Chile es un país de recursos, que deben ser explotados sólo en la medida que los costes asociados a su explotación puedan ser pagados en su conjunto por los consumidores a un precio aceptable.

Se debe tener presente que por condiciones estructurales, la explotación de las ERNC se encuentra en un nivel de precios en el que no resulta fácil agregarle mayores costes por "el desarrollo" de tecnologías. Por tanto, su explotación debe –al menos en un comienzo- considerar renovables "ya desarrolladas".

4.4.6 Estrategias del sector para enfrentar el cambio climático

Nuestro país actualmente no cuenta con una política definida de adaptación y mitigación de los impactos del cambio climático. Si bien a la fecha se han efectuado varios estudios, declaraciones de intención y compromisos voluntarios de reducción de emisiones, no se ha delineado cómo se espera lograr el cumplimiento de los objetivos establecidos y cuáles serán los ejes de las acciones de adaptación.

El sector generación adoptará las reglas que se impongan por el cambio climático, las cuales vendrán dadas por los compromisos que el Estado de Chile adopte internacionalmente. Para ello, los negociadores de Chile deberán tener en cuenta cuál es la actual situación de Chile, considerando las demandas de sus aspiraciones de desarrollo y las emisiones de todos los sectores de la economía como la generación de energía eléctrica, la industria y el transporte y contrastarlas con las reales posibilidades de reducción a implementar y los costos asociados, al momento de adoptar acuerdos.

Dada la incertidumbre que genera la situación antes descrita, parece fundamental generar instancias de participación público-privado,

enfocadas a estudiar y diseñar una estrategia país frente al tema de emisiones de CO_2, en la que participen múltiples ministerios como el de Economía, Medio Ambiente y Energía entre otros, además de los actores privados más relevantes en relación al tema. De esta manera se podrán tomar decisiones fundamentadas en cuanto a los compromisos que se pueden adquirir y a la manera en cómo éstos serán alcanzados.

Un tema relevante en este particular es la huella de carbono. Chile como país productor de materias primas (minerales, y fruta, principalmente), requiere mostrar una huella reducida. Por ello, se debe tener en cuenta los mecanismos y las acciones que permitan a las empresas poder migrar hacia una economía verde con el fin de potenciar la competitividad del país, así como a posibilitar el desarrollo de energías bajas en CO_2 y lo suficientemente firmes asegurar suministro en el largo plazo.

Chile produce 4,3 ton métricas de CO_2/habitante; Estados Unidos 19,3; Alemania 9,6; China 5,0; Brasil 1,9 (datos 2007). Estamos muy por debajo de los niveles de los países más desarrollados y más altos que Brasil que usa en forma intensiva sus recursos hidráulicos para generar electricidad. Obviamente debemos cooperar en mitigar el cambio climático, una forma de hacerlo es generar una mayor proporción de nuestra energía a partir de recursos hídricos, ya que la generación térmica basada en combustibles fósiles es una importante fuente de producción de CO_2.

En la actualidad, aún sin una estrategia nacional ni sectorial definidas, varios actores ya están midiendo y gestionando su huella de carbón y su huella de agua. Al tiempo que desarrollan el potencial de energía renovable competitiva que tienen a su alcance e implementan en sus procesos prácticas de eficiencia energética. Es de esperar que, en el futuro, estás prácticas se incrementen y se perfeccionen en el sector.

Nota: Para la fecha de edición, se encuentra en etapa de tramitación proyectos de ley que facilitan las concesiones para la transmisión eléctrica y la regulación para interconexión del Sistema Interconectado

Central (SIC) con el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING).

5. Sistema de concesiones de obras públicas: El Modelo de Asociación Público Privada (PPP, APP o DBOT) para la inversión en infraestructura en Chile

5.1 Introducción

A inicios de la década de los noventa, América Latina presentó un déficit de infraestructura, producto de las reformas estructurales realizadas en el continente, cuyo resultado fue una disminución de la inversión pública en infraestructura. En consecuencia, el sistema de concesiones se exhibió como una alternativa atractiva para superar el apremiante déficit estructural en infraestructura.

El mecanismo de concesiones consistió en un contrato entre el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y una empresa privada, por medio del cual esta última se comprometía a construir, operar y mantener durante un período prolongado (entre 10 y 30 años) una obra o servicio de interés público.

En el análisis comparado, América Latina ha liderado la incorporación del sector privado en infraestructura pública "abarcando casi la mitad de los US$786 billones invertidos en los países en desarrollo entre 1990 y 2003. Los estudios técnicos muestran que, en el balance, las privatizaciones y otras formas de participación privada han tenido una contribución positiva al bienestar, a pesar de sus problemas de implementación"[239].

La participación privada en infraestructura, sin embargo, se reduce sustantivamente a partir de 1998 (desde US$70.8 billones en 1998 a US$15.7 billones en 2003), no compensando los recortes públicos

---

[239] A. VIVES, A. M. Paris, J. Benavides (2006). Financial Structuring of Infrastructure Projects in Public-Private Partnerships: A tool for Designing Feasible Structures. Disponible en: http://cendoc.esan.edu.pe/paginas/infoalerta/project/paris.pdf

generalizados en infraestructura que afectaron a la región. En consecuencia, la inversión total en infraestructura declinó, generando significativos requerimientos en estas áreas: se han estimado desembolsos aproximados de US$117 billones al año (6% PIB aprox.) en Latinoamérica, por un período de 20 años, para lograr los actuales niveles de Corea en relación de infraestructura por trabajador[240].

Este capítulo se organiza de la siguiente manera. La primera parte revisa la inversión en infraestructura de Asociación Público Privada (APP); la segunda parte considera el rol de la Asociación Público Privada (APP) en la inversión en infraestructura, identificando factores de riesgo idiosincrásico que superan el modelo estándar de APP. Se revisa un nuevo marco analítico propuesto por Vives (2006), que incorpora dichos factores de riesgo en la evaluación de los proyectos de inversión en infraestructura. La tercera y última parte estudia el modelo de APP en el caso de Chile, identificando el contexto en el cual nace el Sistema de Concesiones en Chile, los proyectos realizados desde su implementación, así como también una evaluación final respecto del impacto de los cambios normativos realizados en 2010, sobre el desempeño esperado en el sistema de concesiones en Chile.

5.2 La APP y la inversión en infraestructura

Las alternativas para el financiamiento de la infraestructura estatal no pueden reducirse en la actualidad a la dicotomía "público vs. Privado", caracterizadora del debate de la década de los noventas. El abanico de posibilidades para la APP es amplio y cubre casi todos los mecanismos factibles entre las contribuciones pública y privada. Es preciso colocar énfasis en la necesidad de ajustar las participaciones conforme los requerimientos de cada proyecto, de acuerdo al contexto local y el entorno financiero.

---

[240] *Op Cit*. Pág. 1.

5.2.1 Modelo Estándar de APP

La versión tradicional de APP se originó en el Reino Unido con las Inversiones de Iniciativa Privada (Private Finance Initiative, PFI). Bajo este modelo, el gobierno contrata en el sector privado los servicios que desea ofrecer a su nombre. Una empresa del sector privado, que es elegida por medio de procedimientos competitivos, es instalada para proveer este tipo de servicios, los que a menudo consisten en la construcción de nueva infraestructura. La empresa debe construir, operar, mantener y financiar el activo, y proveer el servicio en el largo plazo a cambio de pagos recurrentes provenientes del sector público. Al final del período contractual la operación de los activos regresa al gobierno – o bien, desde el punto de vista teórico-jurídico, puede sostenerse que el Estado nunca perdió la propiedad.

No obstante, este primer-mejor, desde el punto de vista de la eficiencia, se cumple sólo bajo condiciones bastante estrictas:

- Primero, deben existir suficientes recursos públicos en el gobierno para cumplir con el calendario de pagos comprometidos, con bajo riesgo de no pago.

- Segundo, las reglas del juego, representadas por el sistema jurisdiccional, la institucionalidad y el mecanismo de solución de controversias deben ser lo suficientemente sólidos como para minimizar las contingencias debido a controversias entre las partes.

Se ha estimado que las condiciones que garantizan la variedad estándar de modelos de APP se encuentran en solo algunos países en desarrollo, aún cuando es dable esperar su desarrollo progresivo en la medida que la seguridad jurídica se transforma en un elemento estable de las relaciones comerciales. Los estatutos normativos de cada país deben evitar los cambios arbitrarios de las condiciones de manera de promover las inversiones de largo plazo.

El marco analítico convencional de la APP, en general, puede ser criticado por su precariedad en la incorporación de riesgos de expropiación y por no poseer la habilidad de adaptarse con la necesaria flexibilidad a las circunstancias cambiantes, lo cual no ayuda a desarrollar y evaluar proyectos de alto impacto en contextos de aplicación complejos.

Las progresivas tendencias perfeccionadoras de los proyectos bajo el modelo de DBOT, incorporados también por países en desarrollo, atraen por su flexibilidad en estudios y propuestas de diseño, así como modalidades de construcción y explotación.

La primacía de los niveles de servicios y los estándares técnicos serán la base del buen funcionamiento y adaptabilidad de las bases de licitación y contratos adjudicados a los requerimientos de los usuarios y su entorno vital.

Más adelante precisamente se incluye un apartado de reflexiones atingentes al modelo concesional chileno, en particular tras su reforma del año 2010, y la experiencia que puede aportar al desarrollo del mecanismo de la asociación público-privado de infraestructura.

5.2.2 La APP y las limitaciones de las condiciones locales

La importancia de las condiciones locales en la elección de la modalidad de APP se muestra claramente en las observaciones realizadas por Rodrik (2004)[241] al proceso de fuerte crecimiento de la inversión privada realizado en China:

"Los empresarios privados son efectivamente socios con el gobierno. En un sistema en que las cortes no son depositarias de confianza en su rol

---

[241] D. RODRIK (2004). "Getting Institutions Right" CESinfo DICE Report 2/2 – 4. Disponible en http://www.ifo.de/pls/guestci/download/CESifo+DICE+Report+2004/CESifo+DICE+Report+2/2004/dicereport204-forum2.pdf

de proteger los derechos de propiedad, la existencia de un mecanismo en que el gobierno mantiene derechos residuales sobre las empresas, representa un segundo-mejor que es capaz de evitar las expropiaciones. En estas circunstancias, las expectativas de ingresos futuros pueden ejercer una mayor disciplina en la autoridad pública que el propio temor a la sanción legal. Los empresarios se sienten seguros no porque el gobierno evita la expropiación, sino porque al compartir las ganancias, éste no tiene interés en expropiarlos".

A continuación, siguiendo a Vives (2006), se presenta un conjunto de soluciones financieras disponibles en los proyectos de APP. Se examinan los posibles conflictos que los sectores público y privado enfrentan bajo varias configuraciones de realidades locales, las que tienen un impacto significativo en las decisiones de inversión, incluyendo la aplicación de las herramientas de mitigación de riesgos[242].

Se asume en este contexto que las condiciones locales están fijas en el corto plazo, pero pueden cambiar en el mediano plazo como resultado de mejoras en el clima de negocios y/o la calidad de las instituciones[243]. Se entiende por Modalidades al espectro de alternativas de participación público-privada que se puedan aplicar para financiar un proyecto determinado. Los Instrumentos se refieren a los mecanismos que pueden ser usados dentro de las Modalidades con objeto de mitigar riesgos específicos. La Estructura del Proyecto se refiere la mejor combinación específica de Modalidades e Instrumentos presentes en un proyecto determinado, considerando los riesgos y amenazas determinadas por las condiciones locales. Esto da origen a un nuevo

---

[242] En el caso de Chile la herramienta de mitigación de riesgos fue el Ingreso Mínimo Garantizado, mecanismo a través del cual el Ministerio de Obras Públicas (MOP) garantiza al concesionario un nivel de ingreso mínimo por un cierto número de años de operación del proyecto. La operatoria básica es la siguiente: si los ingresos anuales de una concesión son inferiores al ingreso mínimo garantizado del año establecido en el respectivo contrato de concesión, el MOP debe pagarle la diferencia de ingresos en el año calendario siguiente.

[243] En el caso de Chile es interesante evaluar los cambios en la institucionalidad generados por la Ley 20.410 del año 2010.

marco analítico sobre el cual se puede estudiar un determinado modelo de APP.

5.2.3 Un Nuevo Marco Analítico

Si bien son diversas las condiciones que afectan la habilidad y la disponibilidad de los inversionistas para participar en las inversiones en infraestructura, tres factores parecen ser claves en la determinación de la probabilidad de éxito de dichas iniciativas: i) la presencia o ausencia de condiciones locales favorables a la inversión; ii) el tipo de Modalidad utilizado; y iii) la aplicación de instrumentos de mitigación de riesgos.

Se identifica ocho variables que tienen un impacto significativo en la viabilidad de los proyectos:

Impacto de las condiciones locales en la probabilidad de éxito de la APP

Condiciones locales	Definiciones utilizadas	Áreas de alto impacto
Institucionalidad legal	Resolución de conflictos, regulación e instituciones complementarias (incluyendo la existencia de un mecanismo de solución de controversias) para asegurar contratos	• Mecanismo de solución de controversias • Tratamiento legal de los derechos de propiedad y uso de los recursos concesionados. Disponibilidad de mecanismos de suspensión de servicios en caso de no pago. • Habilidad para buscar recursos para incumplir contratos
Espacio fiscal	Capacidad financiera de las entidades nacionales y regionales para apoyar de manera sostenida y confiable los proyectos	a) Disponibilidad de capital público para expandir la provisión de servicios en nuevas áreas b) Habilidad para financiar mantención de infraestructura c) Habilidad para financiar un proyecto sin el uso de subsidio estatal
Riesgo político	Probabilidad de que un proyecto sea afectado por un cambio en las condiciones políticas en el país o región.	- Interferencia política en los proyectos, incluyendo la expropiación total o parcial en caso de incumplimiento de contrato - Impactos colaterales debidos a disturbios civiles o guerra
Condiciones macroeconómicas	Volatilidad de variables económicas relevantes: tipo de cambio, inflación y política macroeconómica	• Volatilidad del tipo de cambio u otra variable que afecte la viabilidad o valor de un proyecto

Capacidad institucional	Se refiere a la existencia de cuatro tópicos generales: (i) existencia de un organismo regulador confiable; (ii) su capacidad de implementar un marco regulatorio; iii) calidad de las autoridades del sector para proveer soporte técnico a los concesionarios; (iv) predominio de la corrupción en el país o sector económico.	• Habilidad para establecer, hacer cumplir y monitorear un régimen regulatorio racional, incluidas las tarifas • Escasez de capital humano calificado que afecte el plazo de implementación de los proyectos • Corrupción que afecte el *accountability*, la transparencia y la confianza de los inversionistas
Disponibilidad a pagar de los usuarios	El nivel de aceptación de servicios provistos por privados y/o aceptación de inversión extranjera; más allá de la existencia de una demanda de mercado por este tipo de servicios.	• Habilidad de los concesionarios para captar y establecer tarifas sobre la base de recuperación de costos
Sostenibilidad de las tarifas	Capacidad de los consumidores para pagar tarifas necesarias para cubrir la totalidad de costos incurridos en la provisión del servicio.	• Tarifas accesibles a los consumidores tendrán un impacto en la sostenibilidad de largo plazo de los proyectos
Tamaño y ubicación de la inversión	Efectos del tamaño y ubicación de un proyecto en las decisiones relativas a la tenencia o propiedad de activos, mecanismos de salida y configuración de una estructura específica de proyecto,	• El tamaño puede afectar el acceso de inversionistas y de recursos desde entidades estatales. • La ubicación en áreas urbanas, periféricas o rurales puede definir el tipo de concesionarios que eficientemente provean los servicios.

Fuente: Vives et. al. (2006)[244]

5.3 El modelo de Asociación Público Privada (APP) en Chile

5.3.1 Contexto inicial

El inicio de la década de los noventas significó para Chile el comienzo de grandes desafíos en materia de infraestructura. Tal como ocurrió en varios países latinoamericanos, el regreso a la democracia se dio en un contexto de alto déficit en infraestructura, producto de la fuerte reducción del gasto público en infraestructura experimentado en la década de los ochentas. Esto provocó carencias que fueron especialmente importantes en el sector vial. En 1994 "la red de caminos

[244] Ibíd Nota 1. Pág. 7 y 8.

comprendía alrededor de 79.300 km. de los cuales aproximadamente el 43% eran de tierra sin ninguna mejora y el 41% eran de tierra estabilizada. Sólo el 5% de los 12.300 km restantes correspondía a caminos con pavimento de hormigón y el 11% a caminos de pavimento de asfalto"[245].

Ante este problema, a comienzos de la década de los noventas se implementó el mecanismo de concesiones de obras públicas, con objeto de disminuir la brecha de infraestructura existente en el país. El mecanismo de concesiones "consistió en un contrato entre el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y una empresa privada, por medio del cual esta última se comprometía a construir, operar y mantener durante un período prolongado (entre 10 y 30 años) una obra o servicio de interés público"[246].

Este sistema de concesiones se exhibió como una alternativa atractiva para superar el apremiante déficit estructural por diversas razones, entre las cuales pueden mencionarse. En primer lugar, un Estado con bajo nivel de endeudamiento -como es el caso de Chile- estaba en condiciones de obtener créditos a tasas de interés más bajas que los privados, y por esa vía acceder a fuentes de financiamiento más económicas para realizar inversiones en infraestructura. No obstante, el tamaño de las inversiones en infraestructura necesarias en la época, requería de recursos humanos que superaban la capacidad de provisión del sector público. Adicionalmente, el esquema de concesiones o de asociación público-privada, introducía incentivos a reducir costos y elegir proyectos más rentables, comparado con el escenario en que el responsable de la inversión era el sector público. Un último elemento que se ha mencionado se refiere a que si el Estado administraba las obras construidas, se introducían elementos que hacían difícil la

---

245 ENGEL, E., Fisher R. y A. Galetovic (1996). Licitación de carreteras en Chile. Estudios Públicos, Nº 61.

246 Cámara Chilena de la Construcción (2010). Balance de la infraestructura en Chile. Análisis de la evolución sectorial y proyección 2010-2014. Disponible en http://www.cchc.cl/publicaciones/balances/

resistencia a presiones por parte de los grupos de interés, principalmente quienes buscaban reducir el precio de los peajes (en el caso de la obras de infraestructura vial), aumentando por esta vía el riesgo de no poder financiar la mantención ni el buen estado de las carreteras.

5.3.2 Inversión realizada bajo el sistema de concesiones

Según la CCHC, bajo el sistema de concesiones se han construido obras por más de US$11.500 millones[247]. En la Figura 1 se muestra la distribución de la inversión total en las obras que al 2010 se encontraban en su fase de explotación. Los mayores montos de inversión se han realizado en infraestructura vial. Las obras de la Ruta 5 totalizan un 32% del total invertido en obras concesionadas. A su vez, las inversiones en Autopistas urbanas concentran un 30% de la inversión, seguida por la inversión realizada en las Rutas transversales (24%). Luego se encuentran las inversiones realizadas en Aeropuertos (4%), Cárceles (4%), Edificación pública (3%), Transantiago (2%) y Embalse (1%).

Fig.1 Distribución de la inversión realizada en obras concesionadas entre 1990-2010, por subsector

[247] Op Cit. Nota 6. Pág. 76.

Fuente: Cámara Chilena de la Construcción[248]

La evolución de la inversión en infraestructura realizada mediante el sistema de concesiones se muestra en la Figura 2. Se observa una alta correlación entre los períodos de baja inversión en infraestructura y los años de recesión económica (1999 y 2009, respectivamente). A su vez, las altas tasas de crecimiento económico acompañan los momentos de mayor inversión en infraestructura mediante concesiones. La excepción a esto último corresponde al período 2004-2007, período de letargo en el sistema de concesiones, que en opinión de la CCHC, se debe a que la prioridad estuvo centrada en corregir los problemas presentes en la ley de concesiones más que en el impulso de nuevas obras.

Fig.2. Evolución de los flujos de inversión anual en el sistema de concesiones (montos decretados anualmente) y tasa de crecimiento anual del PIB. Período 1993 - 2013[249]

---

[248] Disponible en http://www.cchc.cl/publicaciones/balances/

[249] Los flujos correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013 corresponden a estimaciones realizadas a partir del listado de obras y proyectos de la Coordinación de Concesiones.

Fuente: Elaboración propia en base a información MOP y Banco Mundial[250]

5.3.3 Proyectos por Subsector

En lo que sigue, se describe la cartera de proyectos de inversión en cada subsector concesionado. Se identifica, en cada caso, la fecha en que se decreta[251] la adjudicación de las obras, el nombre del proyecto, la sociedad concesionaria, los montos de inversión y el plazo de concesión[252].

---

[250] Disponible en http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/obrasconcesionadas.aspx

[251] Para los proyectos cuya adjudicación mediante decreto aún no se realiza, se consignará el año en el cual el MOP estima que se realizará dicho proceso. En los casos en que esa información no está disponible, se consignará la fase en la cual se encuentra el proceso de licitación.

[252] En los casos en que no se consigna información en alguna de estas dimensiones, es porque dicha información no aparecía en la base de datos del Ministerio de Obras Públicas

Autopistas Urbanas

Subsector	Fecha de Decreto Adjudicación	Proyecto	Nombre Sociedad Concesionaria	KM	Inversión (millones US$)
Autopistas Urbanas	1996	Acceso Vial Aeropuerto Arturo Merino Benítez			9
	2000	Sistema Norte - Sur, Santiago	Sociedad Concesionaria Autopista Central S.A.	60	455
	2000	Sistema Oriente - Poniente. Costanera Norte	Sociedad Concesionaria Costanera Norte S.A.	42	384
	2001	Américo Vespucio Tramo Sur (Ruta 78 Autopista del Sol - Avenida Grecia)	Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A.	23,5	271
	2002	Américo Vespucio Tramo Nor-Poniente (Ruta 78 Autopista del Sol - El Salto)	Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Express Norte S.A.	29	320

---

en el momento en que se realizó esta investigación.

	2003	Acceso Nor Oriente a Santiago	Sociedad Concesionaria Autopista Nororiente S.A.	150	1350
	2004	Habilitación Anillo Intermedio, Tramo El Salto - Kennedy	Sociedad Concesionaria Túnel San Cristóbal S.A.	4,1	70

En el subsector de Autopistas Urbanas se identifican un total de 12 proyectos, ocho de los cuales se encuentran en su fase de explotación. Los cuatro restantes se espera sean adjudicados a partir del año 2012. Este subsector contempla una inversión total de 5.778 millones de dólares, liderando la inversión por subsector en el sistema de concesiones. En el calendario de inversiones destacan, por el monto de las inversiones contempladas, los proyectos Américo Vespucio Oriente y Autopista Costanera Central, con fecha de adjudicación estipulada para 2012 y 2013, respectivamente. Estos proyectos poseen una envergadura económica similar a los principales proyectos ya realizados en este subsector, destacando el Acceso Nor Oriente a Santiago.

Ruta 5

Este subsector materializa una inversión total de 3.075 millones de dólares, destacando el Tramo Santiago-Talca y Acceso Sur a Santiago, con una inversión total de 705 millones de dólares y una extensión total de 266 kilómetros.

Se espera para 2012 el inicio de la construcción del Tramo La Serena – Vallenar, que se encuentra en proceso de adjudicación, y que representaría una inversión de casi 300 millones de dólares, y una extensión de 190 kms.

Subsector	**Fecha Decreto**	**Proyecto**	**Nombre Sociedad**	**Kms**	**Inversión (Millones**	**Plazo Concesión**

	Adjudicación		**Concesionaria**		**US$)**	
Ruta 5	1996	Ruta 5, Tramo Talca-Chillán	Talca-Chillán Sociedad Concesionaria S.A.	193,3	169	19
	1996	Ruta 5, Tramo Santiago - Los Vilos	Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.	228	250	25
	1997	Ruta 5, Tramo Río Bueno - Puerto Montt	Sociedad Concesionaria de Los Lagos S.A.	135	249	25
	1997	Ruta 5, Tramo Chillán - Collipulli	Sociedad Concesionaria Autopista del Bosque S.A.	160,2	242	23
	1997	Ruta 5, Tramo Temuco - Río Bueno	Ruta de los Ríos	171	223	25
	1998	Ruta 5, Tramo Collipulli - Temuco	Ruta de la Araucanía Sociedad Concesionaria S.A.	144	257	25
	1998	Ruta 5, Tramo Santiago -	Autopista del Maipo Sociedad	266	705	25

		Talca y Acceso Sur a Santiago	Concesionaria S.A.			
	2009	Ruta 5 Norte, Tramo Vallenar - Caldera	Itínere Infraestructuras	221	272	35
	2010	Ruta 5, Tramo Puerto Montt - Pargua	Concesiones Viarias Chile S.A	55	157	40
	2012	Ruta 5 Norte, Tramo La Serena - Vallenar	Proceso de Adjudicación	190	296	

Rutas Transversales

Los proyectos consignados como Rutas Transversales totalizan una inversión de aproximadamente 3.800 millones de dólares. Se identifica cinco proyectos en fase de estudio, los que comenzarían el proceso de licitación a partir de 2012.

Subsector	**Fecha Decreto** **Adjudicación**	**Proyecto**	**Nombre** **Sociedad Concesionaria**	**Km**	**Inversión** **(Millones US$)**	**Plazo** **Concesión**
Rutas Transversales	1993	Túnel El Melón	Sociedad Concesionaria Túnel El Melón S.A.	5	24	23
	1994	Camino de la Madera	Camino de La Madera Sociedad	108	25	25

			Concesionaria S.A.			
	1995	Autopista Santiago - San Antonio, Ruta 78	Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A.	131	156	23
	1995	Camino Nogales - Puchuncaví	Sociedad Concesionaria	27	12	22
	1996	Acceso Norte a Concepción	Sociedad Concesionaria Autopista del Itata S.A.	75	196	28
	1996	Camino Santiago - Colina - Los Andes	Sociedad Concesionaria Autopista Los Libertadores S.A.	89	138	28
	1998	Interconexión Vial Santiago - Valparaíso - Viña del Mar	Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A	141	377	25
	2000	Red Vial Litoral Central	Sociedad Concesionaria Litoral Central S.A.	24	104	30
	2002	Variante Melipilla	Sociedad Concesionaria Melipilla S.A.	8	20	30

	2002	Ruta Interportuaria Talcahuano - Penco	Sociedad Concesionaria Autopista Interportuaria S.A.	10	15	20
	2002	Camino Internacional, Ruta 60 Ch	Sociedad Concesionaria Autopista Los Andes S.A.	113	236	32
	2008	Ruta 160, Tramo Coronel - Tres Pinos	Acciona Concesiones	88	301	40
	2010	Concesión Ruta 66, Camino de la Fruta	Comsa Chile S.A.	31	40	35
	2010	Concesión Ruta 66, Camino de la Fruta		135	313	35
	2010	Autopistas de la Región de Antofagasta			294	20
	2011	Rutas del Loa				389
	2012	Alternativas de Acceso a Iquique				189
	2012	Autopista				222

		Nahuelbuta				
	2013	Interconexión Vial Tres Pinos - Ruta 5 enlace Victoria			164	92
	En estudio	Interconexión Vial Logística Portuaria Concepción			435	
	Proceso de Adjudicación	Autopista Concepción Cabrero			304	

Aeropuertos

Las inversiones realizas en Aeropuertos bajo el sistema de concesiones sobrepasan levemente los 1.000 millones de dólares. Destacan las obras que se espera realizar desde 2012 en el Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez, por un monto de 481 millones de dólares.

Subsector	Fecha Decreto Adjudicación	Proyecto	Nombre Sociedad Concesionaria	Inversión (Millones US$)	Plazo Concesión
Aeropuertos	1995	Terminal de Pasajeros Aeropuerto el Tepual de Puerto Montt (*)	Concesión Aeropuerto El Tepual S.A.	6	12
	1997	Aeropuerto La Florida de La Serena (*)	Concesión Aeropuerto La Florida S.A.	4	10
	1997	Terminal de Pasajeros Aeropuerto El Loa	Concesión Aeropuerto El Loa S.A.	5	12

		Calama			
	1998	Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benitez	SCL Terminal Aéreo Santiago Concesionaria S.A.	175	15
	1999	Terminal de Pasajeros Aeropuerto Carriel Sur de Concepción	Sociedad Concesionaria Aerosur S.A.	25	16
	1999	Terminal de Pasajeros Cerro Moreno de Antofagasta	Sociedad Concesionaria Aeropuerto Cerro Moreno S.A.	7	10
	2000	Terminal de Pasajeros Carlos Ibáñez del Campo de Punta Arenas	Austral Sociedad Concesionaria S.A.	9	9
	2002	Aeropuerto Regional de Atacama III Región	Sociedad Concesionaria Aeropuerto regional de Atacama S.A.	25	20
	2004	Aeropuerto de Arica	Aeropuerto Chacalluta Sociedad Concesionaria S.A.	9	15
	2007	Terminal de Pasajeros y de Carga Aeropuerto Diego Aracena de Iquique	Sociedad Concesionaria Aerotas S.A.	12	15
	2008	Terminal de Pasajeros Aeropuerto el Tepual de Puerto Montt		15	15
	2010	Nuevo Aeropuerto Región de la Araucanía		104	20
	2010	Aeropuerto Carlos Ibañez del Campo de Punta Arenas		12	
	2011	Aeropuerto El Loa	Agencias Universales S.A.	54	

	2012	Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benitez		481	
	2012	Aeropuerto La Florida de La Serena		17	
	Potencial Licitación	Aeropuerto IV Región		53	
	Proceso de Licitación	Aeropuerto Cerro Moreno de Antofagasta		38	

Recintos penitenciarios

Las inversiones realizadas en Recintos Penitenciarios se estima llegue a 470 millones de dólares, destacando los proyectos consignados como II Programa de Concesión en Infraestructura Penitenciaria, que se encuentran en iniciativa de estudio, por un total de 300 millones de dólares.

Subsector	Fecha Decreto Adjudicación	Proyecto	Nombre Sociedad Concesionaria	Inversión (Millones US$)	Plazo Concesión
Infraestructura Penitenciaria	2002	Programa de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 1 (Iquique-La Serena-Rancagua)	Sociedad Concesionaria B.A.S S.A	75	-
	2004	Programa de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 3 (Santiago 1 - Valdivia - Puerto Montt)	Infraestructura Penitenciaria - Grupo 3 S.A.	80	23
	2011	Infraestructura Penitenciaria Antofagasta y Concepción		15	

	Iniciativas Públicas en Estudio	II Programa Concesión Infraestructura Penitenciaria		300	

Infraestructura pública

En materia de Infraestructura Pública se contempla una inversión total por 445 millones de dólares. Destacan los proyectos de Corredor de Transporte Público, ambos en la ciudad de Santiago y fase de desarrollo, y por un total de 180 millones de dólares.

Subsector	Fecha Decreto Adjudicación	Proyecto	Nombre Sociedad Concesionaria	Inversión (Millones US$)	Plazo Concesión
Infraestructura Pública	2004	Centro de Justicia de Santiago	Sociedad Concesionaria Centro de Justicia de Santiago S.A.	80	23
	2004	Estadio Techado Parque O'Higgins	Sociedad Concesionaria Arena Bicentenario S.A	9	20
	2004	Plaza de la Ciudadanía	Sociedad Plaza de la Ciudadanía S.A.	15	30
	2004	Puerto Terrestre Los Andes	Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A	10	20
	2010	Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación	IAB Inmobiliaria S.A.	18	25
	2011	Marina Deportiva y Revitalización Urbana del estero Marga Marga, Viña del Mar		99	
	2012	Infraestructura		34	

		Pública Paso Los Libertadores			
	Programa en Desarrollo	Corredor de Transporte Público Gran Avenida		69	
	Programa en Desarrollo	Corredor de Transporte Público Independencia		111	

Infraestructura hospitalaria

Las licitaciones de Infraestructura hospitalaria se enmarcan dentro del desarrollo de un nuevo subsector que ingresa al sistema de concesiones. La totalidad de las obras se encuentra en fase de adjudicación. Destacan proyectos tales como el Hospital de Antofagasta, con una inversión cercana a los 300 millones de dólares y el Programa Hospitalario de las comunas de Maipú y La Florida, en la Región Metropolitana. La totalidad de las inversiones alcanzarían los 1.847 millones de dólares.

Subsector	Adjudicación Fecha Decreto	Proyecto	Inversión (Millones US$)
Infraestructura Hospitalaria	2011	Hospital de Antofagasta	298
	2011	Programa Hospitalario de Maipú y La Florida	250
	Programa en Desarrollo	Hospital de Cauquenes	73
	Programa en Desarrollo	Hospital de Constitución	43
	Programa en Desarrollo	Hospital de Curicó	183
	Programa en Desarrollo	Hospital de Parral	59
	Programa en Desarrollo	Hospital Félix Bulnes	179
	Programa en Desarrollo	Hospital Salvador Geriátrico	367
	Programa en Desarrollo	Hospital Sótero del Río	395

Infraestructura para Transantiago

El programa de inversiones contemplado en el marco del sistema de

transporte público de la ciudad de Santiago, denominado Transantiago, consideró inversiones por un total de 157 millones de dólares, materializados en proyectos varios entre los años 2004 y 2006. Destacan la construcción de estaciones intermodal y de intercambio, junto con conexiones viales y rutas exclusivas.

Subsector	Fecha Decreto Adjudicación	Proyecto	Nombre Sociedad Concesionaria	Inversión (Millones US$)	Plazo Concesión
Infraestructura para Transantiago	2004	Estación Intermodal La Cisterna	Sociedad Concesionaria Estación Intermodal La Cisterna S.A.	32	22
Infraestructura para Transantiago	2005	Conexión Vial Suiza - Las Rejas	Sociedad Concesionaria Conexión Las Rejas S.A.	22	14
Infraestructura para Transantiago	2006	Estaciones de Transbordo Transantiago	Sociedad Concesionaria Concesiones Urbanas S.A.	40	15
Infraestructura para Transantiago	2006	Habilitación Corredor de Transporte Público Av. Santa Rosa	Sociedad Concesionaria Vía Santa Rosa S.A.	63	14

Obras de Riego

Por un total de 120 millones de dólares, el Embalse Convento Viejo corresponde a la única inversión realizada en el subsector de Obras de Riego. Este proyecto fue adjudicado en 2005, con un plazo de concesión de 25 años.

Subsector	Fecha Decreto Adjudicación	Proyecto	Nombre Sociedad Concesionaria	Inversión (Millones US$)	Plazo Concesión
Embalses	2005	Embalse Convento Viejo	Sociedad Concesionaria Embalse Convento Viejo	120	25

			S.A.		

Mantención Red Vial

En materia de mantención de la red vial, destaca la inversión que se realizará en las labores de mantención de la red vial de la IV región, por un total 249 millones de dólares.

Subsector	Fecha Decreto Adjudicación	Proyecto	Inversión (Millones US$)
Mantención Red Vial	2011	Mantención Red Vial IV Región	249

5.4 Reflexiones y conclusiones sobre la aplicación del sistema de concesiones en Chile y proyecciones tras su reforma 2010[253]

La infraestructura pública en Chile encuentra como uno de sus pilares fundamentales en las dos últimas décadas la asociación público-privada mediante el sistema de concesiones de obras de dominio estatal. El mecanismo de "Diseño, Construcción, Explotación" por parte de los particulares, en predios fiscales bajo cuyo dominio las obras ejecutadas permanecen al expirar el tiempo de la concesión (DBOT o BOT), es la fórmula de ingeniería jurídica que adopta el modelo chileno, logrando -- como se detalla más arriba-- inversiones esenciales en obras públicas.

Los cuantiosos recursos fiscales que se destinaban desde los inicios de la República para dotar de infraestructura pública al país en áreas tan disímiles como carreteras urbanas e interurbanas, aeropuertos, espacios públicos, recintos deportivos, de ocio y espectáculos, parques, cárceles, hospitales, embalses, progresivamente se destinan a satisfacer los requerimientos de sectores de la sociedad en los cuales no se encuentran intereses de los particulares por invertir, construir y/o explotar o bien porque el diseño de la política económica privilegia otro

[253] Sobre un análisis pormenorizado del desarrollo de la institucionalidad chilena en materia de concesiones y su reformas legales "Concesiones de Obras Públicas. Análisis de la institucionalidad chilena". José Antonio Ramírez A. Edit. AbeledoPerrot, Santiago, 2010

sistema de creación, desarrollo y regulación de la infraestructura. A su vez, estos recursos "liberados" permitirán acrecentar los programas de prestaciones directas o subsidios en ámbitos socioeconómicos que definen las políticas públicas de los gobiernos.

Los inicios de la infraestructura concesionada se caracterizan por obras vinculadas al transporte, conectando y fortaleciendo las comunicaciones terrestres por medio de autopistas urbanas e interurbanas, los aeropuertos de las diversas ciudades del país. La búsqueda de "modelos de negocios" incorporados en las Bases de licitación (BALI), en áreas que se pronostican de mayor "complejidad" irán evolucionado, de manera de entregarle al particular un mayor rol a la hora de la determinación de los diseños y especificidades de las obras que se ejecutan.

El fortalecimiento de este sistema radica asimismo en las nuevas propuestas de inversión que emanen de entidades públicas "mandantes" como es el caso del Ministerio de Salud, para Hospitales; Municipios, para Centros de retiros de vehículos; Justicia, para establecimientos penitenciarios, etc. Asimismo, la bondad del sistema se apoya en la receptividad de propuestas privadas que el Ministerio de Obras Públicas acoge por su interés público, activando un mecanismo jurídico de reembolso de gastos a sus proponentes, bonificando su oferta en el proceso licitatorio y de adjudicación.

Las Bases de Licitación que impulsa para cada obra el Estado por medio del Ministerio de Obras Públicas, se enriquece, a su vez, con el mecanismo de consultas (Preguntas y respuestas) que culminan en circulares aclaratorias y complementarias que se entienden como parte integrante de los pliegos licitatorios.

La tendencia, a su vez, a establecer Bases centradas en fomentar la entrega de mejores diseños e implementaciones de detalles por los particulares, dejando al Gobierno la definición de los estándares técnicos y los niveles de servicio, inspiran y son recogidos en la reforma que en 2010 experimenta el estatuto concesional.

Para la etapa de construcción y explotación de obras públicas, la reciente reforma 2010 perfeccionó el estatuto normativo regulador de los convenios complementarios, explicitando las causales y ponderaciones que deben recogerse para cada caso, de manera que

tanto el privado como el Estado conozcan a priori, con mayor certeza, el ámbito y efectos de los cambios o implementaciones que sea necesario introducir al Convenio original.

La reforma 2010 avanza en este sentido al implementar legalmente el principio constitucional de la transparencia en la información (art. 8 de la Constitución Política del Estado). En cuanto al cobro de las tarifas, se racionaliza el pago de multas y se hace expedito su proceso jurisdiccional para permitir el cumplimiento de las resoluciones.

El modelo chileno encuentra en la seguridad jurídica un elemento cardinal a la hora de explicar el flujo de recursos nacionales e internacionales de entes privados interesados en las concesiones de infraestructura pública.

El Panel de Expertos interpreta, previene y plantea soluciones frente a disputas o conflictos hermenéuticos de las partes. Como fase posterior, ante la necesidad de ingresar a la vía jurisdiccional, la Comisión Arbitral será la conocedora, por mandato legal, de las controversias de interpretación de los contratos, cuya integración y procedimientos garantizan idoneidad técnico-jurídica y oportunidad procesal, minimizan las contingencias de las inversiones y dan garantía de buen resguardo de los recursos fiscales e intereses estatales.

El sistema de asociación público-privado chileno enfrenta, con la reforma de 2010, el desafío de asumir el desarrollo que la infraestructura concesionada precisa para las próximas –al menos-3 décadas. Para ello es preciso que los órganos públicos, involucrados en la elaboración de las BALI y su proceso de adjudicación, sean capaces de estatuir pliegos que armonicen el impulso-creatividad e innovación del sector privado, su capacidad de financiamiento, el aporte en los diseños, el ingenio constructivo y la eficiencia en la explotación. Lo anterior, en armonía con la necesaria potestad del Estado para regular, fiscalizar y controlar la actuación de los privados.

El deseo natural del Ejecutivo de minimizar los Convenios Complementarios, procurando precisar las BALI, no puede llevar a la hipertrofia del sistema, elevando a rango de inmutabilidad los proyectos que en su esencia son referenciales. Esto es, suponen mínimos de niveles de servicio y estándares técnicos y no elementos estructurales estáticos, inamovibles, ajenos a la optimización.

Precisamente la optimización de los proyectos referenciales, permitiendo innovaciones tecnológicas e incluso reducción y/o redistribución de recursos públicos y privados, en aras del mejor servicio público, deben ser siempre compartimentos abiertos y no cerrados en el sistema de concesiones.

Situaciones específicas, puntuales, en los cuales se producen desavenencias entre los actores públicos y privados en determinados proyectos (caso concesiones de cárceles, que culmina con fallo arbitral y de los tribunales superiores de justicia), deben hacernos reflexionar en la forma de prevenir conflictos futuros.

La reforma 2010 es un importante avance, pero el fortalecimiento del sistema y la prevención de contingencias encuentra un factor determinante en el oportuno y necesario dialogo y trabajo expedito entre el Inspector Fiscal de la Obra, ya sea en su fase de construcción u explotación, las entidades públicas competentes y los responsables de la empresa adjudicataria del proyecto.

5.5 Bibliografía

A. VIVES, M. Paris, J. Benavides. *Financial Structuring of Infrastructure Projects in Public-Private Partnerships: A Tool for Designing Feasible Structures* (2006). Disponible en http://cendoc.esan.edu.pe/paginas/infoalerta/project/paris.pdfhttp://cendoc.esan.edu.pe/paginas/infoalerta/project/paris.pdf

Cámara Chilena de la Construcción. *Balance de la infraestructura en Chile. Análisis de la evolución sectorial y proyección 2010-2014*. (2010) Disponible en http://www.cchc.cl/publicaciones/balances/http://www.cchc.cl/publicaciones/balances/

Coordinación de Concesiones de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas. Listado de Obras y Proyectos (2011). Disponible en http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/obrasconcesionadas.aspx http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/obrasconcesionadas.aspx

D. RODRIK (2004). *Getting Institutions Right* CESinfo DICE Report 2/2 –4. http://www.ifo.de/pls/guestci/download/CESifo+DICE+Report+2004/CE

Sifo+DICE+Report+2/2004/dicereport204-forum2.pdf

E. ENGEL, R. Fischer y A. Galetovic. *Licitación de carreteras en Chile. Estudios Públicos*, Nº 61 (1996).

José Antonio Ramírez. *Concesiones de obras públicas: análisis de la institucionalidad chilena.* Edit AbeledoPerrot, Santiago (2010).

Anexo 1: Discurso en Seminario de Diálogos del Bicentenario, Sr. Roberto Nahum[254]

Señor Presidente del H. Senado, Autoridades, Académicos, Alumnos de la Universidad de Chile, Señoras y Señores:

Es por cierto un honor el pronunciar estas palabras que inauguran el presente seminario, en esta sala del viejo Congreso Nacional y que rememoran a la institución que define la existencia misma de nuestra democracia, como es el Parlamento.

Mucho se podría decir acerca del mismo, pero qué duda cabe que su importancia exige imperativamente situar al Congreso Nacional desde la mirada de los hitos más trascendentes, que a lo largo de 200 años, han configurado su fisonomía y han permitido al pueblo chileno, en la trayectoria de las vicisitudes propias de una República joven, ser representados por quienes concurren en su nombre a aprobar las leyes de nuestra nación en el marco de la discusión y el consenso.

[254] Abogado y profesor de derecho procesal chileno, actual decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de de Chile.

El Congreso chileno es uno de los más antiguos de América. Inaugurado el 4 de julio de 1811, su gestación provino de la Primera Junta de Gobierno que, como sabemos, instalada un año antes, tuvo por especial propósito aprobar el Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria, primer bosquejo de Constitución Política y de separación de poderes, configurando de este modo los primeros órganos gubernativos y legislativos.

Este fue el primer paso a un Chile libre y soberano, marcado por proyectos atinentes a la independencia institucional como al progresivo respeto de la dignidad, libertad e igualdad de los habitantes de la República. Ejemplo de ello fue la aprobación de la conocida Ley de Libertad de Vientre, norma por lo demás de un inexorable carácter progresista en el desarrollo de la democracia del continente americano.

Los siguientes proyectos de Constitución y las posteriores Leyes Fundamentales, forjadoras de las directrices que hoy sustentan y asilan a nuestra convivencia política, económica y social, resguardaron los más diversos compromisos políticos que, en los pasos del tiempo, nos han llevado a constituir un país en el que impera el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Lentamente se han ido asentando así las principales atribuciones del Congreso, a saber: la fiscalización de los actos de gobierno y la aprobación de las leyes de la República.

Esto es, un Estado en el que los abusos son y deben ser desterrados en aras de un hombre y una mujer libres de los flagelos de la tiranía, que arremeten con ojos ciegos contra el respeto y protección de los derechos de todo ser humano (la vida, el honor, la libertad o la propiedad) a través de tribunales imparciales e independientes, quienes juzgan aplicando leyes aprobadas y discutidas precisamente en esta institución que hoy conmemoramos.

Su existencia no ha estado exenta de dificultades. Así, el unicameralismo, la forma de designación de los parlamentarios, los intentos de federalismo, el predominio sin contrapeso del parlamento e incluso su esporádica clausura, han marcado la senda y la trayectoria de nuestro Congreso como órgano compuesto de hombres y mujeres cuyo título e investidura arranca directamente del ciudadano y cuyo cometido es representar los intereses y demandas a las que aspiran los habitantes para construir un Chile de personas libres y acreedor de esas condiciones sociales que permiten gozar de igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Pero en estas palabras que hoy comparto con ustedes, no puedo caer en un olvido injusto: el pasar por alto ese centro que cobija y forma a través del dialogo del pluralismo a las más altas autoridades y a los más destacados intelectuales de una joven República Democrática: la Universidad de Chile y, en particular, su Facultad de Derecho.

Es esa, nuestra institución académica, tal como lo demuestra de manera innegable la historia, la que ha dado desde el cultivo de la ciencia del Derecho los aportes más trascendentes para construir el régimen político que hoy impera en Chile, que en el presente, continúa trabajando, a través del brazo y de las mentes de todos quienes han sido y son sus alumnos por asentar aquella regla de oro que ha pasado a ser una base fundamental de los diversos Estados: la democracia.

Demostración de lo anterior es la circunstancia de que en el período 1834-1870, esto es, en la etapa fundacional del Congreso, un 41% de los senadores fueran abogados, precisamente egresados de nuestra Facultad. De modo pues que casi la mitad de sus miembros fueron formados en nuestra universidad, quedando ello plasmado en los primeros Códigos de la República.

El encuentro que en estos momentos nos reúne, es una muestra palmaria de ello. Reconocidos académicos de esta casa de estudios y de su Departamento de Derecho Público, bajo la dirección del profesor Enrique Navarro Beltrán, continúan reflexionando desde la historia y la ciencia para conducir a la República de Chile a la perfección de su normativa con miras a que ésta sea un reflejo de la realidad social que construyen todos los habitantes de la patria.

Finalizo estas palabras con el ánimo y la certeza de que el seminario que hoy inauguro será un fiel reflejo de esta notable trayectoria que ha permitido que nuestro Congreso Nacional sea uno de los más antiguos y respetados de esta América.

Santiago, 2 de septiembre de 2011

Anexo 2: 200 Años del Congreso Nacional, Sr. Enrique Navarro Beltran[255]

I Primer Congreso Nacional

El Congreso Nacional se establece en 1811 y sesionará a partir del 4 de julio en el edificio del Consulado, en la esquina de calles Bandera y Compañía, mismo lugar en que un año antes se había celebrado el Cabildo Abierto. Convocado por la Junta de Gobierno, lo conformaron 40 representantes de los departamentos, representándose así las diversas tendencias: realistas, pelucones y patriotas.

Como afirmara fray Camilo Henríquez, en su recordado sermón, los legisladores debían ser poseedores de un espíritu de prudencia "para que una Constitución sana, sabia, equitativa y bienhechora, haciendo la dicha de los ciudadanos, sea el fruto de tantos sinsabores, cuidados, angustias y peligros".

Del trabajo de dicho órgano y de su propósito de "dividir los poderes", a la vez que fijar "los límites de cada uno", surge el primer bosquejo de carta fundamental: el Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile.

El Congreso Nacional se disuelve el 2 de diciembre de 1811, habiendo celebrado 55 sesiones. Entre las medidas adoptadas cabe destacar la ley de "libertad de vientre", tendiente a poner término a la esclavitud,

255 Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Es el miembro más joven que ha integrado el Tribunal Constitucional d ella República de Chile.

calificada como una "miserable propiedad".

Con posterioridad, el Reglamento Provisorio de 1812 establecerá por primera vez un Senado, compuesto de siete individuos (dos por cada una de las provincias de Coquimbo y Concepción y tres por Santiago), teniendo presente que "sin su dictamen no podrá el Gobierno resolver en los grandes negocios que interesen la seguridad de la Patria". Su primer presidente fue el sacerdote Pedro Vivar y Azua y también lo integraron fray Camilo Henríquez, Juan Egaña, José Nicolás de la Cerda, Francisco Ruiz-Tagle, Manuel Antonio Araoz y José Gaspar Marín. Durante 1813 se aprobaron leyes relativas a libertad de prensa, instrucción primaria y protectora de indios.

II En búsqueda de la estabilidad institucional

La Constitución Provisoria de 1818 consagra un Senado compuesto de 5 miembros titulares e igual número de suplentes. Entre sus principales atribuciones estaba la de velar por la "puntual observancia de esta Constitución".

Aunque todos fueron cercanos a O'higgins (quien los calificó como "hombres selectos y amigos"), tuvieron conflictos en materia financiera, dando cuenta de su autonomía, llevándole a expresar que "o me veo en la precisión de disolver este cuerpo mauloso o pierdo la provincia de Concepción por falta de recursos".

Entre las leyes que aprobó cabe destacar la que creó la Contaduría Mayor, antecedente de la actual Contraloría.

Será, sin embargo, la Carta de 1822 la que por primera vez en la historia patria creará un sistema bicameral (Senado y Cámara de Diputados), aunque no operó en los hechos.

Por su lado, la Constitución de 1823 retorna al bicameralismo con un Senado Conservador y Legislador (de 9 miembros) y una Cámara Nacional. Bajo su funcionamiento se aprobó el Reglamento de Administración de Justicia que sienta las bases de la judicatura. El 21 de

julio de 1824 Freire asume el poder total y clausura el Congreso.

Finalmente, la Constitución liberal de 1828 prevé una Cámara de Diputados elegidos directamente por el pueblo y un Senado, designado por Asambleas Provinciales. Durante su vigencia se aprueba la ley sobre ciudadanía de extranjeros y una nueva ley de imprenta.

III El Congreso Nacional en la Constitución de 1833

A partir de l830 y luego del enfrentamiento entre pipiolos y pelucones que concluye en Lircay, el gobierno del general Prieto convoca a una Gran Convención para estudiar un nuevo texto, como un medio de "hacer efectiva la libertad nacional que jamás podríamos obtener en su estado verdadero mientras no estuviesen deslindadas con exactitud las facultades del gobierno y se hubiesen puesto diques a la licencia."

De acuerdo a la Carta de 1833, el Senado estaba compuesto por 20 miembros, que duraban 9 años y que representaban al país. Mientras que los diputados duraban 3 años en sus funciones y se elegía uno por cada 20.000 almas.

Como afirmara Huneeus la conveniencia del bicameralismo radica en que ambos "mutuamente se fiscalicen", siendo ello "garantía de que la Ley se discutirá siempre con calma y madurez, precaviendo las resoluciones que, en un momento de arrebato, puede arrancar a una Cámara la palabra de un orador eminente".

Dicha Constitución si bien -en principio- otorgaba amplísimas facultades al Presidente de la República, transformándolo en un verdadero "monarca sin corona", le concede al Congreso la facultad de aprobar las leyes periódicas (presupuesto, contribuciones y la que fijaban las fuerzas armadas). Como recuerda Heise, allí se encontraba el germen del parlamentarismo. Además, conoció de las acusaciones constitucionales.

En los años setenta (época en que finalizan las obras de construcción del nuevo edificio) se aprobaron algunas leyes referentes al Congreso

Nacional, entre las que cabe destacar la elección directa de los senadores por provincias. Igualmente, la facultad fiscalizadorase remonta a la reforma de 1874, oportunidad en la que se entrega a la Comisión Conservadora -sucesora del Congreso Nacional durante la legislatura extraordinaria- el "*ejercer la supervigilancia (…) sobre todos los ramos de la administración pública*".

IV El parlamentarismo chileno

La guerra civil de 1891 que enfrentará al Presidente y al Congreso -formalmente- motivada por la no aprobación de la ley de presupuesto, importará el predominio del parlamento.

Los ministros dependerán así de las mayorías de los partidos y del Congreso. Se inicia así las recordadas "rotativas ministeriales".

Durante el pseudo-parlamentarismo vivido entre 1891 y 1925, los mecanismos de fiscalización se exteriorizaban, como lo consignaba la doctrina, a través de preguntas e interpelaciones a los Ministros y mediante el nombramiento de comisiones parlamentarias encargadas de investigar determinados asuntos.

Lo notable es que, como afirmara Manuel Rivas Vicuña, a partir de 1891, no se modifica la carta de 1833, desde que "sin cambiar su letra, encarnará en su espíritu el régimen parlamentario".

Ciertamente, la aplicación no fue completa pues -como se sabe- el Presidente no tenía la facultad de poder disolver el Congreso Nacional.

A pesar de las críticas por la falta de preocupación por la denominada "cuestión social" fue, en todo caso, un período en el que no fue necesario dictar estados de excepción, como lo destacan algunos historiadores (Heise, por ejemplo).

V Las modificaciones en la Carta de 1925

El Presidente Arturo Alessandri se preocupó que la carta de 1925

robusteciera las facultades presidenciales, suprimiendo el parlamentarismo, a través de una fórmula sencilla y clara: "quitar la responsabilidad política de los ministros ante el Parlamento, o sea suprimir la censura ministerial, que colocaba a aquellos funcionarios bajo la férula parlamentaria."

Así, ahora, el Congreso Nacional debía centrarse en sus labores legislativas y fiscalizadoras. Igualmente, se establece la incompatibilidad entre los cargos de Ministro y Parlamentario.

Se configura un Senado de 45 miembros, elegido por agrupaciones de provincias y a quien se le otorga la facultad consultiva que en el siglo XIX ejercía el Consejo de Estado.

A la Cámara de Diputados se le confiere la facultad de fiscalizar los actos del gobierno, quedando autorizada para tomar acuerdos que podría poner en conocimiento del Presidente de la República, sin que ello importara responsabilidad alguna hacia los Ministros de Estado.

Sin embargo, según lo han hecho presente estudiosos de la historia del derecho (Silva y Bravo), la facultad fiscalizadora se vio fuertemente disminuida durante la aplicación de la Constitución de 1925 como consecuencia del surgimiento de entidades para estatales no sujetas a dicho control, que sólo alcanzaba a la administración centralizada.

Para aminorar lo anterior, en 1945 se dictó una ley que autorizaba a la Cámara de Diputados y al Senado a nombrar dos representantes en los consejos de dichas entidades, norma que fue muy criticada por los tratadistas, siendo derogada en 1961.

Del mismo modo, las facultades legislativas del Congreso se ven alteradas desde que durante dicho período se dictó importante legislación a través de decretos leyes (en 1932 y a partir de 1973), sin perjuicio de que además se otorgó facultades al Presidente para dictar decretos con fuerza de ley, que sólo fueron regulados en 1970. Por último, las reformas de 1943 y 1970 fortalecieron la iniciativa exclusiva presidencial, especialmente en materia económica y financiera.

VI El Congreso Nacional bajo la vigencia de la Constitución de 1980

El texto primitivo de 1980 también establece un congreso bicameral (120 diputados y 2 senadores por región), teniendo presente la Comisión de Estudio, que "en una democracia moderna y estable, el Parlamento debe ser la expresión de un justo y conveniente equilibrio entre dos fuerzas: una renovadora, política, fiscalizadora y representativa de todas las regiones", mientras que el Senado tiene que "tener un carácter moderador, nacional, de cámara revisora y consejera."

La Carta incluía la posibilidad de disolver el Congreso, lo que fue eliminado en la reforma de 1989, momento en el que también se realizaron otras modificaciones consensuadas entre el gobierno militar y la oposición, que permitieron pactar una transición.

De este modo, el Congreso Nacional es reinaugurado en 1990, con motivo del restablecimiento del régimen democrático, sesionando sí en Valparaíso.

VII La reforma constitucional de 2005 y el Congreso del bicentenario

La reforma de 2005 revierte una tendencia que fue predominante en Chile, particularmente en el siglo XX, buscando una reducción de las potestades del Presidente de la República, de modo que exista un mayor equilibrio de poderes con el Congreso Nacional.

Esto puede constatarse al revisar el fortalecimiento de la facultad fiscalizadora por parte de la Cámara de Diputados, las comisiones investigadoras y estableciéndose un verdadero mecanismo de "interpelación", aunque ciertamente con un alcance distinto del modelo parlamentario, a lo que se agrega la citación a los Ministros de Estado.

A su turno, en el ámbito legislativo, se robustece el rol del Congresoen la tramitación de los tratados internacionales. En todo caso, el Presidente de la República sigue siendo "el gran legislador", por lo que aún está pendiente revisar y moderar la iniciativa exclusiva legislativa.

Del mismo modo, se perfeccionó el sistema político, al eliminarse los senadores designados y vitalicios, entregándose a la ley la determinación del número de senadores y su forma de elección.

Adicionalmente, se suprimió el requisito de residencia de los senadores y se rebajó su edad mínima a 35 años y se reemplazó la normativa sobre inhabilidad y vacancia, permitiéndose la renuncia al cargo.

Así, nuestro Congreso Nacional, uno de los más antiguos del mundo, retoma un lugar destacado en la institucionalidad, siendo depositario de los intereses y voluntades de todos los chilenos, principal órgano en el que se deben cristalizar los consensos de todos los sectores de la sociedad, para lograr el bien común, primordial finalidad del Estado.

Anexo 3: Fiscalización Parlamentaria de los Actos de Gobierno.

Ana María García Barzelatto[256]

Sumario: 1.- Introducción, 2.- La fiscalización, 3.- Evolución histórico-normativa de la fiscalización parlamentaria, 4.- La fiscalización de los actos del gobierno después de la reforma constitucional de 2005, tres modalidades de fiscalización, 5.- Alcance de la expresión "solicitar antecedentes", 6.- Alcance de la expresión "actos del Gobierno", 7.- Conclusiones.

1.- Introducción

La fiscalización de los actos del gobierno por la Cámara de Diputados es una facultad que se encuentra en directa vinculación con el principio de separación de poderes, principio que desde los orígenes del constitucionalismo ha sido parte del Estado de Derecho y de la democracia representativa.

Especialmente en un régimen de gobierno presidencial con funciones radicadas en diferentes órganos, es fundamental la existencia de controles recíprocos, de "frenos y contrapesos" que permitan el desarrollo equilibrado de la función ejecutiva y legislativa. Así, mientras

---

[256] Profesora Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

por una parte, el Ejecutivo tiene el pleno ejercicio del gobierno y la administración del Estado que desarrolla junto con sus Ministros – colaboradores directos e inmediatos de su exclusiva confianza – por otra parte, entrega a la Cámara de Diputados la fiscalización de los actos del Ejecutivo, pero sin que esta fiscalización comprometa la responsabilidad política de los Ministros. De este modo se manifiesta el sistema de pesos y contrapesos propio del principio de separación de funciones.

Asimismo, el Ejecutivo y las cámaras actúan conjuntamente como órganos colegisladores, estando facultado aquél para iniciar en forma exclusiva un proyecto de ley, para solicitar la urgencia del mismo, y para eventualmente vetar un proyecto, correspondiendo, a su vez, a cada una de las cámaras atribuciones que son de su propia exclusividad. Así, desde la Carta de 1925 quedó radicada en la Cámara de Diputados, la facultad fiscalizadora de los actos de gobierno, por ser ésta el órgano representativo de la voluntad popular, en tanto el Senado por lo general se ha caracterizado por ostentar un carácter más bien moderador o consultivo.

En un gobierno presidencial como el nuestro, a diferencia de un régimen parlamentario, la facultad fiscalizadora de la Cámara se caracteriza por no comprometer la responsabilidad política de los Ministros, de modo que no se genera para éstos la obligación de renunciar a sus cargos.

Tradicionalmente el Senado ha quedado excluido de la función fiscalizadora.

2.- La fiscalización

La fiscalización, que no ha sido definida por el ordenamiento jurídico, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es "hacer el oficio del fiscal" y este es "el que averigua o delata las operaciones de uno"; también es "criticar o traer a juicio las acciones u obras de otro".

La doctrina es prácticamente unánime en considerar que la fiscalización implica formular un juicio de valor en cuánto a la conveniencia o inconveniencia de un acto de gobierno o una decisión política. Así, algunos autores han señalado que "podemos definir el concepto de fiscalizar como la emisión de un juicio de valor, formulado a la luz del examen de un determinado acto de Gobierno, hecho en correspondencia con el ordenamiento jurídico y con los principios consensualmente aceptados por la sociedad que dicen relación con el bien común,

entendido éste como la esencia ética y jurídica orientada a evitar actos de corrupción, abusos de poder y otros que puedan exceder las rectas facultades del gobernante"[257].

De modo tal, que la fiscalización que realiza la Cámara de Diputados tiene por objeto "pronunciarse sobre la oportunidad o conveniencia de una determinada decisión adoptada por el Gobierno, así como la de enjuiciar políticamente su gestión, (…) con la finalidad de influir políticamente en la gestión del Gobierno dentro de los cauces institucionales"[258].

Así, mientras la *fiscalización* de un acto implica emitir un juicio valorativo, el *control* se dirige a examinar la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico vigente. Mientras la fiscalización evalúa el mérito, la conveniencia u oportunidad de lo obrado, el control evalúa la legalidad o constitucionalidad del acto. Algunos autores han denominado al primero "control político" y al segundo "control jurídico"[259].

A todas luces, la fiscalización parlamentaria y los acuerdos u observaciones referidos a los actos del Ejecutivo importan una forma de influencia política sobre la opinión pública y sobre el actuar del Gobierno para inducirlo a modificar, rectificar o dar explicación de sus actos[260], circunstancia que sin duda alguna contribuye al libre juego de las fuerzas políticas, a la participación ciudadana y al afianzamiento del régimen democrático.

3.- Evolución histórico-normativa de la fiscalización parlamentaria

3.1. La Constitución Política de 1833:

---

257 Martínez O., Gutenberg, "Fiscalización parlamentaria y Comisiones Investigadoras", Editorial Jurídica de Chile, primera edición 1998, p.30.

258 Cordero Q., Eduardo, "La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados" en *Reforma Constitucional,* Coordinador F. Zúñiga, ,Santiag*o,* primera edición, 2005, p. 518.

259 Bertelsen R., Raúl, Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC) Sesión 341, p. 2057.

260 Cea E. José Luis, "Fiscalización parlamentaria del Gobierno" en Revista Chilena de Derecho, Vol 20, p. 10.

La Constitución de 1833 no contempló la fiscalización de los actos de gobierno como una facultad de la Cámara de Diputados. Sólo los Reglamentos de la Cámaras establecían la posibilidad de citar a los Ministros de Estado para formularles preguntas, o someterlos a una interpelación las que revestían cierta formalidad y eventualmente podían dar origen a una censura con la consiguiente caída del gabinete, como fue frecuente durante el período comprendido entre 1891 y 1925. También era posible la formación de comisiones parlamentarias, que tenían por objeto la investigación de irregularidades denunciadas respecto de algún sector de la administración pública[261].

Sólo con la reforma constitucional de 1874 se entregó la supervigilancia sobre la Administración Pública a la Comisión Conservadora, la que podía dirigir representaciones al Presidente de la República[262]

3.2. La Constitución de 1925:

Frente a las prácticas seudo parlamentarias de fines del siglo XIX y comienzos del XX, se hizo frecuente la modalidad de las interpelaciones y de las censuras ministeriales con las consiguientes caídas de gabinete. Esta circunstancia generó la necesidad de reforzar el carácter presidencialista del régimen de gobierno y establecer en forma expresa en la Carta de 1925 la atribución exclusiva de la Cámara de Diputados para fiscalizar los actos de gobierno (artículo 39), pudiendo la Cámara, con el voto de la mayoría de los diputados presentes "adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitirán por escrito al Presidente de la República" precisando que tales acuerdos u observaciones no afectan la responsabilidad política de los Ministros de Estado. Las observaciones debían ser contestadas por escrito por el Presidente de la República o verbalmente por el Ministro que corresponda.

Cabe recordar que durante la vigencia de la Carta de 1925 se aprecia un decaimiento de la importancia del órgano legislativo.

---

[261] Navarro B., Enrique, "La fiscalización de la Cámara de Diputados", en Revista de Derecho Público Nº 49, 1991, p. 71.

[262] La Comisión Conservadora integrada por 7 senadores y 7 diputados era la sucesora del Congreso Nacional durante la legislatura extraordinaria, con facultades para ejercer la supervigilancia sobre todas las ramas de la Administración Pública.

En efecto, de las tres grandes funciones que corresponden al Congreso, legislativa, fiscalizadora y deliberativa, las dos primeras fueron debilitadas. Por una parte porque la facultad legislativa se vio afectada por la frecuente delegación extra constitucional de facultades que el Congreso solía otorgar el Presidente de la República, como también por los decretos leyes dictados durante períodos de facto, y luego validados por la Corte Suprema. Por otra parte, la escasa regulación constitucional de la facultad fiscalizadora de la Cámara hizo bastante ineficaz esta atribución.

3.3. La Constitución de 1980:

La *Carta de 1980* en su artículo 48 Nº 1 complementó la atribución exclusiva de la Cámara de Diputados para fiscalizar los actos del gobierno, introduciendo algunas innovaciones.

Entre ellas, cabe destacar las siguientes:

a) Se modifica la obligación del Presidente de responder personalmente a las comunicaciones de la Cámara, facultándolo para hacerlo a través de sus Ministros de Estado;

b) Se establece un plazo de 30 días corridos para dar respuesta, lo que da mayor seriedad a la atribución de la Cámara; y,

c) Se establece la facultad para que "cualquier diputado" solicite determinados antecedentes al Gobierno siempre que cuente con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara.

Respecto de este último punto, la doctrina ha destacado la importancia de que una minoría parlamentaria (a quien en esencia le corresponde controlar) pueda iniciar la atribución fiscalizadora lo que la hace más eficaz[263]. En efecto, si bien la fiscalización es una facultad corporativa de la Cámara, ya que es a ella como cuerpo colegiado a quien corresponde la atribución exclusiva de "fiscalizar los actos del Gobierno" debiendo los acuerdos contar con la mayoría de los diputados presentes, ahora se permite que esta facultad se ejerza con un quórum inferior a la mayoría

[263] Ferrada, Juan Carlos, "La reforma constitucional a la fiscalización parlamentaria en el Constitución de 1980" en *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, 2002.

de los miembros presentes, lo que permite la intervención de una minoría parlamentaria.

Se mantiene inalterada la no afectación de la responsabilidad política de los Ministros y se mantiene la fiscalización como un control político y no de juridicidad, lo que la distingue del control que ejerce la Controlaría General de la República y de las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia.

Cabe recordar que, posteriormente, la reforma constitucional de 1989 introducida por la Ley Nº 18.825, excluyó expresamente al Senado en el ejercicio de facultades fiscalizadoras el que no puede ejercer actos de fiscalización ni siquiera pretenderlo, por cuánto la disposición constitucional establece: "El Senado, sus comisiones y sus demás órganos, incluidos los comités parlamentarios si los hubiere, no podrán fiscalizar los actos del Gobierno ni de las entidades que de él dependan, ni adoptar acuerdos que impliquen fiscalización" (Art. 53 ultimo inciso). De modo que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, se ha creado un "verdadero monopolio a favor de la Cámara en materia de fiscalización"[264].

4.- La fiscalización de los actos de gobierno después de la reforma constitucional de 2005

La Ley de reforma constitucional Nº 20.050 de 2005 profundizó el régimen de fiscalización e introdujo nuevas modalidades de fiscalización, manteniéndola siempre como una atribución exclusiva de la Cámara de Diputados.

Hoy, para fiscalizar los actos del Gobierno la Cámara puede: a) Adoptar acuerdos, sugerir observaciones y solicitar antecedentes; b) Citar a un Ministro de Estado, formularle preguntas e interpelarlo; y c) Crear comisiones especiales investigadoras, las que podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes.

A continuación analizaremos cada uno de los instrumentos fiscalización de acuerdo a la disposición constitucional contenida en el artículo 52 Nº

---

[264] STC Rol Nº 1602-2010 de 1º de junio de 2010, voto disidente de los Ministros señores R. Bertelsen, E. Navarro y C. Carmona.

1 letras a), b) y c).

Art. 52.

"Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede:

a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, quien deberá dar respuesta fundada por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. El Presidente de la República contestará fundadamente por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del mismo plazo señalado en el párrafo.

En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado"

a) Adoptar acuerdos, sugerir observaciones y solicitar antecedentes:

En ejercicio de esta atribución la Cámara puede adoptar acuerdos, es decir resolver sobre determinadas materias; sugerir observaciones, es decir, formular advertencias o reparos; y, solicitar antecedentes.

Respecto de la solicitud de antecedentes el Tribunal Constitucional, con motivo del control de constitucionalidad de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ha señalado que "las peticiones de informes y antecedentes al gobierno implican ejercicio de la función de fiscalización y, en tal caso, deben ceñirse a las formas y al procedimiento contemplados en el artículo 52 Nº 1 de la Constitución que le confiere esta facultad, como atribución exclusiva, a la Cámara de Diputados"[265]. En consecuencia, habría que considerar que una petición

[265] STC Rol Nº 1602-2010 de 1º de junio de 2010, Considerando Décimoctavo.

de antecedentes o informes a un organismo de la Administración del Estado debe estimarse como una conducta fiscalizadora y no podrá ejercerse con una finalidad distinta a lo dispuesto en la disposición constitucional.

Esta disposición innova en cuanto agrega que la respuesta del Presidente a través del respectivo Ministro, además de darse dentro del plazo de 30 días, debe ser fundada, con lo que se pretendió otorgar mayor eficacia a la fiscalización.

En consecuencia, los efectos de la fiscalización a través de esta modalidad son los siguientes: i) el Gobierno está obligado a dar respuesta por medio del Ministro de Estado que corresponda y dentro del plazo de 30 días siguientes a aquel en que el Presidente reciba el oficio de fiscalización; ii) la obligación de dar respuesta se entiende cumplida por el solo hecho de entregar su respuesta, sin que se contemplen sanciones para el caso que el Gobierno no responda; iii) los acuerdos, las sugerencias y la solicitud de antecedentes mantiene inalterada la responsabilidad política de los Ministros.

La reforma de 2005 mantiene la facultad de *cualquier diputado* para solicitar antecedentes contando con el voto favorable de un tercio de los diputados presentes, lo que, como ya señaláramos, es un medio de facilitar el control por parte de una minoría parlamentaria.

b) Citar a un Ministro de Estado, formularle preguntas e interpelarlo:

La segunda modalidad de fiscalización, según lo dispone la Carta Fundamental es la siguiente:

b) Citar a un Ministro de Estado, a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. Con todo, un mismo Ministro no podrá ser citado para este efecto más de tres veces dentro de un año calendario, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio.

La asistencia del Ministro será obligatoria y deberá responder a las preguntas y consultas que motiven su citación.

La citación a los Ministros de Estado fue una práctica común, aunque sin

regulación constitucional, durante el período comprendido entre 1891 y 1925, con el fin de formularles preguntas o interpelarlos. El actual texto constitucional consagra en forma expresa la citación de un Ministro, con lo que se ha vigorizado la fiscalización de la Cámara. El quórum exigido para citar a un Ministro es de un tercio de los diputados en ejercicio, con lo que se consagra la posición observada por la doctrina en cuánto que "las facultades fiscalizadoras deben poder ejercerlas las minorías para que sean efectivas"[266].

En todo caso, para ser citado más de tres veces dentro de un año calendario, se requiere el acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio.

A pesar que, a diferencia del caso anterior, nada se dice sobre el tipo de responsabilidad que se persigue con la citación e interpelación, parece evidente que un resultado adverso puede ser decisivo para posteriormente dar inicio a una acusación constitucional en contra del respectivo Ministro.

Frente a la citación de la Cámara, el Ministro tiene la obligación de asistir y dar respuesta a las preguntas y consultas que se le formulen, lo que otorga a nuestro régimen presidencial un sesgo de carácter parlamentario, que podría eventualmente implicar una mutación constitucional de un régimen presidencialista a un régimen presidencial atenuado o, incluso, semipresidencial.

c) Crear comisiones especiales investigadoras:

El tercer instrumento de fiscalización es el siguiente:

c) Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno.

Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los Ministros de

---

[266] Bulnes A., Luz, "La reforma constitucional al Congreso Nacional" en *Reforma Constitucional de 2005*, Coordinador H. Nogueira, Santiago, primera edición 2005. También Juan Carlos Ferrada ob. cit.

Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten.

No obstante, los Ministros de Estado no podrán ser citados más de tres veces a una misma comisión investigadora, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.

La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas".

Antes de la reforma de 2005 la regulación de las comisiones investigadoras quedaba entregada a los reglamentos de la Cámaras y su creación fue de dudosa constitucionalidad. Hoy la Carta eleva a rango constitucional la facultad para crear estas comisiones especiales, lo que implica un importante avance para la fiscalización parlamentaria.

El requisito para su creación es contar con la petición de, a lo menos, dos quintos de los diputados en ejercicio.

El objetivo es reunir información sobre determinados actos del Gobierno, para lo cual pueden despachar citaciones y solicitar antecedentes. La obligación de comparecer y suministrar los antecedentes solicitados recae sobre los Ministros de Estado, demás funcionarios de la Administración y personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria.

Las atribuciones de las comisiones investigadoras son fijadas por la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la que debe ceñirse al marco constitucional de la competencia y con el objeto preciso de fiscalizar los actos de gobierno, sin que pueda tal Ley excederse a otros ámbitos.

La Ley Nº 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional de 5 de febrero de 1990, modificada el año 2010, contiene un nuevo Título V

que regula la creación, atribuciones y funcionamiento de las comisiones especiales investigadoras[267].

Así, la nueva normativa dispone que las comisiones, "ni aun por la unanimidad de sus integrantes, podrán extender su cometido al conocimiento de materias no incluidas en el objeto o finalidad considerado en el acuerdo que dio lugar a su formación" (art. 53 inciso 2).

Las solicitudes de antecedentes deben ser dirigidas al Ministro o al jefe superior del Servicio a cuyo sector correspondan las informaciones solicitadas. "Tratándose de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, la solicitud se dirigirá a quienes corresponda su representación legal" (art. 54 último inciso).

La ley también contempla la posibilidad de que quienes concurran a las comisiones investigadoras, puedan asistir acompañados de un asesor o letrado que les proporcione asesoría y los antecedentes necesarios para responder las consultas (art. 57 inciso 1).

Incluso si fuere estrictamente necesario para el resultado de la investigación, se podrá requerir antecedentes a particulares o solicitar su testimonio, cuyo cumplimiento, en todo caso, será absolutamente voluntario para éstos (art. 56).

La competencia de las comisiones investigadoras se extingue al expirar el plazo que les haya fijado la Cámara para el cumplimiento de su cometido, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario, según lo determinado por la ley. "En todo caso, el término del respectivo período legislativo importará la disolución de las comisiones especiales investigadoras" (art. 53 ultimo inciso).

A continuación, estimamos necesario referirnos a la extensión que, a nuestro juicio, debe darse a dos expresiones utilizadas en forma reiterada por el constituyente y cuyo alcance incide de modo importante en el tema en estudio. Tales son las expresiones: "solicitar antecedentes" y "actos del gobierno".

---

[267] Título agregado por el artículo único Nº 27 de la Ley Nº 20.447 de 3 de julio de 2010.

5. Alcance de la expresión "solicitar antecedentes"

La Carta Política de 1980 introdujo mayor regulación a la facultad fiscalizadora y señaló expresamente la posibilidad de pedir antecedentes al Gobierno, estableciendo un plazo para dar respuesta (30 días) y un sujeto responsable (el Ministro de Estado respectivo).

A su vez, la reforma de 2005 dio mayor regulación y perfeccionó la fiscalización, lo que se constata de la redacción del Nº 1 del artículo 52 cuya letra a) señala que sin perjuicio de la adopción de acuerdos u observaciones se podrán "solicitar determinados antecedentes al Gobierno", lo que se reitera en la letra c) que otorga a las comisiones fiscalizadoras especiales la facultad para "despachar citaciones y solicitar antecedentes" al Gobierno.

La petición de antecedentes ha quedado configurada como un forma de fiscalización y así lo ha dejado entrever el Tribunal Constitucional. En este sentido, cabe recordar lo indicado en páginas anteriores en cuánto a que esa Magistratura ha estimado que "las peticiones de informes y antecedentes al gobierno implican ejercicio de la función de fiscalización y, en tal caso, deben ceñirse a las formas y al procedimiento contemplados en el artículo 52 Nº 1 de la Constitución que le confiere esta facultad, como atribución exclusiva, a la Cámara de Diputados"[268]. Asimismo, lo destaca un voto de minoría del Tribunal cuando señaló que "es la Constitución misma la que configura al requerimiento de antecedentes que realiza la Cámara al Gobierno como un medio de fiscalización más que sirve de auxilio tanto a la adopción de acuerdos como a las comisiones investigadoras"[269].

Lo afirmado nos lleva a reparar en los artículos 9 y 9A de la Ley Nº 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en cuánto éstos extienden la facultad de fiscalización de los actos del Gobierno y la posibilidad de solicitar antecedentes a otros sujetos distintos de la Cámara, y para objetos diferentes.

---

[268] STC Rol Nº 1.602-2010 de 1º de junio de 2010, Considerando Décimoctavo.

[269] STC Rol Nº 1.602-2010, Voto Disidente Ministros señores R. Bertelsen, E. Navarro y C. Carmona, Considerando Décimoquinto.

En efecto, los citados artículos hacen aplicable la facultad de solicitar antecedentes a "las entidades en que el Estado participe o tenga representación en virtud de una ley que lo autoriza, *que no formen parte de su Administración*, *y no desarrollen actividades empresariales;* y la obligación de proporcionar los antecedentes solicitados por "las comisiones o por los parlamentarios debidamente individualizados…". Se constataría una doble infracción, una porque extiende la calidad de sujeto fiscalizado a entidades que no consigna la Constitución, y, otra, porque extiende la facultad fiscalizadora a las comisiones y a los parlamentarios individualmente considerados, lo que también altera la norma constitucional, ya que éstos no son sujetos activos de la fiscalización.

Ahora bien, considerando que los referidos artículos 9 y 9A se ubican en el Título I De las Disposiciones Generales de la Ley, y en el ánimo de encontrar una solución de orden constitucional a tales normas, habría que concluir que la facultad para solicitar antecedentes contenida en esas disposiciones debe entenderse referida a la actividad colegisladora de las cámaras y no a la facultad fiscalizadora, atribución ésta última de carácter exclusivo de la Cámara de Diputados. Una interpretación contraria llevaría a concluir que tales artículos serían abiertamente inconstitucionales como lo señaló un voto de minoría de la sentencia pronunciada con motivo del control de constitucionalidad del proyecto de ley de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional[270][271].

En consecuencia, según lo expresado, solo corresponde a la Cámara en forma exclusiva solicitar antecedentes a las entidades estatales, ya que estas solicitudes han adquirido el carácter de una modalidad más de la fiscalización, que sirve de apoyo tanto para que la Cámara adopte decisiones como a la labor de las comisiones investigadoras

En todo caso, si los parlamentarios individualmente considerados necesitan obtener antecedentes podrán hacerlo, como cualquier persona, en virtud del derecho de acceso a la información en poder de los órganos de la Administración del Estado, conforme a lo contemplado

---

[270] Vid. supra nota 13.

[271] En esta línea, vid. voto disidente de los Ministros señores M. Venegas, J. L. Cea, H. Vodanovic y señora M. Peña, en STC Rol Nº 1.602-2010.

en el artículo 8º de la Carta Política.

6. Alcance de la expresión "actos del Gobierno"

El alcance o extensión de la expresión "actos del gobierno" ha suscitado numerosas dudas interpretativas y discusiones doctrinarias, en atención a que la Constitución hace recaer en el Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado (art. 24). En consecuencia, cabe preguntarse ¿se comprenden en la fiscalización los actos de gobierno y también los actos de administración; o debe entenderse en un sentido restrictivo sólo a los actos políticos o de gobierno? [272].

La Constitución no establece una distinción conceptual sino que en el Capítulo IV titulado "Gobierno" comprende al Presidente de la República, los Ministros de Estado y a la Administración del Estado. Entonces ¿qué órganos constituyen el Gobierno? Existen diversas tesis.

6.1. Tesis Amplia:

La expresión "actos *del* gobierno" y no "actos *de* gobierno" induce a la interpretación amplia para estimar como objeto de la fiscalización tanto los actos de naturaleza política como los administrativos.

De la historia fidedigna del establecimiento de la ley y lo discutido en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se puede concluir que bajo la denominación "actos del Gobierno" se incluyen las actuaciones del Presidente de la República, de los órganos de la administración centralizada, descentralizada incluyendo a las Fuerzas Armadas y las empresas del Estado creadas por ley. No ese incluyen los gobiernos regionales ni las municipalidades.

Esta concepción es compartida por la mayor parte de la doctrina nacional, la que estima que la fiscalización recae sobre los actos del

---

[272] La doctrina ha distinguido como actos de gobierno aquellos cuyo contenido y finalidad son de naturaleza política, destinados a fijar los grandes lineamientos orientadores de la comunidad, con discrecionalidad y elección entre varias alternativas; mientras que los actos de administración corresponden a la ejecución cotidiana y satisfacción continua e incesante de las necesidades públicas poniendo en ejecución concreta una ley determinada, vid. Verdugo M., Mario y García Barzelatto, Ana María "Manual de Derecho Político" Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición actualizada 2010, pp. 121-123.

Ejecutivo, ya sean éstos actos de gobierno o actos de administración, alcanzando tanto a los órganos o servicios públicos de la administración centralizada como descentralizada [273]

Así, "los actos del Presidente de la República, los de todos los funcionarios u organismos que estén bajo sus órdenes, y los efectuados por las distintas autoridades y reparticiones ejecutivas y administrativas dependientes de él, son actos del Gobierno susceptibles de ser fiscalizados por la Cámara de Diputados. En sentido amplio la tarea de gobernar comprende la de administrar, y ambas se prestan por autoridades y reparticiones subordinadas en una u otra forma a quien tiene la más alta responsabilidad es la realización de esa dos funciones sustanciales"[274].

En suma, según esta doctrina, quedan comprendidos en la fiscalización parlamentaria todos los actos del Presidente de la República tanto en su función política como administrativa, efectuados directamente por él, o por organismos dependientes suyos o relacionados con él por algún vínculo de carácter tutelar como son las empresas del Estado y aquellas en que el Estado tenga participación mayoritaria y las Fuerzas Armadas. Quedan, entonces, fuera de la fiscalización los órganos constitucionalmente autónomos, que carecen de todo vínculo con el Gobierno como son las Municipalidades, el Banco Central, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público. Además, respecto de éstos no habría forma de hacer operar la fiscalización "por intermedio del Ministro de Estado que corresponda" para dar respuesta a los acuerdos de la Cámara.

6.2. **Tesis restringida:**

Otra tesis, más restringida, es aquélla que sustenta la delimitación de la fiscalización haciéndola procedente solo a los actos del Gobierno, o sea, aquéllos que emanen del Presidente de la República, - máxima

---

[273] Cordero Q. Eduardo, "La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados", en "Reforma Constitucional", Coordinador Francisco Zúñiga, LexisNexis, 2005, Santiago, p. 507. Comparten la tesis amplia J.L. Cea; A. Silva B., R. Bertelsen, G. Martínez.

[274] Silva Bascuñan, A. "Tratado de Derecho Constitucional" Tomo VI, 2ª edición actualizada 2000, Editorial Jurídica de Chile, p. 96.

autoridad del Gobierno – o de sus colaboradores directos e inmediatos, como son los Ministros de Estado, o de sus agentes directos, como los intendentes y gobernadores.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC) observó este criterio y señaló que "la actividad básica y central de los órganos de un Estado es gobernar, es decir, determinar la línea política general de un país. En un sistema presidencial eso debe estar en manos del Presidente de la República y de sus Ministros, que son sus colaboradores inmediatos y que dependen de él"[275].

Esta tesis también se funda en el hecho de que como consecuencia de una fiscalización, solo pueden ser acusados constitucionalmente en juicio político el Presidente, los Ministros de Estado, los Intendentes y los Gobernadores, todos los cuales tienen una vinculación directa con el Ejecutivo, no así los Alcaldes ni lo representantes de órganos autónomos.

6.3. **Después de la reforma de 2005:**

Sin perjuicio de las dos tesis señaladas, después de la reforma de 2005 la Constitución hace mención expresa a la extensión de la actividad fiscalizadora de las comisiones investigadoras la que se extiende a "*los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria"* (art. 52 Nº 1 letra c), los que pueden ser citados y obligados a comparecer y suministrar la información que se les solicite.

Respecto de las empresas del Estado, la forma en que el Estado puede participar en actividades económicas es diversa. La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado dispone que esta forma puede ser a través de "empresas públicas creadas por ley", que forman parte de la Administración del Estado, (art. 1), como igualmente "puede participar y tener representación en entidades que no formen parte de su administración solo en virtud de una ley que lo autorice, la que debe ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades

[275] Sesión 339, Actas Comisión Estudio de la Nueva Constitución, p. 2017.

empresariales" (art. 6)[276].

La fiscalización de la Cámara de Diputados, entonces, sería procedente respecto de aquellas empresas del Estado creadas por ley, ya sea ley ordinaria o de quórum calificado y también respecto de aquellas empresas en que el Estado tenga participación mayoritaria. En todo caso, estimamos que para que la fiscalización sea operable la empresa debe estar relacionada o encontrarse dentro en el ámbito de supervisión de un Ministerio, ya que es al respectivo Ministro de Estado a quien corresponde dar respuesta a la Cámara.

Cabe hacer presente que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional incluye entre las entidades obligadas a proporcionar informes y antecedentes específicos a las comisiones de las cámaras a "… las sociedades en que éste (el Estado) tenga aporte, participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan…" (artículo 9ºA inciso primero). Al respecto, estimamos que esta facultad debe entenderse referida a las facultades colegisladoras de las cámaras y no a la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados. Una interpretación diferente pondría en tela de juicio la constitucionalidad del inciso primero del referido artículo por exceder el ámbito de fiscalización señalado por el constituyente.

En lo que a las *sociedades estatales* se refiere, la doctrina ha distinguido entre empresas públicas creadas por ley y sociedades estatales. Las primeras son "personas jurídicas estatales administrativas de derecho público, cuya organización es de derecho público y cuya actividad está regida por el derecho privado, puesto que es de carácter comercial o industrial". En cambio las "sociedades del Estado" son órganos del Estado con actividad empresarial, regidos por el derecho privado en su funcionamiento y creadas por escritura pública, en virtud de una expresa disposición legal que obliga a hacerlo, determinando: quienes son sus socios (Corfo y Fisco), su capital social, porcentajes de participación de dichos socios, su objeto social, etc."[277]

---

[276] Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

[277] Soto Kloss, Eduardo, "Derecho Administrativo, Temas Fundamentales", 2009, p. 200.

De lo expuesto, entonces, no podrían ser objeto de fiscalización parlamentaria las denominadas "sociedades del Estado", es decir aquéllas constituidas como sociedades anónimas. Ellas están sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, igual que las sociedades anónimas.

En todo caso, debe recordarse que los actos de los órganos de la Administración se encuentran, además, sujetos al control financiero y de legalidad de la Contraloría General de la República y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de las irregularidades de los actos de la Administración, amén de la existencia de otros organismos de la Administración Pública que cumplen funciones fiscalizadoras de entidades administrativas, como son las diversas superintendencias del Estado, por lo que no tiene sentido duplicar innecesariamente los sistemas de fiscalización.

Finalmente, reiteramos que la fiscalización parlamentaria en ningún caso alcanza a los órganos autónomos de rango constitucional ni a aquéllos que carecen de un vínculo de dependencia o supervisión de un Ministerio.

7. Conclusiones

Después de la reforma constitucional de 2005 y a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional existente sobre la materia abordada en este trabajo, queda de manifiesto que la fiscalización parlamentaria ha sido claramente vigorizada en nuestro ordenamiento constitucional, lo que nos permite extraer las siguientes conclusiones:

1) La fiscalización parlamentaria de los actos del Gobierno es una atribución cuyo titular es exclusivamente la Cámara de Diputados, con exclusión del Senado y de todo otro órgano del Estado.
2) Esta atribución la ejerce la Cámara de Diputados como cuerpo colegiado, lo que no obsta a que un diputado con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara pueda solicitar determinados antecedentes.
3) El objeto de la fiscalización son los actos del Gobierno, es decir, del Ejecutivo sean actos de gobierno o de administración y se extiende a toda la Administración Pública y a las empresas del Estado creadas por ley y a aquéllas en que el Estado tenga participación mayoritaria, sin que alcance a los órganos

constitucionalmente autónomos ni a los órganos que no respondan a la esfera de supervisión de un Ministerio.

4) La fiscalización se ejerce conforme a las modalidades, quórum y formalidades que establece la Constitución, pudiendo la Cámara: a) adoptar acuerdos, sugerir observaciones y solicitar antecedentes; b) citar a un Ministro de Estado para formularle preguntas sobre materias de su cargo; y, c) crear comisiones especiales investigadoras para reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno.
5) En ningún caso la fiscalización de la Cámara de Diputados afecta la responsabilidad política de los Ministros de Estado y la obligación del Gobierno se entiende cumplida con solo dar respuesta por medio del Ministro que corresponda dentro del plazo de 30 días.
6) Los acuerdos o sugerencias de la Cámara no son vinculantes para el Gobierno, sin perjuicio que eventualmente éstos puedan dar inicio a una posterior acusación constitucional o juicio político, su hubiere mérito para ello.

Anexo 4: Senado, Atribuciones Exclusivas, Salvador Mohor Abuauad[278]

1.- Senado es el nombre con el que tradicionalmente se designa a las Cámaras Altas en los sistemas bicamerales. Por lo tanto cuando hablamos de Senado, ello es bajo el presupuesto de la existencia de un sistema bicameral.

2.- Si bien el Senado o Cámara Alta surge originariamente con el carácter de una Cámara conservadora para la representación y preservación de los valores tradicionales y aristocráticos, lo que explica la denominación de Cámara Alta, con el transcurso del tiempo ha venido perdiendo ese carácter para transformarse en una segunda cámara, denominación con la que también se conoce a esta Cámara, y con la cual se busca teóricamente enriquecer la representación popular. Hace excepción a esta tendencia la Cámara de los Lores en

278 Abogado de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho, Universidad de Chile y Universidad Central de Chile. Disponible en : http://web.derecho.uchile.cl/pregrado/2012_2/curri_d.php?recordID=567

Inglaterra que aún conserva en buena medida su carácter conservador y aristocrático, aunque ya un poco atenuado.

3.- Las segundas Cámaras en general gozan de igualdad con respecto a la Cámara de Diputados, también denominada Cámara Baja en razón de su origen histórico que la vincula mas bien a la representación de los intereses populares, pero paralelamente se ha desarrollado en algunos casos, la tendencia que busca principalmente exaltar el carácter consultivo del Senado, relativizándose así su importancia política. El fenómeno se observa por ejemplo en Inglaterra con la Cámara de los Lores respecto de la Cámara de los Comunes; en Alemania con el Bundesrat, frente al Bundestag; en Francia con el Senado respecto de la Asamblea Nacional, e incluso en España con el Senado en relación con el Congreso de los Diputados. En Japón se observa la misma tendencia. En todos estos casos, en general, la Cámara de Diputados está en situación de imponer su voluntad al Senado, recurriendo al régimen de las insistencias.

4.- A pesar de las objeciones que doctrinariamente despierta la bicameralidad, en términos de la multiplicación de las oportunidades del conflicto y el retardo consecuente en la aprobación definitiva de las leyes, tras la segunda Guerra Mundial el bicameralismo parece haberse impuesto como tendencia institucional.

La idea es asegurar en la formación de la ley, la concurrencia de modalidades o formas de representación diferentes, que propendan con su pluralidad a una más efectiva e integral participación de la comunidad representada, en sus diversos segmentos o componentes sociales, de manera que la ley sea el fiel resultado de la interacción de todos ellos y satisfaga en su justa medida los intereses subyacentes. Así, históricamente la representación popular que opera a través de la Cámara de Diputados, se ha combinado con la representación aristocrática, institucional, corporativa o estadual del Senado, o bien, como ocurre más frecuentemente, la representación popular busca cubrir a través del Senado segmentos sociales diferenciados en razón del tiempo o del espacio geográfico, como es el caso de Chile. Debe anotarse que en Chile, la reforma Constitucional de 2005 eliminó la representación de los Senadores vitalicios y designados, por considerarla antidemocrática.

5.- Por lo que acaba de decirse, la existencia de dos Cámaras con

idénticas atribuciones y con la misma estructura, desde el punto de vista de su duración y generación o composición, carecería de mayor sentido, pues destruiría la esencia misma de la bicameralidad que, como se ha dicho, busca enriquecer la representación, asegurando la participación de diferentes segmentos sociales, diferenciados por sus características sociológicas, geográficas, temporales, étnicas, u otras. En Chile, donde tales diferencias se encuentran principalmente referidas a la edad de los representantes, al espacio geográfico de los representados y al tiempo de generación de las Cámaras, la bicameralidad establecida en Chile a partir de la Constitución O´Higginiana de 1822, parece encontrar cierto asidero o justificación, aunque, por cierto, la conveniencia de mantenerla o no deba provenir de un profundo análisis sociológico, jurídico político, psicológico y económico, principalmente.

6.- El hecho de que orgánicamente existan dos Cámaras en la estructura del Estado no significa que necesariamente opere el fenómeno de la bicameralidad, puesto que ella presupone que en el ámbito de una misma función, concurran ambas Cámaras con iguales atribuciones o con atribuciones parcialmente distintas, diferenciadas, como se ha dicho, por la diversidad de su estructura, desde el punto de vista de su duración y generación o composición. Por lo tanto es necesario que en el ámbito de la misma función exista una identidad total o parcial de atribuciones, es decir, se requiere que ambas Cámaras estén facultadas para hacer total o parcialmente lo mismo en el desarrollo de la misma función. La consecuencia que de ello se derive es que ninguna Cámara quede impedida de participar en el ejercicio de la función compartida. Si en el contexto de una misma función ambas Cámaras ejercieran competencias diferentes no operaría la bicameralidad, pues cada una de ellas estaría ejerciendo atribuciones exclusivas y excluyentes.

Por lo dicho anteriormente el fenómeno de la bicameralidad en Chile, solo se da respecto de las funciones legislativa y constituyente, así como también en la aprobación de los tratados internacionales, otorgamiento de indultos particulares a los condenados en juicio político y aprobación de los estados de excepción (Artículos 65 a 72, 127 a 129, 54 N° 1 y N° 2, 32 N° 14 y 39 a 45 de la CPR).

7.- Como ninguna de las cámaras en Chile puede imponer su voluntad sobre la otra en razón de ser tal o cual Cámara, impera en nuestro

país un bicameralismo que la Doctrina denomina perfecto o integral, distinto, por ejemplo, del que existe en Inglaterra, Francia o Alemania, donde el bicameralismo es imperfecto o atenuado, desde que en esos Estados, aun cuando ambas Cámaras concurran al ejercicio de la función legislativa, la Cámara Baja está en situación de imponer su voluntad sobre el Senado, bajo determinadas condiciones y especialmente tratándose de leyes que inciden en materias de orden económico y financiero. El hecho de que la Cámara de Diputados y el Senado sean en determinados casos Cámara de origen obligada respecto de ciertos proyectos de ley (la Cámara de Diputados en materia presupuestaria, tributaria, y de reclutamiento y el Senado en materia de amnistía e indulto generales), no rompe, por cierto, la bicameralidad perfecta por lo que respecta al proceso de la elaboración de la ley, pues tales exigencias prácticamente carecen de toda incidencia efectiva en la aprobación definitiva de la ley.

8.- De acuerdo con lo expresado el bicameralismo no se da respecto de competencias que la Constitución radica en las Cámaras en la forma de atribuciones exclusivas de cada una de ellas. Entre esas competencias debemos destacar aquellas que se inscriben dentro de la función de control de los actos del Gobierno y de la Administración y que la Constitución en principio radica fundamentalmente y de manera general en la Cámara de Diputados, a la cual, en efecto, le asigna las atribuciones de fiscalizar los actos del Gobierno y de iniciar y aprobar acusaciones constitucionales (art 52 n° 1° y 2°). Concordante con lo dicho el art. 53, inc 2° de la Constitución establece un precepto prohibitivo, según el cual, el Senado, sus comisiones y demás órganos, incluidos los Comités Parlamentarios si los hubiere, no podrán fiscalizar los actos del Gobierno ni de las entidades que del dependen, ni adoptar acuerdos que impliquen fiscalización. La disposición señalada ha dado lugar a un interesante debate interpretativo, a partir de la reforma constitucional de 1989.

9.- En efecto, con anterioridad a la reforma constitucional de 1989, el precepto señalado disponía de manera más amplia que la prohibición de fiscalizar se extendía a los senadores, vale decir, a los miembros del Senado considerados individualmente, y prohibía al Senado y a sus órganos constitutivos destinar total o parcialmente, sesiones a emitir opiniones sobre los actos del Gobierno o sobre materias ajenas a sus funciones. Pues bien la reforma Constitucional aludida si bien mantuvo la prohibición que pesaba sobre el Senado y sus órganos de

fiscalizar los actos del Gobierno y de las entidades que de él dependen, suprimió en cambio la prohibición de destinar sesiones a emitir opiniones sobre los actos del gobierno y omitió toda referencia a la prohibición que afectaba a los senadores individualmente consideradas para fiscalizar esos mismos actos.

En relación con la supresión de la prohibición de destinar sesiones a emitir opiniones sobre los actos del Gobierno, ella nos parece razonable a la luz del precepto constitucional contenido en el artículo 53 n° 10 que faculta al Senado para emitir dictámenes a solicitud del Presidente de la República, y del precepto del artículo 53 n° 5 que lo habilita para prestar o negar su consentimiento a los actos del Gobierno, en los casos en que la Constitución y las leyes así lo requieran. En cambio la supresión de la prohibición de fiscalizar que afectaba a los senadores individualmente considerados generó un problema interpretativo, pues mientras un sector de la doctrina estima que, a contrario sensu, dicha supresión permitiría a los senadores fiscalizar, otro sector de la doctrina, en que nos incluimos, les niega esa posibilidad, en razón de las siguientes consideraciones:

La constitución otorga a la Cámara de Diputados las atribuciones exclusivas para fiscalizar de manera general y amplia los actos del Gobierno y, en cambio, expresamente le prohíbe al Senado hacerlo (art 52 n° 1 de la CPR).

Si se prohíbe al Senado y a sus órganos constitutivos fiscalizar los actos del Gobierno con mayor razón esa prohibición debiera afectar a los senadores individualmente considerados, puesto que cada senador solo es tal en cuanto elemento constitutivo del todo, de tal manera que la prohibición que afecta al todo se extiende necesariamente a las partes;

Si la intención del Constituyente hubiera sido la de habilitar a cada senador para fiscalizar los actos del Gobierno, habría abierto los cauces institucionales a través de los cuales ejercer la atribución, lo que, por cierto, no ha sucedido, ya que los únicos que existen corresponden a la Cámara de Diputados.

Ni siquiera los diputados pueden individualmente hacer operar los mecanismos de fiscalización previstos por la Constitución, ya que para

ello se requiere de un quórum determinado que habilite a la Cámara para adoptar la decisión respectiva que los ponga en movimiento. En efecto, el art 52 n° 1, letra a, b y c de la Constitución, exige para poner en marcha los mecanismos de acuerdos de fiscalización de la Cámara, las citaciones de un ministro de Estado y la constitución de comisiones investigadoras, la mayoría de los diputados presentes, un tercio y dos quintos de los diputados en ejercicio, respectivamente. Idéntico criterio aplica el constituyente para poner en movimiento la acusación constitucional y consumarla: no menos de 10 diputados , ni más de 20 pueden iniciar una acusación; su aprobación en la Cámara exige de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio si el acusado es el Presidente de la República, y mayoría de los presentes en los demás casos; y el senado requiere 2/3 de los senadores en ejercicio para pronunciarse sobre la culpabilidad del Presidente de la República y mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos.

Por todas estas razones creemos que la posibilidad de que los senadores puedan fiscalizar individualmente los actos del Gobierno continúa proscrita después de la reforma Constitucional de 1989.

10.- Pero el hecho de que la Constitución prohíba al Senado fiscalizar de manera general y amplia los actos del Gobierno, atribución que según se ha dicho corresponde exclusivamente a la Cámara de Diputados y se ejerce a través de los mecanismos establecidos en el art. 52, no significa que la Carta Fundamental haya excluido totalmente al Senado de la función de control de los actos del Gobierno. En efecto, diversos preceptos de la Constitución le asignan al Senado facultades que en la forma de atribuciones exclusivas le permiten directa o indirectamente controlar la acción del Gobierno en aquellos casos que la Constitución expresa y particularmente señala.

Por lo tanto, la exclusión del Senado de la función de control sobre los actos del Gobierno es más aparente que real. Sería más preciso afirmar que en el ámbito de la función de control, las competencias están repartidas entre ambas Cámaras en la forma de atribuciones exclusivas que la Constitución asigna a cada una de ellas y que se ejercen a través de formas y mecanismos diferentes.

En efecto, si bien la Cámara de Diputados fiscaliza los actos del Gobierno, adoptando acuerdos, citando a algún ministro de Estado para formularle preguntas, o constituyendo comisiones investigadoras

(art 52 n° 1, letra a, b y c) y puede iniciar, acusaciones constitucionales y pronunciarse sobre ellas (art 52 n° 2) el Senado, por su parte, está facultado para ejercer las siguientes atribuciones que, directa o indirectamente, se inscriben dentro de la función de control de determinados actos del Gobierno:

- Pronunciarse como jurado sobre la culpabilidad o inocencia de los funcionarios de Gobierno, incluido el Presidente de la República y sus ministros de Estado, acusados por la Cámara de Diputados (art 53 n° 1);

- Decidir si ha o no lugar la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en materia civil en contra de algún ministro de Estado, por los daños que injustamente haya sufrido como consecuencia de su actividad ministerial (art 53 n°2);

- Conocer de las contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia (art 53 n° 3);

- Prestar o negar su consentimiento, a los actos del Presidente de la República, en los casos en que la Constitución o la ley lo requieran (art 53 n° 5);

- Otorgar su acuerdo para que el presidente de la República pueda ausentarse del país por más de 30 días o en las últimas noventa días de su período (art 53 n° 6).

- Declarar la inhabilidad del Presidente de la República, electo o en ejercicio, por causa de un impedimento físico o mental y admitir o desechar la dimisión de su cargo, oyendo al Tribunal Constitucional (art 53 n° 7);

- Aprobar la declaración del Tribunal Constitucional que condena al presidente de la República, en los casos a que se refiere al artículo 10 n° 15, incisos 6° y siguientes (art 53 n° 8);

- Aprobar por los dos tercios de los senadores en ejercicio la designación de los ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema y del Fiscal Nacional que le proponga el Presidente de la República (art 53 n° 9)

- Dar su dictamen al Presidente de la República en los casos en que éste lo solicite (art. 53 n° 10)

- Destinar sesiones especiales a emitir opiniones sobre actos del Gobierno, facultad que se desprende "a contrario sensu", de la supresión de la prohibición que a este respecto establecía la Constitución con anterioridad a la reforma constitucional de 1989.

11.- En los casos señalados precedentemente el Senado, según corresponda, actúa como jurado; decide si ha o no lugar la admisión de acciones judiciales en materia civil; resuelve sobre las contiendas de competencia; presta o deniega su consentimiento a determinados actos del Presidente; autoriza su salida del país; declara su inhabilidad o admite su dimisión; aprueba la declaración del Tribunal Constitucional que lo condena; ratifica los nombramientos propuestos por el jefe de estado; en fin, le da su dictamen al Presidente en los casos que éste los solicita. En cada una de estas situaciones el Senado para adoptar su decisión debe velar porque se respeten debidamente las normas constitucionales y legales vigentes y se satisfaga adecuadamente el interés general de la nación y eso, por supuesto, constituye por su naturaleza una actividad de control, perfectamente concordante con lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 24°, inciso 2°, de la Constitución.

12.-De conformidad con todo lo expuesto, es posible establecer la siguiente clasificación de las atribuciones del Senado:

A.- Atribuciones que el Senado ejerce en el marco de la bicameralidad:

Legislativas

Constituyentes

Aprobación de Tratados Internacionales

Aprobación de los Estados de Excepción

Otorgamiento de Indultos particulares a los funcionarios públicos condenadas en juicios políticos

B.- Atribuciones Exclusivas: Todas ellas, sin excepción, son

atribuciones de control de los actos del gobierno. Se clasifican en:

Jurisdiccionales:

Juicio Político (art 53 n° 1)

Admisibilidad de acciones civiles en contra de ministros del Estado (art 53 n° 2)

Contiendas de competencias (art 53 n° 3)

Rehabilitación de la ciudadanía (art 53 n° 4)

Aprobación de la condena del Presidente de la República por el Tribunal Constitucional (art 53 n° 8)

Políticas:

Prestar o negar su consentimiento al Presidente de la República (art 53 n° 5)

Autorizar las salidas del Presidente de la república (art 53 n° 6)

Declarar la inhabilidad del presidente de la República, o aceptar su renuncia (art 53 n° 7)

Ratificación de nombramientos (art 53 n° 9)

C- Atribuciones de carácter consultivo (art 53 n° 10) que el Senado asumió al desaparecer el Consejo de Estado, a partir del 11 de marzo de 1990 y de las cuales ya disponía en la Constitución de 1925 (art 42 n° 7)

Anexo 5: Gobierno y Oposición en el Congreso Nacional, José Antonio Viera-Gallo [279]

Enfocaremos el tema formulando algunas tesis cuyo desarrollo iría mucho más allá de las posibilidades de este encuentro.

---

[279] Abogado de la Universidad Católica de Chile. Disponible en: http://biografias.bcn.cl/wiki/José_Antonio_Viera_Gallo_Quesney

Democracia y parlamento

El Parlamento es una institución clave de la democracia. Es la expresión por antonomasia de la representación popular. Sus funciones claves, según sea el régimen político, son legislativas, fiscalizadoras y de control, y es un escenario privilegiado de la deliberación política.

Por tanto, en el Parlamento se institucionaliza el encuentro entre fuerzas de gobierno y de oposición.

Hoy el Parlamento está sometido a una nueva ola de críticas. Las que hubo en la década de los años 20 y 30 del siglo pasado contribuyeron al derrumbe de la democracia y el surgimiento del autoritarismo y la dictadura de distinto signo.

Las críticas actuales no tienen ese trasfondo. Algunas tienen que ver con la forma de funcionamiento del Parlamento, pues es una institución por definición expuesta al escrutinio ciudadano; otras surgen de la precariedad de los mecanismos de representación en una sociedad moderna y compleja, y también derivan del impacto que tienen sobre la política los medios de comunicación y las nuevas redes sociales que han abierto amplios espacios de debate ciudadano.

No se busca sustituir el Parlamento por obsoleto, ineficaz y engañoso, sino más bien revitalizarlo para que refleje mejor a la ciudadanía y modernizar su funcionamiento. Hay conciencia que sin Parlamento libre no hay democracia.

Al analizar el Parlamento hay que tener en cuenta:

- el régimen político del que forma parte
- el carácter unicameral o bicameral del Congreso y sus procedimientos y atribuciones
- el sistema electoral conforme al cual son elegidos los parlamentarios
- el sistema de partidos políticos existente
- el estado de desarrollo de la sociedad
- y la opinión pública

En todos los parlamentos democráticos están presente las fuerzas políticas que sustentan al Gobierno y las de oposición. Las relaciones que existan entre ellas marca el ritmo de su trabajo. En su seno se institucionaliza un método para debatir temas de interés público y para resolverlos por mayoría.

A continuación haremos algunas consideraciones sobre esa dialéctica gobierno-oposición en el Chile actual.

El Parlamento y el sistema político chileno

En Chile impera un sistema presidencial dentro de una democracia recientemente despojada de sus rasgos autoritarios, que se encuentra en tránsito entre una democracia consociativa hacia una más deliberativa; rige un sistema electoral binominal con elecciones sincronizadas de Presidente y diputados y mitad del Senado; los parlamentarios no pueden ser simultáneamente Ministros de Estado.

El Congreso es poderoso, sobre todo luego de las reformas constitucionales del 2005 y cumple una función preponderante en el debate político y en la definición de las políticas públicas. Esas reformas inclinaron la balanza a favor del Parlamento: se acorto el mandato presidencial a 4 años sin reelección, reduciendo el peso del Presidente, se institucionalizaron las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados, se amplió la facultad de ambas cámaras para solicitar información, se introdujo la interpelación parlamentaria; paralelamente se dotó de atribuciones fiscalizadoras a la Comisión mixta de Presupuestos en lo relativo a la ejecución del mismo y se ampliaron los plazos de las urgencias.

En un Informe del BID del 2006 sobre "La política de las políticas públicas en América Latina", se afirma: "el Congreso chileno es uno de los más fuertes de América Latina…registra uno de los n niveles más altos de especialización técnica de la región (gracias a sus sistema de comisiones). Los legisladores tienen un nivel de estudios relativamente elevado y una larga carrera en el Congreso…Un escaño en la Cámara baja y aun más en el Senado es un cargo de alto perfil y muy codiciado entre los políticos chilenos. Pese a la fuerza del Poder Ejecutivo y al hecho de que algunas negociaciones importantes dentro de los partidos y entre ellos no necesariamente tienen lugar en el Congreso, este

constituye una import6ante arena política y de formulación de políticas. En la legislatura nacional se debaten abiertamente, se aprueban y se hacen cumplir asuntos cruciales de la política y de las políticas públicas. El nivel de3 debate y transparencia en el Congreso chileno es muy elevado".

En Chile existe una escena política dominada por dos alianzas mayoritarias, con poca alternancia en el poder; esas coaliciones han sido estables en el tiempo y no configuran un cuadro de alta polarización, pero presentan síntomas de fragmentación. Existe poca valoración de los partidos y el Parlamento por parte de la ciudadanía, y han ido bajando los niveles de participación electoral, especialmente entre los jóvenes.

Pese a lo que sostuvieron muchos como una lección de la crisis institucional que terminó con la intervención militar de 1973, restablecida la democracia en 1990 los gobiernos no han contado con mayoría parlamentaria en ambas cámaras, sea por la presencia de senadores designados hasta el año 2006, sea por la fuga de algunos parlamentarios del bloque gubernamental a fines de ese año. Esta situación de gobierno sin mayoría en el Legislativo se mantiene en la actualidad.

El Gobierno en el Parlamento

A continuación haré algunas afirmaciones en forma de enunciados para sintetizar el argumento.

1.- la alianza de Gobierno debe respaldar al Presidente de la República. Los parlamentarios oficialistas fueron elegidos junto con el primer mandatario con tal propósito. Pero al mismo tiempo, como las fuerzas políticas que ellos representan en el Congreso trascienden al Gobierno que apoyan, se produce inevitablemente un cierto distanciamiento marcado por la disputa por el futuro con la oposición y entre los partidos que integran la alianza de gobierno: siempre está en discusión el equilibrio de fuerzas en su interior con miras a una próxima elección presidencial y parlamentaria.

2.- por eso existe una tensión entre el "decisionismo" gubernamental y la participación parlamentaria de los partidos de Gobierno en la toma de decisiones o en la implementación de las mismas, en especial sobre:

- agenda pública

- iniciativas prioritarias del Gobierno

- proyectos legislativos

- comisiones investigadoras

La relación los grupos parlamentarios oficialistas y el Gobierno oscila entre la lealtad y el protagonismo propio de cada grupo y de cada parlamentario, a veces al vaivén de los medios de comunicación o de las redes sociales que suelen resaltar las posturas disonantes.

Esta tensión inherente al acto de gobernar ha redundado en el llamado fenómeno "díscolo", o sea, la existencia de parlamentarios que sin dejar de definirse como oficialistas, caracterizan muchas de sus actuaciones por un disenso permanente con las medidas gubernamentales. Hay díscolos más o menos estables (en la legislatura anterior se llegó a configurar una bancada díscola) y lo que podríamos llamar, díscolos mutantes que se configuran según sea la materia en discusión. Esto refleja un debilitamiento de los partidos políticos y de las bancadas parlamentarias como entes articuladores de la voluntad política.

3.- la relación entre el Gobierno y las bancadas que lo sustentan está marcada también por la política de cada región, lo que influye en el comportamiento parlamentario. Muchas veces los diputados oficialistas de una región recelan del éxito de las autoridades regionales como futuros competidores. También hay que tomar en cuenta la formación de bancadas transversales temáticas, como la bancada agrícola, que representa lo que interesa a varias regiones.

Este cuadro se ha visto últimamente alterado por el nombramiento de cuatro parlamentarios como Ministros y una Ministra como senadora, lo que introduce un factor nuevo en el conjunto de relaciones entre Gobierno y bloque de respaldo parlamentario. Ya se había experimentado en un caso similar en el Gobierno anterior.

Los mecanismos de coordinación existentes entre Gobierno y parlamentarios oficialistas – Comité político, reunión con bancadas, coordinación entre cada Ministerio y parlamentarios de las comisiones respectivas – siendo útiles, se han revelado insuficientes.

Los Gobiernos se ven forzados a construir mayorías para cada iniciativa a partir de un respaldo sólido no suficiente.

La oposición parlamentaria

El concepto mismo de oposición nace en el Reino Unido a partir de 1830, cuando se legitima el papel de los partidos minoritarios en el Parlamento. El reconocimiento político de la función de la oposición parlamentaria se ha convertido en un rasgo esencial de la democracia pluralista; según G. Sartori, la democracia se rige por el principio de mayoría en el respeto de los derechos de las minorías.

En las autocracias la oposición no es aceptada o se encuentra relegada a un papel meramente decorativo y formal.

Un régimen parlamentario de gobierno, por definición, cuenta con mayoría en el Congreso. En cambio en un régimen presidencial como el nuestro, puede suceder que ello no ocurra. Así ocurre en el caso chileno en las últimas dos décadas. La oposición puede ser mayoritaria. En tal circunstancia se define por no sostener al Presidente de la República.

Puede haber situaciones intermedias en que alguna fuerza política sostenga al Gobierno en algunas materias sin tener representación en el Gabinete o en otros puestos claves de la Administración. Por lo general se trata de partidos pequeños, a veces regionales o de parlamentarios independientes, que tienen en su poder el fiel de la balanza para formar mayoría en alguna rama del Congreso.

Veamos a continuación algunas aseveraciones sobre la oposición parlamentaria en Chile.

1.- su objetivo es controlar al Gobierno e influir en sus decisiones perfilando una alternativa política capaz de ganar el apoyo ciudadano suficiente para sustituirlo en las próximas elecciones. Esto genera siempre una disyuntiva entre votar en contra de los proyectos del Gobierno o concordar en algunas materias para influir en el curso de los acontecimientos. Es la tirantez entre consenso y disenso. En todo caso la oposición debe escapar de la tentación de la "política de trinchera", de tipo sectario, que se opone a todo sin escuchar ni esgrimir razones.

2.- la oposición puede estar concentrada en un partido o difusa en varios, los que pueden actuar en forma más o menos coordinada. En el

caso chileno, pese a la dispersión (formación del PRI y de Chile Primero) y a la entrada de tres diputados comunistas, se advierte un grado importante de concertación en el comportamiento de las fuerzas opositoras. También hay, sin embargo, díscolos de oposición.

3.- la relación de la oposición parlamentaria con los movimientos sociales es necesaria y compleja. Esos movimientos por lo general se enfrentan a las políticas gubernamentales y tienden a expresar un cierto descontento, por lo que tendencialmente pueden coincidir con los partidos de oposición. Pero esa relación no es fácil: los movimientos también los critican por lo que hicieron o dejaron de hacer y por lo que hacen en la actualidad. En algunos casos, como se ha visto en un pasado reciente en países como Argentina, enarbolan lemas como "que se vayan todos".

Los movimientos sociales y los partidos de oposición se mueven en planos diferentes y sus lógicas pueden no toparse: unos actúan reivindicando ciertas necesidades motivados por ideas más o menos realizables, ejerciendo sus derechos de libertad, sin mediaciones institucionales; los partidos en cambio forman parte de la institucionalidad democrática y están presos de la coyuntura o de los plazos más o menos breves y exigentes del calendario electoral.

4.- la oposición debe responder hoy y mañana ante la ciudadanía. Lo cual la obliga a ser "responsable". Sabe que será juzgada por todos los ciudadanos en las próximas elecciones. Las encuestas pueden ser un factor clave en su comportamiento, aunque son múltiples los casos en que no hay coincidencia entre apoyo ciudadano e intención de voto.

5.- la oposición busca la alternancia en el poder, debe volver a ser mayoría ciudadana. Para lo cual son muy importantes las vocerías, o sea, quien habla a nombre de la oposición. En algunos países han tomado la idea del "gobierno en las sombras" nacida en Gran Bretaña: cada tema relevante tiene un responsable. Pero ese esquema no se ajusta a países pluripartidistas con grandes coaliciones.

En una sociedad marcada por las comunicaciones y las imágenes la calidad del mensaje político es esencial para conectar con los ciudadanos. Es algo más que elocuencia o retórica. Tiene que ver con valores como credibilidad, seriedad y honestidad.6.- el reconocimiento jurídico explícito de la oposición no es frecuente en los textos

constitucionales. Está implícito en la Constitución y en el derecho parlamentario. Y lo más importante es que forma parte de las prácticas políticas.

La oposición se encuentra expresamente regulada en Portugal (Constitución de 1976) y UK: se reconoce como oposición al partido que no integra el gobierno y que cuenta con más escaños en la Cámara de los Comunes; en caso de empate lo decide el Speaker (Presidente de la Cámara).

La existencia de la oposición, reconocida o no constitucionalmente, supone:

- presencia de la oposición en los órganos parlamentarios: mesas, comisiones, comités, etc.

- atribución de iniciativas legislativas y fiscalizadoras: comisiones investigadoras y capacidad de interpelas a los Ministros de Estado.

- capacidad para influir sobre la agenda de debates parlamentarios, lo que se llama la "orden del día" o la hora de incidentes.

En nuestro sistema político en que el Senado debe dar su anuencia al nombramiento presidencial de los integrantes de varias instituciones que se manejan colegiadamente como el Banco Central, el Consejo Nacional de Televisión, Consejo de Televisión Nacional, el Consejo de Transparencia y el de la Alta Dirección Pública del Servicio Civil, etc, la oposición logra alguna forma de presencia en esos organismos, por indirecta que sea.

V.- Capítulo aparte merecería el análisis de la relación entre partidos políticos y bancadas parlamentarias. Es un hecho, en todo caso, que se ha recurrido en escasas ocasiones a las órdenes de partidos, erróneamente prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, e incluso la disciplina de bancada ha sido frecuentemente desafiada en las votaciones.

VI.- Hasta el momento los Gobiernos no han recurrido a las amplias facultades que le ofrece la Constitución al Presidente de la República mediante la potestad reglamentaria autónoma, para evitar pasar por el

Parlamento. En dos casos emblemáticos hacerlo no dio buen resultado: el transantiago y la regulación por reglamento de la distribución de los métodos anticonceptivos de emergencia. En el caso de la televisión digital, el Tribunal Constitucional ha limitado en un año el tiempo de vigencia de la regulación presidencial por decreto de las transmisiones experimentales.

El Parlamento sigue siendo una instancia relevante, indispensable al momento de introducir cambios significativos en las políticas públicas, y la ciudadanía entiende que algo se ha definido correcta y establemente cuando se ha recurrido a una ley y no a un simple decreto para hacerlo.

El período de mayor importancia del Parlamento es durante la discusión de la ley anual de Presupuesto. Es el momento en que el Gobierno solicita el veredicto de senadores y diputados, entrega información, rinde cuenta de la ejecución presupuestaria del año y enuncia las prioridades efectivas de su gestión. Si bien tiene facultades especiales, nacidas de la dura lección de desencuentro que desembocó en la guerra civil de 1891, los parlamentarios saben que entre los meses de septiembre y diciembre se encuentran en una posición inmejorable para hacerse escuchar. Y ello vale tanto para parlamentarios de gobierno como de oposición.

Es un período de amplia y fuerte negociación política.

Valoración del Parlamento

Los criterios de valoración del Parlamento se confunden con los del sistema político en su conjunto. Inútiles son las estadísticas sobre número de leyes aprobadas, asistencias parlamentarias a las sesiones, etc. Tampoco son decisivas las encuestas que muestran reiteradamente una baja estimación del Parlamento, marcadas como está esa respuesta por el contexto de la encuesta y por la forma en que se formula la pregunta.

Al momento de hacer un examen de la labor del Congreso hay siempre un factor cualitativo que es preciso tomar en cuenta. Existen diversos intentos de seguimiento y balance de la agenda y el trabajo legislativo que han explorado indicadores cualitativos, que son de gran interés y utilidad.

Lo importante es evaluar:

- la gobernabilidad
- la eficacia de las políticas públicas
- la legitimidad de la institución

Sobre estas materias relacionadas con el funcionamiento general del sistema político, hay apreciaciones muy dispares en la actualidad. Muchos, sin embargo, coinciden en que es preciso impulsar un nuevo paquete de reformas políticas para abrir las instituciones y ampliar los mecanismos y espacios de deliberación, representación y participación.

En lo referente al Congreso Nacional propiamente tal, además de su modernización interna como estructura, lo más urgente es cambiar el sistema electoral y extender el cuerpo electoral introduciendo la inscripción automática. Así se podría iniciar un nuevo período de renovación de la institución parlamentaria.

Anexo 6: Acusación Constitucional: la "cuestión previa" como control político de constitucionalidad[280] Francisco Zuñiga Urbina[281].

Prolegómenos.

Hemos optado, después de revisitar el tema del "juicio político" y del control del poder innumerables veces, por abordar en esta ocasión un tema nuevo conexo a la acusación en juicio político: la denominada "cuestión previa", que opera en materia de acusaciones constitucionales como un filtro ex ante a la votación de la admisibilidad por la sala de la Cámara baja, y en la medida que en esta "cuestión previa" se pronuncia sobre los requisitos que la Constitución establece acerca de la "acusación",

---

[280] Ponencia Seminario "Ciudadanía y Constitución", Programa del Bicentenario del Congreso Nacional, Senado de la República, 2 de septiembre de 2011

[281] Profesor titular de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile. Disponible en: http://www.zdmcabogados.cl/link.cgi/esp/abogados/francisco-zuniga-urbina.act

es una manifestación, no la única en nuestro derecho parlamentario y derecho público, de control político de constitucionalidad enderezado a garantizar la supremacía del Derecho de la Constitución.

La legislación orgánica constitucional (artículo 43 Ley N° 18.910 orgánica constitucional del Congreso Nacional, en adelante también LOCCN) residencia el mentado control político de constitucionalidad como una atribución de la Cámara y su órgano máximo asambleario: la sala, en la medida que la comisión sorteada para la acusación posee una competencia delimitada a informar si "procede o no la acusación", expidiendo al efecto un informe.

Con todo se hace necesario abordar contextualmente una visión sinóptica de la acusación en juicio político, antes de abordar derechamente la "cuestión previa".

La acusación en juicio político o "impeachment" es un instituto de garantía de la Constitución que hace efectivo el principio de responsabilidad constitucional de servidores públicos (Presidente de la República , ministros de Estado, magistrados de tribunales superiores de justicia, Contralor General de la República, generales o almirantes de las instituciones de la defensa, intendentes y gobernadores), responsabilidad usualmente de naturaleza penal o administrativa, aunque no encuadrable o reducible a los tipos específicos de responsabilidad penal y administrativa según la tradición norteamericana (Black).

El "impeachment" anglosajón es un concepto que comprende la totalidad del procedimiento de revocación, y que puede ser traducido como "impedimento" (Toinet) aunque tradicionalmente se usó el término "juicio político" en las tempranas traducciones de Calvo a Story y de Carrasco Albano de Kent. Por otra parte, la sanción en el "impeachment" es política o "administrativa" (Story), en la medida que consiste en la destitución y la prohibición de obtener una función pública, que no impide perseguimientos ulteriores ante los tribunales ordinarios (Toinet). Se asemeja al proceso penal anglosajón de dos fases: acusación o cargo por el gran jurado y proceso por otro jurado, y tiene los méritos de garantizar el examen de la evidencia por más de un órgano y elimina en la primera etapa las acusaciones sin fundamento o evidentemente indemostrables (Black). Luego el "impeachment" por su "condición de absoluta" es un arma prácticamente inutilizable, como hace un siglo señaló James Bryce en su clásica obra "La República Norteamericana". Con todo a 1990 en los

Estados Unidos un total de 16 servidores públicos habían sido inculpados en "impeachment", 15 habían sido juzgados por el Senado y 5 habían sido declarados culpables, todos los cuales se desempeñaban como jueces (Toinet). Por último, en cuanto al ilícito constitucional (traición, corrupción, "high crimes and misdemeanour") resultan ilustrativos los conceptos empleados en cada época histórica con los juicios seguidos contra los presidentes A. Johnson en 1867, L. B. Johnson en 1968 y R. Nixon en 1974 (L. H. Tribe); tema reabierto (en lo que atañe a la amplitud del ilícito constitucional, entre otros temas) con el "impeachment" seguido contra el presidente W. J. Clinton más recientemente. [282]

Esta responsabilidad constitucional, distinta de las responsabilidades de derecho común (civil y penal) o de derecho público (administrativa, penal funcionaria, civil funcionaria), se hace efectiva a través de un instituto de justicia política, que por su deficitaria racionalización no permite en rigor designar a los órganos camarales como ministerio público (instructor-acusador) y tribunal (jurado), ni tampoco permite homologar el procedimiento, a un proceso jurisdiccional (entendido éste como el iter formalizado, finalístico y garantista en que se despliega la potestad jurisdiccional).

La justicia política es un mixtum conceptual, que por su fuerte carga política, refleja una forma larvada de racionalización garantista en la persecución de una responsabilidad constitucional.[283]

Nos interesa en este lugar abordar a propósito de la acusación en juicio

---

[282] **Black, Charles**: "Juicio Político" (trad. A Leal), Prolam SRL, Buenos Aires, 1975. También es muy útil consultar la obra de Marie- France Toinet: "El sistema Político de los Estados Unidos" (trad G.A. Gallardo), F.C.E. ,México DF, 1994. Finalmente es recomendable la monumental obra de Lawrence H. Tribe : "American Constitucional Law " 2ª edit., The Foundation Press Inc. ,Mineola, New Cork, 1988, pags. 289-296. Por último el comentario clásico y elemental de E.G. Corwin: "La Constitución Norteamericana y su actual significado" (trad. R. M. Demaría y prólogo J.A. Moyano), edit. G. Kraft, Buenos Aires, 1942. En cuanto a la cita al vizconde Bryce: " La República Norteamericana" (trad. A Buylla y A. Posada), Edit. La España Moderna s. f. 2 vol, Tomo I, pag 175-176. También de Lawrence Baum :"La Suprema Corte. Función y comportamiento en la sociedad norteamericana" (trad. C Pina) GEL,Buenos Aires,1994,pags 92-93.

[283] **Zúñiga, U.,** F: "Acusación en Juicio Político: notas sobre la justicia política" RUDC, vol. 20, Nº 2-3, 1993, tomo II, pág. 705-724.Idem "Responsabilidad Constitucional de Intendentes y Gobernadores en la Acusación en Juicio político" Revista de Derecho Nº 7 CDE, Stgo, pp. 11-33

político, un tema de apariencia procedimental menor, y por ende, insuficientemente tratado por la doctrina más acreditada.[284]

Nuestro abordaje del tema se verifica en el contexto de las definiciones básicas que la Constitución contiene acerca de la forma política y jurídico-política de Estado a República democrática y Estado de Derecho (Art. 4º, 5º, 6º y 7º CPR.), por lo que engarzada a estas definiciones básicas se plantea el tema de las responsabilidades de los detentadores del poder, y en especial la responsabilidad constitucional.

Nos ocupa en esta ocasión la "cuestión previa", un tema aparentemente procedimental, pero muy gravitante no sólo por su usual empleo en las defensas en los procedimientos de acusación, sino porque constituye un interesante dispositivo de control político de constitucionalidad.

Abordado sumariamente el contexto de las definiciones básicas que subyacen al instituto de la acusación en juicio político, es posible realizar la conexión del instituto al principio de responsabilidad tan propio del orden democrático republicano. Tal responsabilidad es fruto de la naturaleza del poder-autoridad (racionalización o institucionalización) en un Estado de Derecho y cristaliza como "justicia política". Precisamente la responsabilidad constitucional se origina en infracciones de la Constitución, lo que la asemeja a la responsabilidad jurídica más que a la política, si no fuere porque las infracciones de la Constitución son fuertemente políticas por la naturaleza de los órganos llamados a determinarlos y por las interpelaciones creativas o márgenes de libertad interpretativa de órganos políticos para encuadrar las "inconductas" reprochadas en los "ilícitos" constitucionales.

Como hemos sostenido en otro lugar siguiendo Kirchheimer la responsabilidad constitucional perseguida mediante el "impeachment" es un caso de justicia política en que la "…justicia es reinterpretada y recreada continuamente" (Friedrich). En la justicia política podemos

---

[284] **Silva Bascuñan, Alejandro**: "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo VI, 2ª ed., Edit. Jurídica, Stgo., 2000, pags. 188-190. También artículo de Jorge Precht P. "La cuestión previa de constitucionalidad, la acusación constitucional y el Honorable Senado de la República", Revista de Derecho Público N° 50, Facultad de derecho, Universidad de Chile, 1991, pp. 251-259.

establecer tres sujetos: acusador, acusado y magistrado que ha de zanjar la cuestión utilizándose la forma judicial, inclusive el procedimiento cumple con algunos de los estándares del debido proceso legal, pero finalmente los órganos políticos expiden una decisión política.

Precisamente, por estar en juego el principio de responsabilidad constitucional de las autoridades o agentes del Estado, fundado en la infracción de la Constitución y otros ilícitos, se hace necesario definir el lugar que le cabe a la "cuestión previa "en la acusación constitucional. En efecto se trata de definir el lugar de la "cuestión previa", ya no sólo en sus aspectos procedimentales, sino en su operatoria como un control político de constitucionalidad de la Cámara baja en la persecución de responsabilidad constitucional.

II- Acusación en Juicio Político

La acusación en juicio político es un instituto de garantía de la Constitución que permite hacer efectivo el principio de responsabilidad constitucional de autoridades, altos funcionarios y magistrados designados en el artículo 52 Nº 2 de la Carta. La acusación en juicio político se configura como un procedimiento con dos fases: la primera propiamente de acusación en la Cámara de Diputados que de admitir el libelo acusatorio y sus antecedentes **"encausa"** al funcionario o magistrado acusable, el que queda suspendido en el desempeño de la función pública de que se trate; con excepción del Presidente de la República; y la segunda propiamente de juicio político en el Senado que declara la culpabilidad del acusado por un ilícito constitucional (delito, infracción o abuso de poder) determinado (art. 53 Nº 1 C.P.R.), con el quórum de mayoría de senadores en ejercicio, quedando el funcionario o magistrado destituido del cargo e inhabilitado para desempañar función pública, de origen jerárquico o electiva por el término de cinco años. El quórum para admitir la acusación en contra del Presidente de la República es de mayoría de diputados en ejercicio y para la declaración de culpabilidad en juicio político es de dos tercios de senadores en ejercicio. Las acusaciones visceral algo mas visceral podrán interponerse mientras el funcionario esté en funciones o en los tres meses siguientes a la expiración en su cargo, término que se prolonga hasta seis meses cuando se trate del Presidente de la República (art. 52 Nº2 C.P.R.). Interpuesta la acusación, el afectado queda arraigado, es decir, no podrá ausentarse del territorio nacional sin permiso de la Cámara de Diputados, y aprobada la acusación no podrá hacerlo en caso alguno.

El instituto es de factura anglosajona en su origen remoto en el Reino Unido en que tiene claramente un cuño penal, y con un cuño más político el instituto engarza directamente con la tradición norteamericana, y por ello autores del país del norte (J. Story, Von Holdt) señalan que el propósito del "juicio político" no es el castigo del funcionario recalcitrante, "sino la protección de los intereses públicos contra el peligro u ofensa por el abuso del poder oficial, descuido del deber o conducta incompatible con la dignidad del cargo". Incluso más el concepto de "juicio político" es resultado de la traducción a nuestra lengua del término "impeachment", como ocurre v.gr. con N. Calvo al traducir el "Comentario…" de Story.[285] En similares términos Tocqueville plantea: "entiendo por juicio político el fallo que pronuncia un cuerpo político momentáneamente revestido del derecho de juzgar" Coincide Tocqueville en que el fallo es más una medida administrativa que un acto judicial; ya que su finalidad es "retirar el poder a quien haga mal uso de él, e impedir que ese mismo ciudadano vuelva a poseerlo en el futuro", un acto administrativo al que se le ha dado la "solemnidad de una sentencia". Agrega Black : " La remoción por culpabilidad en juicio político es un castigo abrumador, e implica arruinar una vida". Todo ello hace del "impeachment" una "institución mixta" (Tocqueville) y arma formidable de las mayorías parlamentarias y por lo tanto no exenta de peligros.

La acusación en juicio político no es un procedimiento idóneo para hacer efectiva la responsabilidad política, civil, penal o administrativa, sino la responsabilidad constitucional de lejano cuño penal o administrativo. En la tradición norteamericana los ilícitos constitucionales conciernen a ofensas que connotan "cierta atmósfera delictiva, y no la mera mala administración" (Black). Como bien observa Tocqueville diferenciando la justicia política europea y americana: "Los europeos, al crear los tribunales políticos, han tenido por principal objeto castigar a los culpables; los americanos, privarles del poder. El juicio político en los Estados Unidos es, en cierto modo una medida preventiva. No se debe, pues encadenar aquí al juez a definiciones criminales muy exactas". Si bien la acusación tiene su origen en el "impeachment" anglosajón, éste

---

[285] **Story, José**: "Comentario sobre la Constitución Federal de los Estado Unidos" (trad. De Nicolás Calvo), 2 vol., C. Casavalle Editor, Buenos Aires, 1881, en especial Cap. X y XI, tomo I, pág. 292. El clásico de Alexis de Tocqueville : "La Democracia en América" Edit Sarpe, Madrid , 2 vol., 1984, en especial tomo I pags. 115- 118

instituto dejó de funcionar en la Constitución inglesa en 1804 cuando se acusó a Lord Melville, ya que es propio de regímenes parlamentarios que el Gobierno tenga una relación fiduciaria con la Cámara baja, la que hace efectiva la responsabilidad política por la vía de la censura, voto de confianza o censura constructiva, según los grados de racionalización de los parlamentarismos de que se trate.

Luego, precisamente es en los regímenes presidenciales como el americano del norte o regímenes presidencialistas como los latinoamericanos donde la acusación en juicio político funciona en una arquitectura consistente con el régimen político, e inclusive como una válvula de escape efectivizando de facto responsabilidades políticas.

Para concluir en este punto me parece atingente citar la opinión de Rafael Bielsa, ya que el instituto del "juicio político" en la Constitución Argentina de 1853 es similar al nuestro (art. 53): "En un Estado en que rige una Constitución que establece un gobierno representativo y republicano, todos los que ejercen funciones públicas responden de sus actos realizados en ellas, es decir, responden de las extralimitaciones de su mandato, no en el sentido del derecho civil, sino del derecho público". "Esa responsabilidad es común (civil y penal) y también política y administrativa". [286]

En cuanto al iter de la acusación en juicio político, tenemos dos fases: la tramitación en la Cámara de Diputados (Art. 52 Nº 2 C.P.R., Ley Nº 18.918 orgánica constitucional del Congreso Nacional, cap. IV y Reglamento de la Cámara de Diputados Libro III, Título IV, artículos 304-313):

- La acusación debe presentarse por escrito. Se tiene por presentada desde que se da cuenta de ella en la Cámara de Diputados. Ello debe hacerse en la sesión más próxima que ésta celebre (art. 37).

---

[286] **Bielsa, Rafael**: "El Derecho Constitucional" Roque Depalma Editor, 3ª ed. aumentada, Buenos Aires, 1959, pág. 595-596). Del mismo autor su obra póstuma: "Democracia y República", Depalma, Buenos Aires, 1985, en especial pag. 61-64, en la que el maestro **Bielsa** identifica el juicio político como una "válvula de escape en las democracias", advirtiendo el peligro de esta arma de las repúblicas democráticas en manos de mayorías obsecuentes y genuflexa.

- Se debe designar una comisión informante. Esta Comisión se elige en la misma sesión en que se da cuenta de la acusación. Está compuesta de cinco diputados, electos a la suerte y con exclusión de los acusadores y de los miembros de la mesa. Su misión es informar a la Sala si procede o no la acusación (art. 38).
- Se da traslado al afectado. El afectado por la acusación debe ser notificado dentro de tercero día, la que debe ser personal o por cédula y la efectúa el Secretario de la Cámara o el funcionario que éste designe. Siempre debe entregarse al afectado o a una persona adulta de su domicilio o residencia copia íntegra de la acusación (art. 39).
- El afectado dispone de diez días para concurrir a la Comisión a hacer su defensa personalmente, o para presentarla por escrito. Si no concurre a la sesión a que se le cite o no envíe defensa escrita, se procede sin su defensa (arts 39 y 40).
- La Comisión tiene un plazo de seis días, contado desde la comparecencia del afectado o desde que se acordó proceder sin su defensa, para estudiar la acusación y pronunciarse sobre ella. El informe de la Comisión debe contener una serie de antecedentes, como las diligencias, la acusación, la defensa, el examen de los hechos y las consideraciones de Derecho, y la resolución adoptada (art. 41).
- La Comisión en comento es una comisión investigadora con cobertura legal orgánica y reglamentaria, que tiene atribuciones muy precarias en cuanto a su imperio u obligatoriedad para cumplir su cometido, a diferencia de las nuevas comisiones investigadoras cuyas atribuciones la fija el legislador orgánico con posterioridad a la reforma constitucional de 2005 (arts. 53-58 Ley N° 18.918), a saber: sus actuaciones con relación a órganos de la Administración del Estado pueden importar recabar obligatoriamente informes y antecedentes (art. 41 y 9º Ley Nº18.918) y no citar obligatoriamente a funcionarios (art. 22 Ley Nº18.918). En cuanto al Poder Judicial la Comisión carece de toda atribución cierta, sea que se requiera información acerca de causas ventiladas ante tribunales o sea que se requiera del testimonio de jueces y funcionarios judiciales. Esta precariedad de atribuciones de la Comisión

se ve matizada por el rol político de la acusación constitucional y por el principio de publicidad de los actos del poder estatal y de transparencia de la actuación de los funcionarios del Estado; frente a lo cual los arcana, es decir, documentos reservados o secretos constituyen una excepción.[287]

- Transcurrido el plazo señalado en el inciso primero del artículo 41, y aunque dentro de él no se haya presentado el informe, la Cámara sesionará diariamente para ocuparse de la acusación. Para este efecto, y por la sola circunstancia de haber sido notificado de acuerdo en el artículo 39, el afectado se entenderá citado de pleno derecho a todas las sesiones que celebre la Cámara.(Art. 42).
- Antes de que la Cámara de Diputados inicie el debate a que se refiere el artículo siguiente, sólo el afectado podrá deducir, de palabra o por escrito, la "cuestión previa" de que la acusación no cumple con los requisitos que la Constitución Política señala.
- Deducida la "cuestión previa", la Cámara la resolverá por mayoría de los diputados presentes, después de oír a los diputados miembros de la Comisión informante.
- Si la Cámara acogiere la "cuestión previa", la acusación se tendrá por no interpuesta. Si la desechare, no podrá renovarse la discusión sobre la improcedencia de la acusación y nadie podrá insistir en ella. (Art. 43).
- Desechada la "cuestión previa" o si ésta no se hubiere deducido, la Sala de la Cámara de Diputados procederá del siguiente modo:

d) Si el informe de la comisión recomendare aprobar la acusación, se dará la palabra al diputado que la mayoría de la comisión haya designado para sostenerla, y después se oirá al afectado, si estuviere presente, o se leerá la defensa escrita que haya enviado, y;

---

[287] **A. Bronfman V., F. De la Fuente y F. Parada**: "El Congreso Nacional. Estudio Constitucional, Legal y Reglamentario", Edit. Ceval–UCV

e) Si el informe de la acusación recomendare rechazar la acusación, se dará la palabra a un diputado que la sostenga y después podrá contestar el afectado o, si éste no lo hiciere, un diputado partidario de que se deseche. (Art. 44).

- El afectado podrá rectificar hechos antes del término del debate. Igual derecho tendrán el diputado informante de la Comisión, cuando ésta recomiende acoger la acusación, y un diputado que la sostenga, cuando hubiere sido rechazada por la comisión. (Art. 45).
- En la última sesión que celebre la Cámara para reconocer de la acusación, se votará su admisibilidad.

La referida sesión sólo podrá levantarse si se desecha la acusación o si ésta se acepta. En este último caso se nombrará una comisión de tres diputados para que la formalice y prosiga ante el Senado. (Art. 46)

En segundo lugar, tenemos la tramitación de la acusación en juicio político en el Senado, que es propiamente la fase de juicio político (Art. 53 Nº 1 CPR., Ley Nº 18.918 orgánica constitucional del Congreso Nacional, cap. IV y Reglamento del Senado, Título XII parrafo1ª, artículos 189-197)

- Aprobada la acusación, con o sin cuestión previa, la Cámara de Diputados deberá comunicar este hecho al Senado y al afectado, dentro de las veinticuatro horas siguientes de concluida la sesión a que se refiere este artículo. Del oficio correspondiente se dará cuenta en la Sesión más próxima que celebre el Senado. (Art. 46).
- Puesto en conocimiento del Senado el hecho de que la Cámara de Diputados ha entablado acusación en conformidad al número 2) del artículo 52 de la Constitución Política, el primero procederá a fijar el día en que comenzará a tratar de ella.

  La fijación del día se hará en la misma sesión en que se dé cuenta de la acusación. Si el Congreso estuviere en receso, esta determinación la hará el Presidente del Senado. (Art. 47).

- El Senado o su Presidente, según corresponda, fijará

como día inicial para comenzar a tratar de la acusación alguno de los comprendidos entre el cuarto y el sexto, ambos inclusive, que sigan a aquel en que se haya dado cuenta de la acusación o en que la haya recibido el Presidente.

El Senado quedará citado por el sólo ministerio de la ley a sesiones especiales diarias, a partir del día fijado y hasta que se pronuncie sobre la acusación. (Art. 48)

El Senado citará al acusado y a la comisión de diputados designada para formalizar y proseguir la acusación a cada una de las sesiones que celebre para tratarla. (Art. 49)

- Formalizarán la acusación los diputados miembros de la comisión especial. Si no concurren, se tendrá por formalizada con el oficio de la Cámara de Diputados.

  A continuación hablará el acusado o se leerá su defensa escrita. El acusado podrá ser representado por un abogado.

  Los diputados miembros de la comisión especial tendrán derecho a réplica, y el acusado, a dúplica. Cumplido lo anterior, el Presidente anunciará que la acusación se votará en la Sesión especial siguiente. (Art. 50)

- Cada capítulo de la acusación se votará por separado. Se entenderá por Capítulo el conjunto de los hechos específicos que, a juicio de la Cámara de Diputados, constituyan cada uno de los delitos, infracciones o abusos de poder que, según la Constitución Política, autorizan para interponerla. (Art. 51).

- El resultado de la votación se comunicará al acusado, a la Cámara de Diputados y, según corresponda, al Presidente de la República. Sin perjuicio de lo anterior, y para los efectos del proceso a que haya lugar, se remitirán todos los antecedentes al Tribunal ordinario competente.(Art.52).

- Ello demuestra palmariamente que existe una divisibilidad de responsabilidades; de suerte que la declaración de culpabilidad en juicio político por un ilícito constitucional, no importa una calificación tout court de responsabilidad, sino sólo la atribución de responsabilidad constitucional y las eventuales

responsabilidad penal funcionaria, administrativa o patrimonial se determinarán conforme al ordenamiento jurídico vigente y por los órganos competentes.

III- Cuestión Previa y Control Político de Constitucionalidad

Como brevemente se ha observado el procedimiento de la acusación en juicio político esta encomendado por la Constitución al legislador orgánico constitucional (artículo 52 N° 2 inciso segundo de la Constitución y capítulo IV de la LOCCN); sustrayendo así el iter procedimental de la reserva reglamentaria camaral, para asegurar mediante una ley de supermayorías la estabilidad-rigidez del estatuto legal.

La "cuestión previa" de la cual nos ocupamos está consagrada en la Ley N° 18.918 orgánica constitucional del Congreso Nacional en su artículo 43, reproducido por el artículo 310 del Reglamento de la Cámara de Diputados, que dispone:

> *"Antes de que la Cámara de Diputados inicie el debate a que se refiere el articulo siguiente, sólo el afectado podrá deducir, de palabra o por escrito, la cuestión previa de que la acusación no cumple con los requisitos que la Constitución Política señala.'*
>
> *Deducida la cuestión previa, la Cámara la resolverá por mayoría de los diputados presentes, después de oír a los diputados miembros de la comisión informante.*
>
> *Si la Cámara acogiere la cuestión previa, la acusación se tendrá por no interpuesta. Si la desechare, no podrá renovarse la discusión sobre la improcedencia de la acusación y nadie podrá insistir en ella."*

El legislador orgánico constitucional ha acogido de tal modo un cambio relevante en este procedimiento, por cuanto, bajo el imperio de la Constitución de 1925, según los reglamentos vigentes de la época, tan sólo en el Senado podía formularse una "cuestión previa" (art. 177 del Reglamento del Senado). Tal alteración parece lógica, en el terreno de los principios, dado que en la fase de acusación se allegan antecedentes,

testimonios, opiniones y se sopesan alegaciones, teniendo la comisión investigadora especial un rol activo; trasladándose así a la Cámara o corporación como órgano asambleario máximo de esta rama del Congreso Nacional la decisión de si, hace suya o desestima la acusación interpuesta por determinado número de sus integrantes, y a fortiori si admite o no la "cuestión previa". Este cambio, permitió sostener la derogación del citado art. 177 del Reglamento de la Cámara alta, lo que fue controvertido en la doctrina por Precht en razón de la naturaleza jurisdiccional del "juicio político" lo que haría subsistir la "cuestión previa" en dicha Cámara, no siendo posible, a juicio de este autor, que el "acusador" pueda ligar al "jurado", debate a mi juicio inane después de la reforma del Reglamento que derogó el viejo artículo 177.

En suma, interesa destacar que la "cuestión previa" es un dispositivo de control político de constitucionalidad de resorte de la Cámara de Diputados. Con todo, a pesar de la naturaleza de "justicia política" de la acusación en juicio político, naturaleza dual que permea o inspira este procedimiento en sus dos etapas; subsiste de la mano de la reserva de legislador orgánico constitucional un principio garantista de debido proceso legal, en la medida de lo posible en atención a la naturaleza de los órganos políticos intervinientes. La "cuestión previa", como control político de constitucionalidad guarda armonía con la garantía del debido proceso legal y esa fracción "jurisdiccional" que posee el "impeachment"; al permitir abrir un momento en el procedimiento de conocimiento.

Por otra parte, es muy importante destacar el efecto peculiar de la decisión de la Cámara de Diputados al admitir o acoger la "cuestión previa", efecto análogo al de anulación, una verdadera ficción: la acusación se tendrá por "no interpuesta", todo lo cual es relevante frente a plazos de prescripción de la responsabilidad constitucional muy precisos.

Ahora bien, dentro del marco en que la Cámara debe ejercer su facultad constitucional, ha de comprenderse su responsabilidad de pronunciarse si acoge o desecha el libelo, teniendo en cuenta únicamente si éste reúne o no los requisitos que lo hagan procedente; si no los cumple, no puede acoger ni dar curso a una presentación que, cualquiera sea su valor sustantivo, no debió entablarse, al estar privada de los requisitos que la hacen admisible. Al gestarse la Ley N° 18.918, en el Informe Técnico acompañado al Mensaje de iniciativa, según lo cita un estudio

del profesor Precht, se expresó: "Se estima que esta materia debe discutirse en la Cámara misma, y que al Senado sólo corresponde juzgar al acusado, esto es, pronunciarse sobre el fondo de la acusación acordada por la Cámara. El camino seguido con anterioridad implicaba una revisión por el Senado de una decisión ya adoptada por la Cámara, único órgano constitucional habilitado para decidir si se ha de juzgar o no a un alto funcionario". [288]

Al reformarse el nuevo Reglamento del Senado en 1993, ya que subsisten a 1990 los reglamentos vigentes a 1973 (artículo transitorio 2° de la Ley N° 18.918), se derogó, como antes se anotó, consecuentemente el antiguo artículo 117 que trataba de la materia.

Sobre este particular en una perspectiva histórico constitucional, que deja en evidencia el empleo de la "cuestión previa" y su naturaleza debatida, Silva Bascuñán recuerda que:"En la acusación formulada en 1945 al Contralor señor Vigorena, pidió éste al Senado, como cuestión previa, que se declarara incompetente, por cuanto el libelo se fundaba en discrepancias acerca de la interpretación legal del trámite de toma de razón, que no podían significar "notable abandono de sus deberes". El diputado Héctor Correa Letelier, miembro de la comisión designada por la Cámara, y el senador José Maza sustentaron que tal cuestión iba al fondo, y fue, en efecto, pero en definitiva se rechazó, por 21 votos 'Contra 20, en la sesión de 11 de diciembre de 1945. Es del caso plantearse cuál ha de ser entonces la postura de la comisión en orden a una cuestión previa presentada por el acusado".[289] Es imprescindible distinguir entre la que se crea cuando tal cuestión se promueve al contestar y aquella que se formalice posteriormente, ya que la respuesta es oportuna hasta antes del comienzo del debate en la Cámara sobre el fondo, es decir, desde un punto de vista formal, habrá de analizarse la cuestión previa primero por parte de 'la comisión sorteada, si está ya planteada al momento que dictamine, o habrá de debatirse el problema sin más trámite en el pleno de la Corporación.

Ha surgido la duda acerca de cuál ha de ser el criterio que ha de inspirar

---

[288] **Precht, J**: Ob cit p. 254

[289] **Silva Bascuñan**, **A**: Ob cit p. 189

el dictamen de la comisión cuando examina la cuestión previa. En la práctica de las defensas, al abordarse la cuestión de cuándo entablar la "cuestión previa", simplemente se hace una reserva, en el entendido que el momento u oportunidad para plantear la "cuestión previa" es antes de votar la admisibilidad en la sala de la Cámara de Diputados.

En nuestro medio, comentado este punto relativo al momento de formular la "cuestión previa" Silva Bascuñán sostiene: "Su esclarecimiento dependerá del concepto que prevalezca en cuanto al marco de la función confiada a la comisión. Esta, según el arto 38 de la Ley N° 18.918, tiene por misión informar "si procede o no la acusación" y, según su art. 41, debe "estudiarla acusación y pronunciarse sobre ella". La comisión, como órgano simplemente informante, no está obligada a ilustrar a la Cámara dándole a conocer la opinión o diversidad de criterios que se han suscitado en su seno, tanto sobre los aspectos vinculados a la procedencia formal como a aquellos relacionados con su mérito o demérito; no es ella sino la Cámara el órgano que ha de definirse en uno u otro aspecto".

En la especie Silva Bascuñán agrega lo siguiente: "No estamos, pues, de acuerdo con lo que, por ejemplo, con motivo de la acusación a los ministros Ortiz, Zurita, Navas y Alvarez, sostuvo la comisión sorteada, en informe dado a conocer el 1 de octubre de 1996, al abstenerse de emitir pronunciamiento sobre la cuestión previa que formularan los acusados expresando: "e) Que el artículo 41 de la ley Nº 18.918 [...] sólo faculta a la comisión para estudiar la acusación, mientras que el artículo 43 del mismo texto legal dispone en su inciso segundo que la cuestión previa será resuelta por la Honorable Cámara, por mayoría de los diputados presentes, después de oír a los diputados miembros de la comisión informante. d) Que de lo anteriormente expuesto, se deduce que los diputados miembros de la comisión no deben emitir su opinión como cuerpo en el informe, sino que personal y directamente en la sala, por lo que constituiría un contrasentido y atentaría contra los principios de economía procesal, que emitieran opinión en este acto y repitieran sus fundamentos en la honorable sala".[290]

El problema del momento en que se entabla por la autoridad imputada o

---

[290] **Silva Bascuñan**, A: Ob cit p 189,196

acusable la "cuestión previa" y si ésta puede ser abordada por la comisión y ser objeto de su informe emitiendo un pronunciamiento acerca de ella, en la práctica de las defensas forenses y usos camarales está superado como problema, como antes se anotó

IV- Conclusiones. Control Político de Constitucionalidad en la Acusación Constitucional.

Cómo hemos expuesto con antelación, el control de constitucionalidad en nuestro país descansa en un complejo sistema de controles y, garantías jurídicas, políticas y sociales, empleando la clásica distinción que Jellinek[291] nos hereda a la publicística moderna, enderezadas a la limitación del poder en un Estado de Derecho, dentro de un esquema organizativo de "separación de poderes". Lo peculiar de la acusación constitucional es que configurado como un procedimiento de naturaleza judicial-político de persecución de responsabilidad constitucional de autoridades o agentes del Estado, es una garantía jurídico-política, que importa la eventual imposición de sanciones consecuencia de la declaración de culpabilidad en juicio político por el Senado, pero que aloja en la etapa conclusiva de la primera parte del procedimiento: la acusación en la Cámara de Diputados, un trámite o forma denominado "cuestión previa", que es un verdadero control político de constitucionalidad, que busca enervar la acusación, atemperando a través de un acto de conocimiento las consecuencias de la eventual admisibilidad, consistentes en incoar el "juicio político" ante el senado de la autoridad, que pasa de imputada a acusada, quedando por regla general temporalmente suspendida del cargo.

Por otra parte, se hace imperioso observar los controles de constitucionalidad de los actos del poder a la luz de nuestro sistema de normas de organización del poder estatal. En este orden de ideas, es menester subrayar que con la reforma constitucional de 2005 el control jurisdiccional de constitucionalidad de normas se concentra en el Tribunal Constitucional; subsistiendo otros controles jurídicos que importan, de modo directo o indirecto, un enjuiciamiento de constitucionalidad de normas, como ocurre con los controles de

---

[291] Teoría General del Estado" (trad. F de Los Ríos) ,Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970 , pág 591, 596

juridicidad que Contraloría General de la República hace respecto de DFL y actos administrativos. También como hemos anotado subsisten controles políticos de constitucionalidad.

Conceptualmente estos controles jurídicos de constitucionalidad están residenciados en órganos independientes, letrados, dotados de autonomía y es un control objetivado; los órganos encargados de ejercerlo no han de ser "limitadores" sino verificadores de limitaciones pre establecidas "…órganos que no mandan sino que frenan…"[292] . El jurista italiano S. Galeotti arranca de una previa delimitación para ordenar esta summa divisio control político-control judicial de constitucionalidad: "Por control constitucional puede entenderse, en una primera y generalísima aproximación, toda manifestación del control jurídico que se presenta en el ámbito de las relaciones del Derecho constitucional".[293]

Ahora bien, esta consideración acerca de los controles constitucionales como controles jurídicos le lleva a excluir del concepto figuras que no poseen tal carácter jurídico, tales como el control social realizado por la opinión pública, por la prensa, por los grupos de presión que, pese a la exclusión operada por Galeotti, poseen ciertamente relevancia sobre la vida constitucional. De otra parte, y aunque afirma correctamente que los controles políticos son aquellos en los que el control se realiza con plena libertad de valoración, y que tales controles, por no se jurídicos, están excluidos del concepto que defiende, se ve obligado, contradictoriamente, a considerara a algunos de ellos como controles constitucionales. Ese es el caso de los controles parlamentarios. El razonamiento que sigue es el siguiente: llevado por su deseo de unificación conceptual, pero, al mismo tiempo, consciente de que el arbitrio del teórico no puede, de ninguna manera, mutilar la realidad, y manifiesta su convicción de que "tendrá mayor título de validez aquel concepto de control que sea lógicamente capaz de abarcar, en la extensión más alta compatible con su lógica interna, los fenómenos que tradicionalmente, según la convención más consolidada del lenguaje de

---

[292] **Aragón, Manuel**, "La Interpretación de la Constitución y el Carácter Objetivado del Control Constitucional, REDC, N° 17, CEC, 1986

[293] **Galeotti, Serio**. "Introduzione alla Teoria dei Controlli Costituzionali", Giuffré Editore, Milano, 1963, pp.18-35

la doctrina y de los operadores jurídicos, vienen siendo considerados como control"; pero ello le conduce, necesariamente, a admitir a Galeotti en su concepto el control parlamentario, pues, (en base a tal criterio el que acaba de exponerse) no debería consentirse, por ejemplo, una noción de control que comportase la exclusión del campo de los controles, de la figura de control parlamentario sobre el gobierno y sobre sus actos (una noción así no tendría *ictu ocul)* validez en el campo del Derecho constitucional, donde los controles políticos son parte conspicua de este sector)"

Del mismo modo, las limitaciones institucionalizadas propias de un Estado de Derecho están, vigiladas por controles también constitucionalizados. Y estos controles pueden clasificarse, nos recuerda M. Aragón, en "políticos" y "jurídicos", siendo propia de los primeros su carácter subjetivo y su ejercicio, voluntario, por el órgano, autoridad o sujeto de poder que en cada caso se encuentra en situación de supremacía o jerarquía (la supremacía sería la característica de las relaciones supraorgánicas e interorgánicas y la jerarquía la correspondiente a las relaciones intraorgánicas) mientras que lo peculiar de los segundos (los controles jurídicos) es su carácter objetivado, es decir, basado en razones jurídicas, y su ejercicio, necesario, no por el órgano que en cada momento aparezca gozando de superioridad, sino por un órgano independiente e imparcial, dotado de de singular competencia técnica para resolver cuestiones de Derecho.[294]

En la lógica de frenos y contrapesos de "El Espíritu de las Leyes" (libro XI) el barón de Montesquieu diría que los poderes de control jurídico son "pouvoirs d´empecher" (impedir) y nunca "pouvoirs d´etablir" (estatuir).

Ahora bien, la reforma constitucional de 2005 concentró el control jurisdiccional de constitucionalidad de actos estatales, con algunos significativos actos excluidos (reglamentos parlamentarios, instrucciones generales del Ministerio Público, resoluciones del Contralor General de la República, acuerdos del Banco Central, reglamentos regionales y ordenanzas municipales), concentración en un tribunal supremo el Tribunal Constitucional, lo que no excluye otros controles de

---

[294] **Aragón, Manuel:** ob. Cit. pág. 96

constitucionalidad jurídicos, el control político de constitucionalidad, ni importa negar el excesivo principio de la competencia de la competencia ("Kompetenz-kompetenz"), en virtud del cual ningún poder constituido puede disputarle el ejercicio de sus atribuciones, competencia tasada que arranca directamente de la Constitución (artículo 93), disponiendo sólo esta Judicatura del poder para resolver acerca de su "competencia o jurisdicción" (artículo 21 de la Ley N° 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional).

Es en este contexto que debe entenderse la afirmación rimbombante en orden a que el Tribunal es el "intérprete supremo de la Constitución", en la órbita de su competencia, sin excluir a otras magistraturas con competencias, directa o indirecta, de control jurídico de constitucionalidad, y a una comunidad abierta (comunidad forense, comunidad académica, organizaciones y movimientos de la sociedad civil, y opinión pública) de intérpretes constitucionales propia de un pluralismo constitucional.

En este mismo contexto, cabe sostener lo obvio: subsisten los controles políticos de constitucionalidad, encomendados a órganos políticos, los siguen operando normalmente en una lógica de un Estado de Derecho.[295] En la especie, por vía ejemplar, sostenemos que la decisión sobre la admisibilidad: de proyectos de ley, sean mociones o mensajes, e indicaciones, incluidas las proposiciones, son un tipo específico de control de constitucionalidad político, residenciado en los órganos unipersonales (Presidente de la Corporación, Presidente de la Comisión de que se trate), sin perjuicio de la revisión por el órgano asambleario (sala) o por el órganos colegiados (comisiones). En la especie, la discusión producida en torno a la "división de la votación" en el H. Senado, que fue objeto de impugnación ante el T.C. (STC Rol N° 2025/2011), es un ejemplo de materia sometida a control político de constitucionalidad. Incluso más es relevante citar aquí el robro o función consultiva que cumple la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la cámaras en materias constitucionales, que usualmente guardan directa relación con el control político de constitucionalidad que poseen las corporaciones y sus órganos internos.

---

[295] **Linares Quintana**, Segundo V.: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional" Editorial Plus Ultra, 2ª edic, 1978, Tomo 3, pp. 358-371

De este modo, el control político de constitucionalidad es un complemento necesario e indispensable del control jurisdiccional de constitucionalidad, especialmente relevante cuando un acto estatal tan relevante como el reglamento parlamentario está excluido del control jurisdiccional o bien con motivo de la acusación en juicio político a través de la "cuestión previa"; que opera como un reducto débil, pero reducto al fin de cuentas del esfuerzo racionalizador de una decisión política (la admisibilidad), por la vía de determinar la concurrencia de los requisitos establecidos en la Constitución para hacer procedente la acusación. Sostenemos que se trata de un esfuerzo racionalizador, en la medida que la "cuestión previa" obliga a la sala de la Cámara de Diputados a examinar, acto de conocimiento y reflexión, acerca de la concurrencia de los requisitos de la acusación, a saber: sujeto legitimado para incoar el procedimiento, autoridades o agentes acusables o imputables, ilícitos constitucionales, entre los más importantes y la operatoria efectiva de ciertos principios o reglas hermenéuticas acerca de sujetos e ilícitos, que mediando el ejercicio de una potestad punitiva sancionatoria a su término, exige de criterios tasados, de derecho estricto e interpretación restrictiva, dado que no resulta posible un estándar normal en cuanto a la tipicidad de ilícitos abiertos.

Lo anterior viene a confirmar por una parte la subsistencia del control político de constitucionalidad, a pesar de los esfuerzos racionalizadores que un Estado de Derecho impone, y que conlleva el predominio del control jurisdiccional de constitucionalidad, residenciado en el T.C.; y por otra parte, el control político de constitucionalidad, específicamente, en lo que nos interesa la "cuestión previa", es en sí un reducto débil de racionalización, dado que a la vuelta de la esquina está la política y por ende la fuerza, el conflicto y la integración, la conveniencia política, la prudencia, las razones de Estado y otras excusas o formas que adopta la fuerza.

Anexo 7: HAY MUCHOS INDIGNADOS !, Alberto Ricardo Dalla Via.**

Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Juez de la Càmara Nacional Electoral

Hace algunos días caminaba por la "Puerta del Sol" de Madrid entre las carpas de los asambleìstas del movimiento 15 M interesándome por este nuevo fenómeno participativo que se ha extendido como un reguero hacia otras ciudades europeas, repercutiendo tambièn ahora en la plaza de Sintagma, en Atenas.

Como contraste con nuestros "piquetes" y "acampadas", me sorprendí con el orden, la limpieza y la meticulosa organización en comisiones que se ocupan de los más puntuales aspectos, así como la redacciòn de un còdigo "de respeto" hacia los vecinos que incluye el reemplazo de los aplausos y de las ovaciones en los mitines por gestos y movimientos de las manos.

Los "indignados" son vistos con simpatía por jóvenes de los distintos sectores sociales que se identifican con su protesta, mezclandose en espontàneos debates callejeros sobre la reforma del sistema electoral, los mecanismos de inclusión y la participación ciudadana. La enorme bandera colgada de un balcón cercano, resume la consigna "*no nos representan"* recordando el *"que se vayan todos"* de nuestra crisis de 2001.

Los inspira Stèphane Hessel, un "joven" de 93 años, nacido en Alemania y residente en Francia quien es el ùnico redactor vivo de la Declaraciòn Universal de los Derechos Humanos de 1948. Fue miembro de la resistencia francesa, sobreviviente de un campo de concentración, militante de la independencia argelina y defensor de la causa palestina. Es el autor de un difundido alegato contra la indiferencia y a favor de la revoluciòn pacìfica.

¡Indignaos! -les dice Hessel a los jóvenes - porque de la indignación nace la voluntad de compromiso con la historia; de la indignación naciò la resistencia contra el nazismo y de la indignación tiene que salir la resistencia contra la dictadura de los mercados; incitándolos a luchar para salvar los logros democráticos basados en valores éticos, de justicia y libertad prometidos tras la dolorosa lección de la segunda guerra mundial. *¡Indignaos!* sin violencia, les dice, evocando las figuras

de Mandela y Martin Luther King.

Hay cierta candidez e idealismo en una forma de protesta que tuvo antecedentes en la década de los sesenta y la ilusión de un nuevo mundo de cambios. El propio Hessel evoca a Paul Sartre y a Daniel Cohn-Bendit, y las consignas del Mayo del '68 en la Sorbona de París: *"prohibido prohibir"* o *"la imaginación al poder"* fueron frases tan hermosas como carentes de propuestas.

Tiene razòn Joan Manuel Serrat al cantar "nunca es triste la verdad, lo que no tiene es remedio"; equivalente al diagnóstico freudiano en cuanto a que la mejor manera de enfrentar un problema es comenzar por reconocerlo y –también- por asumirlo. Los "indignados" recogen simpatías pero carecen de propuestas para cambiar aquello de lo cual se quejan.

Nunca terminè bien de entender por qué en nuestra crisis de 2001-2002 el gran reclamo fue terminar con las "listas sábanas" cuando la indignación de clase media provenía de la gran estafa a la propiedad privada que implicó privar a los ahorristas de sus depósitos bancarios mientras se premiaba a quienes se habían endeudado. La pesificación resultó una solución politica injusta pero nada tiene que ver el sistema electoral con eso.

La indignación de los europeos se centra en los "ajustes" que demanda el capitalismo financiero que pone en riesgo no solamente la estabilidad del euro, sino la propia vigencia de la democracia social como modelo. En su libro "Después de la Crisis", Alain Touraine se queja del Presidente Obama por haber auxiliado con fondos millonarios a la banca privada sin que los altos ejecutivos paguen las consecuencias de sus excesos. El sistema electoral tampoco tiene nada que ver con los altos niveles de desigualdad existentes.

La aspiración es reconstruir una sociedad en la que los líderes de la economía se vean obligados a tener en cuenta las reacciones y los intereses de la población, apelando a los derechos universales de todos los seres humanos: derecho a la existencia, derecho a la libertad y al

reconocimiento por los otros de esa libertad, al mismo tiempo que a las identidades sociales y culturales amenazadas por una versión inhumana del beneficio económico.

La representación política sigue siendo un fenómeno difícil de explicar desde el análisis racional. Para algunos es un vínculo jurídico, para otros una relación política, y para otros un compromiso moral. Algunos hasta se resignaron y la consideran sencillamente un "misterio" pero de la sinceridad de esa delgada línea depende en gran medida la democracia como sistema de creencias compartidas.

Las crisis de representación son tan antiguas como la Revoluciòn Francesa, que se diluyó en un anárquico asambleismo dando lugar al "terror" y a la delegación del poder en los comités de los jacobinos; mientras que al otro lado del Atlántico, los "padres fundadores" norteamericanos se preocuparían para que los derechos de los *framers* no fueran conculcados por las mayorías legislativas ocasionales, preservando, en consecuencia la supremacìa de una constitución escrita.

Trasladándonos a los tiempos actuales, las instituciones, y sobre todo los jueces, deben proteger los derechos humanos de los nuevos grupos de desaventajados. El tránsito desde una democracia meramente representativa hacia una democracia participativa debe traducirse en mayor inclusión de grupos marginados y en la protección de los derechos de las minorías

En esa lìnea se encuentra la diferencia entre la democracia y el populismo

El fin no debe justificar cualquier medio: La educación es el mejor camino para articular capitalismo y democracia; así como el Estado sigue siendo el mejor arbitro de los conflictos entre el capital y el trabajo y el Derecho sigue siendo el mejor instrumento para la preservación de la paz social.

Anexo 8: La política de Aguas para futuro de Chile, Sergio Bitar

La creciente demanda y escasez de agua para fines de consumo humano, minero, agrícola, industrial y de hidroelectricidad requieren de una reforma constitucional que dote de mas atribuciones al Estado para ejecutar una planificación estratégica y superar una eventual crisis de abastecimiento en los próximos años.

El agua se transformará en un tema político sensible en el próximo tiempo. Chile está llegando a una situación crítica.

Constatamos una débil coordinación institucional, una escasa regulación y la ausencia de un plan estratégico para afrontar los nuevos desafíos en materia de recursos hídricos.

Es esencial materializar un cambio en las instituciones y fortalecer la regulación pública. Es indispensable la creación de una comunidad de aguas subterráneas, el cambio de las normas legales existentes, una coordinación institucional para controlar la calidad del agua, al mejoramiento de los sistemas de medición y monitoreo, la instalación de una gestión integrada de los recursos hídricos, planes maestros en cauces naturales y la revisión del sistema de derechos de aguas.

El agua se torna escasa.

Varios estudios recientes así lo advierten. Uno de ellos es "Charting Our Water Future", con perspectiva al 2030, preparado por el "Water Resources Group", uno de los principales centros de investigación globales, patrocinado por la International Financial Corporation del Banco Mundial. Consultaron a 300 expertos en aguas del mundo y arribaron a importantes conclusiones. He aquí algunas:

- Primero, que la información disponible es insuficiente, lo que coincide con el informe del Instituto de Ingenieros de Chile.
- Segundo, si el actual patrón de uso del agua no cambia, no se podrán resolver los problemas que se avecinan. Hacen una

proyección al 2030: la demanda por agua en el mundo crecerá de 4.500 millones de m^3 a 6.900 millones de m ; un tercio de la población, la mayoría en los países en desarrollo, vivirá en cuencas cuyo déficit es mayor del 50%, y los problemas más importantes emergerán en India, África de Sub-Sahara y China.

- Tercero, analiza 4 países. En India muestran que, por la expansión de las clases medias y el cambio de sus dietas, se producirá un aumento de 0,74 a 1,5 trillones de m , o sea, al doble en 30 años; China aumentaría el consumo de 0,62 a 0,8 trillones de m3, debido a la instalación de nuevas plantas térmicas y nucleares; Sao Paulo, en Brasil, cuya población llegará a 35 millones en 2030, encara desafíos mayores; ya posee problemas serios de abastecimiento, traen agua de cuencas adyacentes, y el grueso del agua servida no es tratada. Y en Sudáfrica llegan a la conclusión de que por no tener acuíferos, y lluvias bajas, enfrentarán problemas mayores. Estas conclusiones no incorporan los escenarios por cambio climático.

Sugiero observar la metodología desarrollada y aplicarla en Chile. El Water Resources Group utiliza una matriz de análisis con opciones: distintas tasas de crecimiento, variantes de mejoramiento del rendimiento de la agricultura, escenarios con cambio climático, y luego estiman las brechas al 2030, y el tipo de soluciones que se requiere. Urge en chile hacer estimaciones similares.

Chile exporta agua.

La rápida expansión de la demanda de alimentos en el mundo nos abre nuevas oportunidades para nuestra estrategia de devenir en "Potencia Agroalimentaria". Chile posee una ventaja estratégica: disponibilidad de agua. ¿Cómo potenciamos esa disponibilidad?

En enero del 2010, el Ministerio de Obras Públicas publicó el libro "Chile 2020, Obras Públicas para el Desarrollo". Fue el fruto de dos años de trabajo que conduje como ministro, gracias al aporte de todos los equipos, para articular una visión y ordenar las prioridades.

Incorporamos una sección sobre recursos hídricos. Proyectamos las obras para hacer realidad el objetivo de devenir potencia agro-alimentaria.

Actualmente poseemos un millón de hectáreas con riego y contamos con 4.000 millones de m^3 embalsados. El Ministerio de Agricultura señaló su objetivo de aumentar en 500.000 hectáreas la superficie regada. Sin innovación ni ahorro, tendríamos que embalsar unos 2.000 millones de m^3 más para regarlas. ¿Qué hacer entonces? Entre otras medidas: construir nuevos embalses, revestir y proteger canales y aumentar rendimientos.

Los rendimientos agrícolas son bajos, cerca de 14.000 m^3 por hectárea, que equivalen a 1,4 m de altura de agua por m^2. Y podemos reducirlo a 1 o 0,7 m, elevando rendimientos. La economía chilena depende del agua. Todo lo que exportamos la contiene en demasía: cobre, papel, celulosa, madera, frutas y carnes, leche y vinos, salmonicultura y ecoturismo, es intensivo en agua.

La página web www.waterfootprint.org, elaborada por un grupo holandés, ha calculado la llamada "huella del agua", como se hace con la "huella de carbón" de cada producto. ¿Qué muestran?.

Para producir una copa de vino, de 125 mi, se requieren 120 litros de agua; para producir una manzana, 70 litros de agua; para producir una hoja de papel, 10 litros de agua; una taza de café, 140 y una hamburguesa 2.400 litros de agua.

Debemos estimar la demanda mundial de alimentos y su composición, según los hábitos de cada cultura, especialmente asiática, y preparar un plan de acción para elevar producción y rendimientos.

Asimismo, hemos de revisar la actual asignación de recursos de aguas subterráneas y gestión de acuíferos. Las necesidades de la minería no pueden seguir satisfaciéndose de la manera actual.

¿Cómo vamos a regular? Precisamos una revisión de los derechos

otorgados, cuando éstos exceden la capacidad de los acuíferos, y fortalecer las organizaciones de usuarios, mesas de agua, y otorgar al Estado mayores atribuciones para fiscalizar y reasignar.

Nuevas obras: embalses, canales desalinización.

Está en construcción el embalse Chacrillas. Y se avanza en Punilla, en la Octava Región; Puntilla del Viento en Valparaíso y se están identificando otros embalses. Hay que apurar el tranco.

Existen en Chile, aproximadamente, unos 15.000 km de canales y en ellos se estaría filtrando casi el 40% del agua que transportan. Se pierde mucha. Falta un buen plan, con un acuerdo público-privado para definir obras y quién paga. Cuando se produce una destrucción, sea por uso o desastre natural, incluso en canales privados, es habitual que el peso recaiga en el Estado. Cuando hay que construir un embalse, los privados se resisten a aportar y resulta así difícil financiar embalses para la agricultura. Este punto, las alianzas público-privadas, amerita una innovación.

El cambio climático también nos exige rediseñar obras y reordenar prioridades. Sin entrar en mayor detalle, los deshielos repentinos dañan los puentes, como ya ha ocurrido. Los nuevos puentes deben ser más largos, de más luz, para evitar el socavamiento de los estribos. Debemos llevar a cabo un plan, a 10 o 20 años plazo, para construir pequeños embalses de cabecera, en distintas cuencas.

La sobreexplotación de los recursos hídricos obligó a respaldar a la Dirección de Aguas para negar el otorgamiento de derechos o sus traslados cuando los ya otorgados sobrepasaban la disponibilidad y se amenazaba el abastecimiento de la población, de la agricultura y el resguardo de la ecología, advirtiendo que la compra de derechos por las empresas mineras a pequeños agricultores, a precios desorbitados, provocaría un gran desbalance, como acontece en Copiapó.

Igualmente existe una disputa en el Valle de Azapa por el agua subterránea, cuánto para consumo humano y cuánto para agricultura;

se han programado nuevos embalses y se estudia la desalinización y el tratamiento de aguas servidas.

Además de los cambios institucionales y legales, es indispensable ampliar la capacidad de bombeo de agua desalada o salada a la minería y ahorrar para la agricultura y la población.

Las plantas solares se expandirán rápido y podrían proveer de más energía para desalinizar. Hay que lanzar nuevos proyectos desde ya y avanzar en esas tecnologías.

Agua e hidroelectricidad.

No sabemos si se construirá Hidroaysén o si se postergará. Si sabemos que necesitamos más proyectos hidroeléctricos. Chile no puede prescindir de la hidroelectricidad. por razones de seguridad de abastecimiento, de generación libre de contaminación de C02 y de costos.

Los derechos no consuntivos también deben ser objeto de una revisión.

Teniendo en cuenta nuestra vulnerabilidad energética y su alto costo ¿podemos seguir dependiendo sólo del mercado? ¿Que los privados sean los únicos autorizados para proponer proyectos y el Estado solo aprueba o rechaza? Y si no se proponen proyectos suficientes, ¿quién garantiza la seguridad de abastecimiento?

El Estado debe poseer atribuciones más extensas.

Por esa razón creamos el Ministerio de Energía que, al igual que el Ministerio de Obras Públicas, que puede definir un proyecto de carretera y llamar a licitación, también debiera actuar de modo similar el Ministerio de Energía. Siendo indispensable instalar plantas de generación eléctrica, el Estado debe poder llamar a licitación los proyectos, luego de realizar los estudios técnicos y ambientales.

¿Qué lo impide?

Primero, la Constitución restringe la función empresarial del Estado para crear y operar una planta eléctrica. La Contraloría ha dictaminado que puede concesionarse una planta (siendo por tanto el Estado el propietario) siempre que la explotación la realice un privado. Esta limitación que debe eliminarse en el caso de la energía.

Un segundo obstáculo es que los derechos no consuntivos están concentrados en pocas empresas. Si ellas no quisieran hacer un proyecto y son titulares de esos derechos, el Estado está impedido de actuar. En casos calificados, el Estado debe poder caducar esos derechos, por razones de interés nacional.

Al entregarse derechos gratis, perpetuos, se transforma el ejercicio del derecho en propiedad privada, el agua se transforma en un bien privado, Esto no es sostenible a futuro. El camino, a mi juicio, es aprobar en el Congreso el proyecto de Reforma Constitucional que enviáramos en 2009, para consagrar en ella que el agua es un bien nacional de uso público.

En enero de 2010, antes del cambio de gobierno, se logró aprobar ese proyecto en las Comisiones de Agricultura y de Constitución de la Cámara de Diputados. Luego del cambio de gobierno se paralizó su tramitación.

¿Alguien cree que este problema permanecerá intocado? La piedra de toque es la caducidad de los derechos, por razones de interés público. No existen en la ley excepciones para caducar un derecho de agua. A mi juicio, esa posibilidad debe existir, bien regulada, sin afectar el mercado del agua.

Por eso, sugiero que se apruebe una reforma constitucional.

Glaciares.

Es un tema crucial a futuro. Hoy no existen normas para los hielos. En el Congreso se han presentado algunas mociones parlamentarias para su

regulación, sin éxito. Existe un Instituto denominado World Global Monitoring Service que se especializa en el registro y monitoreo de hielos en el Ártico. El 70% de los estudios glaciológicos se refieren al norte del planeta. Esta tendencia se acentuará con las perspectivas que surgen del deshielo del polo norte. Ello atrae a los países que lo circundan para instalar nuevas redes de transporte, explotar nuevos recursos, incluyendo alimentos. Allí hay agua, aquella que se necesitara más y más para abastecer al Asia.

Los estudios chilenos han estimado que en el Hemisferio Sur (excluyendo la Antàrtica) existen del orden de 27.000 km^2 de hielos blancos, abiertos, 26.000 en la zona de los Andes de Sudamérica y, de ellos, 20.000 km2 se hallan en

Chile. Nuestro país, por lo tanto, es una gran reserva estratégica de agua dulce del mundo.

Al año 2010 habíamos inventariado 3.200 glaciares blancos y, más recientemente, 1.438 de roca en la zona Norte, especialmente en Copiapó y Huasco. Tenemos que realizar mediciones, confeccionar un registro glaciológico e instalar una red de monitoreo glaciológica. Debe ser ésta una de las prioridades.

Además, urge establecer que los derechos de agua sólida son del Estado y no pueden privatizarse.

¿Cuál será nuestra estrategia glaciológica hacia el 2020 o el 2025? ¿Qué cambios se pueden producir por los fenómenos climáticos? ¿Qué leyes dictar? Este tema debe ser definido a la brevedad.

Agua potable rural.

Si bien el sistema ha funcionado bien y hemos alcanzado buena cobertura para comunidades rurales concentradas, nos faltan ahora las semi concentradas y el tratamiento de sus aguas servidas. Tenemos necesidad de acelerar el trámite de una nueva ley, cuya discusión estaba muy avanzada al momento de cambio de gobierno y debe

despacharse pronto.

Se entiende por comunidades concentradas aquellas con más de 150 habitantes y más de 15 viviendas por km^2, las semi-concentradas son las que poseen más de 80 habitantes y más de 8 viviendas por km^2. Estas últimas abarcan a 400.000 personas aproximadamente. La ley contempla reforzar las organizaciones comunitarias y de cooperativas, entrenándolos; ampliar redes y comenzar el saneamiento. Hoy la cobertura de tratamiento de aguas servidas en el sector rural es de un 12%. Hay un plan para llegar en 2020 a 32%, pero no estamos avanzando a la velocidad requerida para lograrlo.

En las ciudades estamos acercándonos a 90% de tratamiento de aguas servidas, y pronto podremos alcanzar cerca del 100%, uno de los más altos del mundo.

Fui contrario a vender el 35% de las acciones de compañías de agua de propiedad de CORFO. La presencia del Estado era y es necesaria para fiscalizar y conocer por dentro un negocio esencial para la salud y seguridad de la población. Tampoco se necesitaba el dinero. Si la decisión ya se adoptó por el gobierno de Piñera, esos fondos debieran destinarse a obras de agua potable rural y su tratamiento, para favorecer a familias modestas que carecen de abastecimiento por cañería, y así Chile llegue a ser uno de los primeros en el mundo en esta materia.

Eficiencia hídrica.

El tema de la eficiencia hídrica es absolutamente vital. Se ha planteado y es necesario implementar la idea de un sello de eficiencia hídrica a los aparatos sanitarios de consumo personal, promover cambio de hábitos personales, construir embalses multipropósito, instalar más centrales de pasada para hidroelectricidad, constituir mesas de agua en las cuencas donde no las hay, incrementar rendimientos y fiscalizar el uso de los derechos.

Una cuestión esencial es debatir y aprobar una ley de cuencas. Esto se

viene discutiendo hace más de 10 años: las cuencas requieren de una legislación.

Coordinación institucional.

El 19 de junio del 2009, la Presidenta Bachelet dictó un instructivo presidencial que creó el Comité Interministerial de Política Hídrica, para establecer una coordinación institucional. Se le encargó al Ministro de Obras Públicas que lo presidiera. La vicepresidencia recae en el Ministro de Medio Ambiente, y lo componen además los Ministros de Agricultura, Minería y Bienes Nacionales.

A solicitud de varios ministros sectoriales, ese año preparamos en el MOP una propuesta para la presidenta, a fin de conciliar divergencias -minería con agricultura o energía con medioambiente- y anticipar soluciones a conflictos en ascenso.

De Obras Públicas depende la Dirección General de Aguas, la Dirección de Obras Hidráulicas y la Superintendencia de Servicios Sanitarios. De allí que el gobierno considerará mejor encargar al MOP la tarea de coordinar. En diversas sesiones de ese Comité, previas al terremoto, se alcanzó a revisar la situación de los acuíferos, proponer a la Presidenta la Reforma Constitucional del agua, precisando que se trata de un bien nacional de uso público; se estudió cómo corregir los derechos de aguas que exceden la disponibilidad y cómo instalar nuevos procedimientos para resguardar el medio ambiente.

En el documento MOP "Chile 2020. OOPP para el Desarrollo", ya mencionado, se registraron las siguientes prioridades:

- Restricciones al ejercicio de los derechos de agua, para priorizar usos.
- Criterios para caducar derechos, cuando los existentes son incompatibles con el bien público.
- Rediseñar el sistema de derechos de agua subterráneas.

- Otorgar derechos tomando en cuenta consideraciones ambientales (caudal ecológico, entre otros).
- Normas sobre calidad de aguas.
- Mejorar información de las cuencas.
- Continuar evaluando los impactos del cambio climático.

Los desafíos se acrecientan, hemos de anticiparnos, de allí la alta importancia que reviste un debate nacional sobre aguas entre técnicos, políticos y la sociedad civil. Urge avanzar.

Exposición Sr Sergio Bitar, ex Ministro de OOPP y ex Senador.

Comentario a Informe de la Comisión Agua del Instituto de Ingenieros de Chile, 2011.

Anexo 9: Evaluación de las concesiones chilenas: ventajas ydificultades, Ronald Fischer[296]

R. Fischer CEA-DII, U. de Chile Panel Técnico de Concesiones[297]15 de noviembre de 2011 1. Introducción

1. Introducción

Luego de casi veinte años de operación del sistema de concesiones en Chile, parece apropiado reflexionar sobre sus ventajas y sus problemas. Cuando comenzó, a principios de los 90, había grandes esperanzas, pero

296 Disponible en: http://www.slideshare.net/congresochile/lecciones-de-la-experiencia-chilena-en-concesiones

297 Agradezco al Instituto de Sistemas Complejos de Ingeniería por su apoyo a mis investigaciones en este tema. Este trabajo es fruto de una larga colaboración con Eduardo Engel y Alexander Galetovic. Las opiniones que se presentan son personales, y no representan necesariamente a ese panel.

también mucha incertidumbre sobre si efectivamente serviría para renovar nuestra obsoleta infraestructura de transportes de carretera (porque inicialmente eso era lo que se pensaba como su principal objetivo).

Desde entonces, nuestra infraestructura vial interurbana y aeroportuaria ha mejorado drásticamente y las principales obras concesionadas se ven sometidas a un mantenimiento continuo que evita que se deterioren. A su vez, el MOP puede destinar recursos humanos y de mantenimiento a vías no concesionados, las que también han mejorado sus estándares, con favorables efectos distributivos en las zonas rurales.

Pese a estos claros beneficios del sistema de concesiones, éste exhibe diversos problemas, algunos de los cuales son parte de su esencia, y otros que son productos de errores que pueden ser corregidos o que ya han sido corregidos en la reforma a la Ley de Concesiones promulgadas en 2010.

Los datos indican que hasta el año 2008 las concesiones representaban una inversión total de UF 284 MM, correspondiendo a 50 obras, 26 de ellas carreteras, con el resto divididas en aeropuertos, cárceles, embalses, el Transantiago y otras obras públicas, como se muestra en el cuadro 1:

Cuadro 1: Principales características de las concesiones en 2007 (UF)

	Inversión Total	**Fracción del Total**	**Número proyecto**	**Fracción del Total**	**Duración promedio consecione s**
Ruta 5	92.430.167	0,33	8	0,16	23,8
Carreteras interurbana	63.404.831	0,22	13	0,26	27,7

s					
Carreteras urbanas	93.902.535	0,33	5	0,10	31,6
Total carreteras	249.737.533	0,88	26	0,52	27,3
Aeropuertos	10.000.162	0,04	10	0,20	
Cárceles	10.076.609	0,04	3	0,06	22,5
Embalses	4.544.673	0,02	2	0,04	27,5
Transantiago	5.530.363	0,02	5	0,10	15,8
Infraestructura pública	4.267.235	0,02	4	0,08	23,2
Otras concesiones	34.419.042	0,12	24	0,48	18,8

2. Ventajas de las concesiones

La mayor ventaja de las concesiones, al menos en el caso de las concesiones viales, es que el mantenimiento de las obras es continuo, y por lo tanto se mantienen en buenas condiciones en forma

permanente.[298] Las obras públicas tradicionales, por razones de economía política, solo reciben mantenimiento esporádico, normalmente cuando ya están muy deterioradas, lo que eleva fuertemente el costo de las obras. Una segunda ventaja es que cuando la obra se financia con cobros a los usuarios, los beneficiados por las obras los que contribuyen a pagar por éstas, lo cual a menudo es distributivamente deseable. Además, debería tender a reducir las presiones para realizar obras de infraestructura. Tercero, los concesionarios enfrentan incentivos a reducir los costos de ciclo de vida del proyecto, a diferencia del sistema tradicional de provisión de infraestructura, en que el constructor solo se preocupa de minimizar el costo de construcción, sin considerar que esto podría involucrar mayores costos de mantenimiento y operación posteriores.[299]Un cuarto factor es que la existencia de un concesionario sirve para frenar las presiones políticas en favor de reducir los pagos de los usuarios por los servicios, ya que el Ministro de Hacienda debe desembolsar recursos del presupuesto para compensar al concesionario. Una quinta ventaja, es que el diseño de las obras concesionadas es más generoso que los ajustados diseños de los proyectos cuando se utiliza el esquema tradicional de construcción de obras, con financiamiento proveniente del gobierno. Aparentemente, el Ministerio de Hacienda, con su enfoque en los presupuestos anuales, internaliza de distinta forma el costo de obras concesionadas que no reciben financiamiento del gobierno.[300]

3. Errores conceptuales en concesiones

Muchas otras supuestas ventajas de las concesiones no son tales, o se

---

[298] Al menos antes del final de la concesión.

[299] Aunque este factor es reconocido como el principal beneficio de las concesiones (ver, por ejemplo, Bennett y lossa (2006), no hemos podido encontrar ninguna estimación del valor de este beneficio.

[300] Pese a que, cómo se verá en la sección 3.1, el efecto sobre las finanzas públicas de las concesiones es neutral.

muestran marginales, luego de un análisis cuidadoso. Por ejemplo, se ha dicho que la concesiones han introducido nuevas tecnologías de construcción. Sin embargo, si el MOP decidiera realizar por su cuenta obras del tamaño de las concesiones, y si a ellas pudieran postular firmas internacionales de construcción, traerían las mismas tecnologías. Por lo tanto, esto no es una ventaja intrínseca del sistema concesional. En otros casos, se trata de ideas que contienen errores más fundamentales.

1. **El mito del ahorro de recursos fiscales**

A menudo se sostiene que la mayor ventaja del sistema de concesiones es que permite que el Estado ahorre recursos, pues es el sector privado el que hace las inversiones en el proyecto. Esto es evidentemente falso en aquellas inversiones en las que no hay cobros a los usuarios, como en el caso de las concesiones de cárceles, escuelas u hospitales públicos. En esos casos, el Estado debe incurrir en una deuda de largo plazo (aunque la llame por otro nombre), cuyos pagos están diferidos en el tiempo. Esto no la diferencia de un proyecto realizado por el MOP y financiado con deuda.

El otro extremo es cuando la obra se financia con pagos de los usuarios. Pero en tal caso, el Estado podría haber construido la obra y podría haber cobrado los mismos peajes que los que cobra el concesionario, con lo cual habría pagado la obra, por lo que el efecto sobre las cuentas fiscales habría sido el mismo que con una concesión. Es evidente que el caso de concesiones con financiamiento mixto (subsidios y cobros a usuarios) es una combinación de los casos anteriores y su efecto sobre las cuentas fiscales también es neutro.

2. **El mito del test de mercado del proyecto**

Una potencial ventaja del sistema de concesiones es que dispone de un mecanismo efectivo para detectar proyectos que son elefantes blancos, es decir, que tienen un costo para la sociedad mayor que los beneficios que proveen. Suponiendo que el proyecto no posee externalidades negativas (significativas), el hecho que sea privadamente rentable

implica que se trata de un proyecto socialmente rentable. Es decir, esta prueba de mercado es efectiva en proyectos que solo se financian con cobros a los usuarios.

Esta ventaja no existe cuando el proyecto requiere subsidios o cuando no hay cobro a los usuarios. En tales proyectos, es necesario realizar una evaluación de la rentabilidad social del proyecto tan estricta como en los proyectos tradicionales, no concesionados.

3. Problemas en concesiones

El mecanismo de concesiones genera problemas que, si no se los controla, pueden tener consecuencias negativas. El caso Mop-Gate es un ejemplo de estos problemas y elresultado fue la paralización de proyectos de concesiones por varios años.

α. Las renegociaciones

Cuando se subastan las concesiones en un proceso competitivo, el resultado que se obtiene es el más favorable para los usuarios y para el país. Sin embargo, en forma posterior al contrato aparecen problemas por diferencias en la de interpretación de las cláusulas del contrato, por omisiones o errores en el diseño del proyecto o por otras causas. En tales casos es necesario ajustar el contrato original y el MOP debe negociar con los concesionarios para poder modificar las condiciones de éste.

Debido a que es esta negociación no hay un proveedor alternativo al concesionario, la empresa obtiene rentas en el proceso.[301] Además, el carácter discrecional de los acuerdos tiene complejas implicancias de economía política. En el caso chileno, al 2008 estas renegociaciones elevaron el costo original de los proyectos en un 33%, es decir en 58

301 Esto ha sido mejorado en la Reforma a la Ley de Concesiones promulgada en 2010.

millones de UF, ver Engel et al. (2009). Todo empresario de la construcción sabe que los cambios al diseño o al contrato original generan gran parte de las utilidades. Por lo tanto es necesario mejorar la calidad de los proyectos para reducir la frecuencia de las renegociaciones, especialmente en las etapas iniciales de los proyectos.

Es comprensible que luego de varios años de funcionamiento de una concesión aparecerán condiciones que no se podían predecir inicialmente y que requerirán renegociaciones del contrato para poder adaptarse a ellas, pero no es razonable que sean frecuentes las renegociaciones al inicio de la concesión. Es posible que esto sea una indicación de que es necesario dedicar más recursos a diseñar los proyectos, de manera de reducir el número de renegociaciones.

β. Problemas de economía política

Debido a la magnitud de los recursos en juego en las renegociaciones, y al poco control que se puede tener sobre ellas (no es claro el resultado de una negociación ni sus límites, y gran parte de los pagos corresponden a gobiernos futuros -ver el caso MOP bajo el Ministro Cruz que amarró el presupuesto por años con sus renegociaciones) es posible utilizarlas para i) aumentar obras con efectos electorales por sobre lo presupuestado, ii) conseguir recursos para campañas políticas. Se trata, en efecto, a menudo de un préstamo fiscal de largo plazo con poco control del congreso.

χ. La rigidez de los contratos

La contraparte del problema de las renegociaciones es la rigidez de los contratos de concesión. Esta rigidez hace difícil introducir ajustes menores al contrato que mejorarían su funcionamiento. La parte que no está directamente interesada en el cambio siempre puede exigir mucho a cambio de adaptarse, y en el caso de un contrato de largo plazo, esto puede llegar a ser un costo importante del mecanismo de concesiones. Este problema ha sido aparente en las carreteras. Por ejemplo, en las carreteras urbanas fue imposible imponer un tag unificado, pese a su mayor eficiencia y a las ventajas para los usuarios. Las dificultades para

instaurar un tag interurbano, pese a que los contratos de concesión incluyen el requerimiento de un sistema electrónico de cobro son otro ejemplo de como los contratos de concesión son difíciles de modificar, especialmente si el MOP teme que una posición más dura aleje a las empresas de futuras concesiones. Las dificultades generadas por la rigidez de los contratos tienen consecuencias más serias en el caso de proyectos complejos como cárceles y hospitales, donde es más fácil cometer errores en el diseño original. La reforma a la Ley de concesiones de 2010 corrigió muchos de las deficiencias que se habían observado en la práctica anterior, pero aún es demasiado temprano para realizar una evaluación de su eficacia.

δ. Otros problemas

Los Ministerios de Obras Públicas (en todo el mundo) tienen como objetivo principal la construcción de obras, sin importar si éstas efectivamente contribuyen al bienestar social. Por ello, el freno que ponen Mideplan con sus evaluaciones sociales, o el ministerio de Hacienda con sus restricciones presupuestarias debe ser bienvenido. Sin embargo, con las concesiones, existe la tentación de pensar que éstas obras no tienen costo para el Estado, por lo que el MOP tiende a ser más favorable hacia los concesionarios que cuando se trata de obras financiadas con recursos propios. En el pasado el MOP ha usado la estrategia de no perder demasiado tiempo, ni destinar suficientes recursos, a preparar buenos proyectos.

Con la madurez del sistema de concesiones, ha comenzado a aparecer un nuevo problema: las dificultades en el traspaso de proyectos. Aunque el MOP fue lo suficientemente previsor como para incorporar boletas de garantía al final del contrato para garantizar el estado del proyecto, en su forma actual es un mecanismo que requiere modificaciones. Con el objeto de evitar que en el último período el concesionario haga poco mantenimiento y ofrezca un mal servicio se deben subdividir las boletas de garantía de manera de poder cobrara parcialmente las deficiencias que no serían suficientes para hacer exigible el cobro total de la boleta de garantía.

4. Conclusiones

Las concesiones de infraestructura pública son un mecanismo poderoso para generar obras y mantenerlas en buen estado. Sin embargo, se trata de un instrumento que tiene riesgos, y es importante ir mejorando la normativa para resolver los problemas que surgen de la experiencia. En este sentido la Reforma a la Ley de Concesiones promulgada en 2010 corrige muchos aspectos que he mencionado más arriba, aunque solo la experiencia podrá indicar si los cambios a la normativa fueron suficientes.

Referencias

Bennett, J. y Iossa, E. (2006). Building and managing facilities for public services. Journal of Public Economics, 90, 2143-60.

Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A. y Hermosilla, M. (2009). Renegociación de concesiones en Chile. Estudios Públicos, 113,151-205.

Anexo 10: La Concesión y el Permiso de Servicios Públicos en Brasil , Sr. Marcelo Figuereido

La atención a las grandes inversiones en servicios públicos se ha hecho significativamente, desde mediados del siglo XIX con la participación privada, o sea, por medio de iniciativas libres, como en la navegación marítima, sea mediante delegación del Estado, como en los campos de transporte ferroviario, de los servicios urbanos de gas, electricidad, transporte colectivo, etc. Así se expandió considerablemente la destinación de recursos privados –incluso captados entre pequeños ahorristas- a los servicios públicos, a través, principalmente de concesiones, que caracterizaron las iniciativas en el campo de dichos servicios en todo el mundo y en particular en Estados Unidos, de donde Brasil ha recogido los elementos de su propia política de concesiones.

Fue el Código de Aguas de 1934 el que balizó la concesión de servicios

públicos en Brasil, al consagrar la legislación y la reglamentación de los servicios de electricidad. En verdad, el Código le dio forma a una estrategia de dotar al Estado de infraestructura de electricidad, financiada y operada por particulares, con reversión al Poder Público al término de la concesión.

Marcelo Figueiredo es advogado, consultor jurídico, Profesor. Associado de Direito Constitucional de la PUC-SP (Pontifícia Universidad Católica de San Pablo), Decano reelecto de su Facultad de Derecho (2005- 2013). Presidente de la Asociación Brasileña de Derecho Constitucional- ABCD, sección brasileña del Instituto Ibero-Americano de Derecho Constitucional con sede en México. Membro del Comitê Executivo de la IACL-IADC (Associação Internacional de Direito Constitucional). Presidente de la Comisión de Estudios Constitucionales de la Orden de Abogados de Brasil (San Pablo) y Miembro de la Comisión de Estudios Constitucionales del Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil. E-mail mfigueiredo.adv@uol.com.br

El modelo prosperó en muchos frentes, hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. A partir de ahí, el mundo capitalista se desinteresó progresivamente por los servicios públicos, lo que condujo particularmente a Brasil a que el Estado asumiera las inversiones en infraestructura, generando una fuerte estatización de los servicios públicos. Sin embargo, a partir de la década del 80, los recursos para ello se tornaron escasos, al mismo tiempo que la discontinuidad administrativa y el corporativismo de las estatales sugirieron a la sociedad el retorno al modelo de delegación privada. En secuencia advinieron la Ley Federal de las Concesiones, y ahora las PPPs ("*Alianzas" o (Parcerias*[302]*)* Público Privadas).

Es cierto que en la búsqueda de mayor eficiencia, el Poder Público se ha valido de métodos de la iniciativa privada, y más que eso, se ha valido del concurso de particulares, ampliando cada vez más el campo de las

[302] En portugues "parcerias" (alianzas).

alianzas.

El Estado moderno es menos un ejecutor o prestador de obras y servicios y cada vez más un formulador de políticas públicas, eligiendo prioridades, buscando la mejor forma de atenderlas, estimulando las actividades económicas de los particulares volcadas hacia la realización de aquellas prioridades, siempre de manera transparente y participativa, configurando lo que ya se ha convenido denominar "Estado Regulador".

La concesión del servicio público cuyo régimen jurídico en **Brasil** está disciplinado por la Ley nº **8.987/1995**, se propone transferir la prestación de los servicios y obras públicas al particular, cuya retribución le será proporcionada, en principio y como regla general (pero también no exclusivamente), por el usuario del servicio, preponderantemente con el pago de tarifas[303].

La tarifa es el elemento central de la propuesta económica presentada por el particular en la licitación para el otorgamiento de concesiones, y debe proporcionar la sostenibilidad económica del contrato, pues engloba los importes imprescindibles para la amortización de las inversiones y la rentabilidad que de ellos se derive. O sea, en la

---

[303] En España tenemos la Ley 30/2007, del 30 de octubre, Ley de Contratos del Sector Público, mediante la cual el legislado español transpuso la Directiva 2004/18/CE y acogió diversas recomendaciones de entidades nacionales en el sentido de corregir, en algunos casos y optimizar en otros, algunas de las soluciones normativas constantes en la antigua Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Específicamente, en lo que concierne a la distribución de los riesgos, se registra el principio general de que la gestión de las actividades objeto de concesión corre por cuenta y riesgo de los concesionarios. En concreto, se atribuye expresamente a los concesionarios los riesgos del proyecto y la construcción de la gestión económica y de financiación de la concesión, excepto en los casos de fuerza mayor. Por otro lado, también se consigna expresamente el principio del derecho al reequilibrio financiero de los concesionarios, en distintas situaciones contempladas por la ley e incluso en los casos de que se verifiquen los supuestos fijados en el contrato para tal efecto. En esta conformidad, la doctrina resalta el hecho de que la Ley de Contrataciones Públicas prevea que el concesionario quede contractualmente obligado, de acuerdo con su propuesta con un nivel mínimo y otro máximo de rendimientos totales para la concesión, de modo que si no alcanzara el primero o superara el segundo, durante un período en cada caso determinado, se deberá proceder a la revisión del contrato.

concesión de servicio público, la Administración Pública desempeña un papel secundario en la retribución del particular, puesto que no es ella quien paga el servicio prestado.

Conviene repetir y subrayar que, por regla general, la retribución de los servicios concedidos se debe obtener del cobro de las tarifas que pagan los usuarios de dichos servicios. En principio, la tarifa se debe fijar de manera que permita la sostenibilidad del servicio, y no podrá ser insuficiente para ello, ni propiciar una ganancia excesiva al concesionario.

Sin embargo, puede suceder que el Poder Público fije la tarifa por un valor más alto que el estrictamente necesario para la retribución del servicio, de modo a asegurar al concedente una ventaja económica correspondiente a un pago por el otorgamiento, o al reembolso de los gastos de supervisión, fiscalización y control de la concesión. Puede ocurrir, también, por otro lado, que El Poder Público fije la tarifa por valor más bajo que la retribución del servicio, con finalidades sociales, con el propósito de hacer viable el acceso al servicio a un número mayor de usuarios. En este caso, la diferencia negativa debe ser compensada por el concedente mediante el pago de un subsidio al concesionario, destinado a propiciar el equilibrio contractual.

La concesión de servicio público ha tenido enorme importancia en Brasil desde los tiempos del Imperio. En la ciudad de SãoPaulo, en el comienzo del siglo XX, todos los principales servicios públicos eran operados mediante concesión y por una única concesionaria, *The São Paulo, Tranway, Light and Power.* Pero la concesión fue perdiendo importancia hasta ser casi totalmente abandonada durante el período de la dictadura militar, que se caracterizó por una acentuada estatización durante el período de la dictadura militar (como sucedió prácticamente en toda Sudamérica, como sabemos, durante la década del 70 hasta aproximadamente el final de la década del 80) donde todos los servicios públicos más relevantes eran ejecutados por empresas estatales.

Sea como fuere, con la liberalización de la economía y con los cambios

derivados del movimiento denominado de quiebra de los monopolios públicos y con la "privatización" de una serie deservicios, la concesión y el permiso de servicios públicos volvió a la escena.

Uno de los problemas económicos centrales de Brasil (creo que se puede generalizar como siendo de toda Latinoamérica en aquel período post regímenes totalitarios), era una enorme necesidad de infraestructuras, en contraposición a la capacidadde inversión del Estado agotada. La única salida aparente fue recurrir al sector privado, ofreciéndoles a los inversionistas particulares la oportunidad de invertir en la ejecución de obras públicas y en la modernización de equipos y métodos, brindándoles la prerrogativa de explotar económicamente los servicios públicos que se deriven de ello, cobrándoles directamente a los usuarios el precio correspondiente a los servicios prestados.

La idea era la de autosuficiencia de cada emprendimiento. La inversión se pagaría y el capital sería remunerado con el ingreso obtenido por la prestación del servicio. En términos económicos, se trató de implantar el *project finance*[304]*,* según el cual, para la obtención de los recursos financieros necesarios para la inversión era preciso constatar su autosuficiencia económica, o sea, no habría necesidad del aporte de recursos proporcionados por el erario.

---

[304] En una época en que no se puede dejar de reconocer la carencia de recursos del Estado y la escasez de capitales privados disponibles a mediano y largo plazo, es imprescindible concebir nuevas medidas creativas para la utilización del crédito y del mercado de capitales, a fin de asegurar, con recursos privados actuales, que pueden ser internos o externos, los recursos públicos futuros, la realización inmediata de obras y la consecuente modernización de los servicios, que ya no puede ser postergada. Aparecen entonces las técnicas del *Project Finance* que consisten en promover una verdadera ingeniería financiera para la financiación de proyectos de grande porte, y que se puedan aplicar a una gran variedad de emprendimientos, desde plataformas de petróleo hasta usinas hidroeléctricas, carreteras, ferrovías, aeropuertos y otras infraestructuras de interés de la Administración Pública. No obstante el *project finance* presente costos más elevados que el de la financiación convencional, las ventajas de las que se benefician los patrocinadores (Sponsors) del proyecto, tales como dilución del riesgo, tratamiento contable diferenciado, entre otras, permiten una compensación amplia de los costos adicionales . (Conforme Luiza Rangel de Moraes, " Considerações sobre BOT- Project Finance e suas Aplicações en Concessões de Serviços Públicos, RDA Volume 212, páginas 135-150).

La Constitución de 1988, aún vigente en Brasil, con sus 67 Enmiendas proporcionó el soporte necesario para la recuperación del instituto de la concesión de servicio público:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. [Corresponde al Poder Público, en los términos de la ley, directamente o bajo el régimen de concesión o permiso, siempre mediante licitación, la prestación de servicios públicos].

***Parágrafo único*. A lei disporá sobre:** *[Párrafo único*. La ley regulará sobre:

***I. O regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão*;** [El régimen de las empresas concesionarias y permisionarias de servicios públicos y el carácter especial de su contrato y de su prorrogación, así como las condiciones de caducidad, fiscalización y resolución de la concesión o permiso;

***II. Os direitos dos usuários*;** Los derechos de los usuarios;

***III. A política tarifária*;** La política tarifaria;

IV. ***A obrigação de manter serviço adequado*.** La obligación de mantener un servicio adecuado.

En el ejercicio de su competencia para editar normas generales sobre contratos administrativos, en todas sus especies, la Unión editó la Ley nº **8.987,** de **13/02/1995**, que dispone sobre el régimen jurídico de las concesiones y permisos de la prestación de servicios públicos previsto en el art. de la Constitución Federal, normas de observancia obligatoria para la Unión, los Estados y los Municipios (ya que Brasil es un Estado *Federal).*

Esta ley fija los principales conceptos concernientes al instituto, establece las reglas principales sobre las licitaciones correspondientes, trata de la política tarifaria y de las especificidades de los contratos, incluso sus formas de extinción, implantando un reglamento seguro que permitió una amplia utilización de las concesiones en todos los niveles de gobierno.

En el Estado de São Paulo, sin embargo, incluso antes de la promulgación de la Ley Federal, había sido editada la Ley nº **7.835,** de **08/05/1992**, que disponía sobre el régimen de concesión de obras públicas, de concesión y permiso de servicios públicos en el ámbito del Estado.

Con el resurgimiento de las concesiones, el Poder Público pasó a ser menos un ejecutor de servicios y más un definidor de políticas públicas de cada sector y un controlador de los servicios ejecutados por los particulares. Para un mejor desempeño de las actividades de control, proporcionando seguridad jurídica a los contratados, disminuyendo las interferencias políticas y permitiendo la participación de los usuarios de los servicios, se constituyeron las denominadas "*agencias reguladoras independientes*", a ejemplo del modelonorteamericano que se difundió con diferentes adaptaciones por varios países.

Las Agencias reguladoras son autarquías dotadas de autonomía especial y su independencia está generalmente asegurada por la atribución de mandato a sus dirigentes, que no pueden ser destituidos sino por causa justificada. También es un trazo distintivo de las agencias reguladoras su competencia normativa para establecer normas concernientes a los servicios que son obligatorias para todas las partes involucradas (concedentes, concesionarias y usuarios).

A política tarifaria en las concesiones de servicio público fue establecida por las Leyes 8.987 y 9.074, ambas de 1995, en cumplimiento del artículo 175, III, de la CF. No es de la competencia de las agencias reguladoras formular esta política, limitándose éstas a ejecutarlas.

La política tarifaria dispuesta por la ley se asienta en la ecuación

económica del contrato de concesión, que comprende por un lado el ingreso tarifario y los ingresos alternativos, complementares, accesorios o de proyectos asociados, con miras a la modicidad de la tarifa (art. 11 da Ley 8.987), y por el otro, los costos, la carga de la concesión (en caso de licitación de mayor oferta) la amortización de las inversiones efectuadas por la concesionaria y la ganancia.

Todo esto está relacionado con el plazo de la concesión, que si no integra, es, por lo menos, parámetro para la fijación de la ecuación económica del contrato.

Las concesiones no ofrecen gran dificultad para su utilización, planteándose tan sólo algún debate en la doctrina respecto a la forma de cobro de la retribución correspondiente a los servicios prestados. Entienden algunos que el cobro de tarifa por la prestación de servicios de utilización obligatoria estaría prohibido a tenor de la Súmula nº 545 del SupremoCentury Gothic Tribunal Federal, a continuación: "Precios de servicios públicos y tasas no se confunden, porque éstas, diferentemente de aquellas, son obligatorias y su cobro está condicionado a la previa autorización presupuestaria, con relación a la ley que las instituyó".

Con todo, resulta claro que la Súmula 545 únicamente afirma el carácter obligatorio de la tasa (lo que nadie contesta), que está sujeta a la previa autorización presupuestaria, y que no se confunde con el precio público o tarifa, que es otra forma de retribución de servicios públicos.

En el ámbito del Derecho Administrativo, durante mucho tiempo se aceptó la distinción de que el servicio público prestado directamente por la Administración Pública debería retribuirse mediante el cobro de tasa, mientras que el mismo servicio prestado mediante concesión a una empresa privada sería remunerado por el cobro de tarifa.

Esta distinción fue puesta en jaque en el caso de los servicios públicos de uso obligatorio concedidos a particulares. Entendieron algunos que la obligatoriedad del servicio desvirtúa el carácter de la tarifa, que también pasaría a ser obligatoria. El equívoco de este entendimiento está en

mezclar cosas que deben ser separadas: la prestación del servicio y la retribución del servicio prestado. Obligatorio es el servicio pero la retribución podrá o no ser obligatoria.

Todo esto lo ha resumido muy bien César A Guimarães Pereira al decir que "*o critério da compulsoriedade para a distinção entre taxas e tarifas não é compatível com o artigo 175 da CF, que prevê amplamente a realização de serviços públicos sob regime de concessão sem excepcionar os serviços de limpeza urbana*". [el criterio de la coercitividad para la diferenciación entre tasas y tarifas no es compatible con el artículo 175 de la CF, que contempla ampliamente la realización de servicios públicos bajo el régimen de concesión sin excepcionar los servicios de limpieza urbana.]

Afirma el autor que "*a compulsoriedade da utilização do serviço público é apenas um reflexo da compulsoriedade da prestação do serviço público pelo Poder Público*" [la coercitividad de la utilización del servicio público es apenas un reflejo de la coercitividad de la prestación del servicio público por el Poder Público] y así, como consecuencia, "*a compulsoriedade não modifica o regime de cobrança de tarifa para taxa*". [la coercitividad no modifica el régimen de cobro de tarifa a tasa.]

El servicio concedido a un particular continúa siendo un servicio público. Su esencialidad determina la obligatoriedad de su utilización. La prestación del servicio puede perfectamente confiarse a un concesionario. De todos modos, concedido o no, su prestación siempre tendrá un costo que se deberá cubrir de alguna manera. La retribución del servicio prestado mediante concesión se podrá hacer de dos formas: a) el Poder Público concedente cobra tasa a los usuarios y remunera a la empresa concesionaria; b) la empresa concesionaria cobra la tarifa a los usuarios, directamente.

Lo más importante es la diferencia de régimen jurídico. Si la retribución se hiciera bajo la forma de tasa, los usuarios tendrán las garantías inherentes al régimen tributario, pero si la remuneración se hiciera bajo la forma de tarifa, los usuarios tendrán el amparo y la protección que el

orden jurídico estipula para este tipo de obligación, siendo oportuno recordar que la tarifa no es fijada libremente por el concesionario, sino que resulta de un procedimiento complejo destinado, exactamente, a preservar los intereses de todas las partes involucradas.

En fin, la concesión de servicio público es una forma de implantar o expandir servicios públicos sin necesidad de aplicar recursos financieros del erario. Hoy ya se tiene conciencia de que para ello, algunas veces es posible montar un "paquete" de obras y servicios, de la misma índole o complementares, de tal manera que los más rentables proporcionen recursos para hacer viables a los menos rentables.

Es preciso hacer un comentario respecto al permiso de servicio público. Tradicionalmente, el permiso tenía el carácter de acto unilateral y precario, o sea, correspondía a un otorgamiento que podría ser revocado por el otorgante en cualquier momento. Actualmente, después de la promulgación de la citada Ley 8.987/1995, en observancia a lo que dispone su artículo 40, el permiso de servicio público pasó a formalizarse mediante un contrato de adhesión, resultando en un régimen contractual en todo semejante al contrato de concesión.

No es posible hablar sobre todos los servicios concedidos. Vamos a dar algunos ejemplos más significativos, sea del punto de vista económico, sea del aspecto social:

a) **Concesiones de Carreteras**:

Ya vimos que la concesión de servicio público permitió que el Poder Público transfiriera a los particulares la tarea de conseguir recursos para grandes inversiones, en sectores esenciales del desarrollo nacional y el bienestar de la colectividad, cuya explotación se mostraba atractiva, rentable y auto sostenible.

El reto ahora consiste en encontrar otras formas que permitan llevar a cabo servicios públicos esenciales, pero no sostenibles. No se discute la absoluta necesidad de invertir en determinados sectores estratégicos no sostenibles; el problema es cómo hacer para que ello sea económica y

jurídicamente posible.

La cuestión económica se debe estudiar respecto a cada caso, a cada emprendimiento, calculándose el monto de los recursos financieros necesarios, el tiempo de ejecución, la forma y el monto de participación de cada uno de los asociados, las fuentes de recursos y las garantías correspondientes.

El soporte jurídico se ofrece, en general, por la aplicación concomitante de la Ley General de Contratos Administrativos (Ley 8.666/93), da Ley de Concesiones (Ley nº 8.887/1995), y de la Ley de Alianzas Público-Privadas (Ley nº 11.079/2004), cuyos tópicos principales estamos examinando.

b) **Concesiones de Aeropuertos**

El gobierno federal brasileño va a exigir una inversión mínima de, 22,4 mil millones de dólares, para el aumento de la capacidad de los tres aeropuertos que se pretende transferir a la gestión de la iniciativa privada -Cumbica (SP), en Guarulhos, Brasilia y Viracopos, en Campinas.

El plazo de la concesión varía de 20 a 30 años. Un tercio se deberá gastar en equipar el sistema para la Copa Mundial. Los números hacen parte de los estudios que la Secretaría de Aviación Civil entregó al Tribunal de Cuentas de la Unión.

Además de la inversión, los consorcios vencedores tendrán que aplicar R$ 11,6 mil millones más (19,7 mil millones de dólares más) para el mantenimiento de la operación de los terminales. También se confirmaron los importes del otorgamiento fijo que los vencedores tendrán que pagar al gobierno.

El más caro será Cumbica, en São Paulo, el aeropuerto de mayor movimiento del País, con (3,8 mil millones de dólares) seguido de Viracopos con, (885 millones de dólares) y Brasilia, con 127 millones de dólares

El gobierno federal también recibirá como contrapartida, promediamente un 10% (diez por ciento) del ingreso en todo el período de la concesión.

El gobierno pretende, además, por medio de las reglas del edicto de concesión, obligar a las empresas vencedoras (consorcios) a realizar las obras prioritarias en el término de hasta 18 meses tras la firma del contrato, margen usado para que los aeropuertos estén prontos hasta fines del 2013, año anterior a la Copa.

c) **Las concesiones de actividades relativas a la energía eléctrica**

Los servicios públicos de energía eléctrica están disciplinados en la Ley nº 9.074/95, y deben ser contratados y otorgados conforme a lo dispuesto por la Ley 8.987/95 (concesión), con aplicación subsidiaria de la Ley 8.666/93 (art. 124).

El capital privado, para su supervivencia, necesita recuperar las inversiones realizadas. Este hecho impone que el concesionario, permisionario o autorizado evalúe previamente los riesgos de la inversión en la prestación del servicio público.

Pero existen riesgos insalvables, como lo es el caso de la precariedad, tanto del permiso como de la autorización, y de los propios del ambiente jurídico normativo, bajo el comando de ANEEL- Agência Nacional de Energia Elétrica.

El Poder Concedente, por otro lado, al contrario de las primeras experiencias del Estado Liberal, concede y transfiere la ejecución de los servicios públicos a terceros de la iniciativa privada, aliviándose de las inversiones, pero mantiene para sí la titularidad de éstos. Asume, por tanto, el riesgo residual relativo al equilibrio económico-financiero del contrato, en virtud de la teoría de la imprevisión.

El sistema eléctrico que suministra los servicios públicos de energía eléctrica a la sociedad brasileña es interligado. Consiste en una gran malla de redes eléctricas que conecta usinas de generación, líneas de

trasmisión y redes de distribución a los millones de consumidores de norte a sur del país.

Con la implementación del Programa Nacional de Desestatización, parte de estas unidades está actualmente bajo el control directo de la Unión, otra parte está concedida a Estados-Miembros de la Federación y a empresas de iniciativa privadas. La política adoptada por el gobierno objetiva minimizar la participación económica del Estado en el sistema.

Para la prestación de servicios públicos de energía eléctrica, la CF permite que se transfiera la ejecución al particular a través de mera autorización. En este sentido, la Ley nº 9.074/95, impone al Poder Concedente el deber de especificar en el proceso de licitación las finalidades del aprovechamiento o de la implantación de las usinas de generación.

Para cualquiera de las finalidades, prestación de servicio público, uso exclusivo de auto productor o producción independiente, las generaciones térmicas estipuladas no incluyen aquellas cuya fuente primaria de energía sea nuclear.

Las concesiones, permisos y autorizaciones se podrán hacer a título oneroso a favor de la Unión. De esta manera, El Poder Concedente se garantiza el resarcimiento de los gastos de estudios preliminares, proyectos y demás gastos que tuvo la Unión para tornar viable el otorgamiento.

El plazo de concesión de generación de energía eléctrica es de treinta y cinco años, y de treinta años para la trasmisión y distribución.

Los plazos son prorrogables como máximo por igual período, según se trate de generación o trasmisión, a juicio del Poder Concedente, según las condiciones establecidas en el contrato, siempre que solicitado por el concesionario en el plazo de hasta treinta e seis meses anteriores a la fecha del respectivo contrato.

Auto productor de energía eléctrica es la denominación que se le da al

generador que destina íntegramente su producción al uso propio.

Productor Independiente de energía eléctrica es la persona jurídica o empresas reunidas en consorcio que obtiene la concesión o autorización del Poder Concedente para producir energía eléctrica destinada al comercio de toda o parte de la energía generada, por su cuenta y riesgo.

El artículo 6º, de la Ley 9.074/95 establece que las usinas termoeléctricas destinadas a la producción independiente podrán ser objeto de concesión mediante licitación o autorización. La ley no indicó el criterio de adopción de uno o de otro instituto de derecho administrativo. Siendo su finalidad la prestación del servicio público, la producción independiente deberá ser objeto de concesión.

En el nuevo modelo sectorial eléctrico brasileño, según Geraldo Pereira Caldas, al productor independiente no se le considera un prestador de servicios públicos, ya que ofrece su producción en un mercado competitivo, con precios no regulados por el Poder Público, o sea, el PIE no se retribuye con tarifa, como los concesionarios que tengan generación. Los PIE´s gozan de las siguientes ventajas con respecto a las concesionarias.

a) Para la construcción y operación de usinas termoeléctricas (más de 5.000MW) el otorgamiento al PIE se hace por autorización, sin necesidad de licitación; en el caso de concesionaria, el mismo otorgamiento se haría por concesión;

b) Para la construcción y operación de usinas hidroeléctricas (más de 1000MWc) el otorgamiento al PIE es de concesión de uso de bien público; en el caso de la concesionaria, el mismo otorgamiento se haría por concesión.

La ley busca negar el carácter del PIE como prestador de servicio público, no obstante a la luz del artículo 21, X, "b", de la CF, nada lo distinga del concesionario, pues también vende energía eléctrica a los consumidores, compitiendo con la concesionaria cuya retribución está

regulada por tarifa, distintamente del PIE.

Sin embargo, la meta del nuevo modelo parece ser que, al final del proceso de transformación, prácticamente todos los agentes generadores se encuadren en las categorías de productores independientes y auto productores, dejando de haber, o siendo muy pequeña, la generación propia de las concesionarias de distribución.

d) **Fallos Judiciales sobre las Concesiones (de Carreteras)**

La aplicación del Código de Defensa del Consumidor a los servicios públicos concedidos por el Poder Judicial no resulta del acogimiento o reflexión sobre tesis desarrolladas sobre el tema.

Por motivos comprensibles, se nota que las resoluciones judiciales tienen como meta solucionar, de modo pragmático, demandas repetitivas a larga escala, que se refieren, sobre todo, a los servicios de telecomunicaciones y energía eléctrica, sin entrar en digresiones cuanto a la índole jurídica peculiar del régimen de concesión de servicios públicos.

En este entorno, las expresiones "usuario de servicios públicos" y "consumidor" se emplean como sinónimos, lo que también se constata en los Decretos nº 2.335/97 y 2.338/97, que reglamentan, respectivamente, atribuciones de ANATEL (Agencia Nacional de Telecomunicações) y ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica).

En efecto, a semejanza de lo que sucede con relación a las demás actividades, el criterio determinante de la aplicación del Código del Consumidor a la prestación de servicios públicos, concedidos o no, es, en la gran mayoría de los casos, la existencia de *retribución.*

Basado en tal criterio, el Poder Judicial se rehúsa a aplicar el CDC a los servicios públicos gratuitos, como salud y educación, porque la subvención general de dichos servicios por medio de impuestos no se encuadra en el concepto de retribución.

Sin embargo, al estar directamente relacionadas con el beneficio

específicamente gozado, *las tasas,* así como las *tarifas,* se encuadran en el concepto de retribución, de lo que deriva la aplicación del CDC (Código de Defensa del Consumidor) para los servicios por cuyo medio se remunera.

A pesar de este panorama, hay diversos fallos que derogan, de modo puntual, la aplicación de ciertas disposiciones del CDC en el caso de conflicto con reglas específicas referentes a las concesiones de servicio público.

Hay que destacar que, de todos modos, aunque se reconozca la prevalencia de la normativa específicamente aplicable a determinados aspectos de la prestación de los servicios públicos sobre disposiciones del CDC, dichas resoluciones no llegan a apartar la aplicación del CDC a los servicios públicos concedidos, restringiéndose, como se ha dicho, a reconocer incompatibilidades puntuales.

Las concesionarias deben ser responsabilizadas por las fallas en los servicios que prestan, incluso de modo objetivo con respecto a sus acciones comisivas, lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando haya daños como resultado de obras que se estén realizando en la pista, del transporte de personas en ambulancias bajo su responsabilidad, del remolque inadecuado de vehículos, entre otros.

La responsabilidad del proveedor por defecto del producto o servicio depende de la ocurrencia de una lesión al consumidor, que podrá reivindicar una indemnización por las pérdidas y daños sufridos; mientras que la responsabilidad por vicio del servicio independe de la ocurrencia efectiva de la lesión y otorga al consumidor otros derechos, además de la eventual indemnización.

El artículo 22 del CDC dispone apenas que el prestador del servicio público debe ser conminado a cumplir las obligaciones de suministrar servicios adecuados, eficientes, seguros y cuanto a los esenciales, de forma continua, y a reparar los daños causados. Se entiende que la Administración Pública y los terceros que prestan servicios públicos no están obligados a restituir el importe abonado o a rebajar el precio.

1. Las alianzas Público-Privadas

La expresión "*parceria público-privada"* [alianza público-privadas] identifica una forma especial de concesión de servicio público precedido de la ejecución de obra pública.

La idea principal continua siendo la sostenibilidad del emprendimiento, pero con la noción de que ciertas obras y servicios esenciales no serían auto suficientes si no contaran con una participación financiera del Poder Público, y que se suma a los recursos aportados por los particulares.

Las alianzas público-privadas sirven, exactamente, para hacer viables económicamente los servicios públicos esenciales pero de baja rentabilidad económica, o sea, en situaciones en que, sabidamente, no hay posibilidad de garantizar la sostenibilidad del servicio exclusivamente mediante el pago de tarifas por los usuarios.

No se trata de, incidentalmente o eventualmente, pagar un subsidio para compensar posibles diferencias ocasionales o episódicas. Se trata, eso sí, de estipular en el mismo momento de la celebración del contrato entre el particular y el Poder Público, que este pagará, necesariamente, al particular ejecutante, sea para completar el volumen de recursos requeridos por el emprendimiento, sea para retribuir, en todo o en parte, los servicios prestados.

Las alianzas público-privadas son relativamente recientes en Brasil, pero en Europa ya se utilizan hace tempo. Por este motivo hemos ido a buscar en la doctrina europea los siguientes apuntes sobre el Instituto:

"*Aqui chegados, importa sublinhar que as PPP, enquanto categoria prática do universo financeiro, não são novidades, encontrando as suas raízes na figura da concessão, que se expande de forma intensa no último quartel do século XIX, quando o esforço desenvolvimentista se deparou com a impossibilidade de encontrar meios públicos para a construção de infra-estruturas necessárias e o ideário liberal aconselhou o recurso a técnicas de "sedução" de capitais privados.*"Aquí llegados, es importante subrayar que las PPP, como categoría práctica del universo

financiero, no son novedades, y sus raíces se encuentran en la figura de la concesión, que se expande de manera intensa en el último cuartel del siglo XIX, cuando el esfuerzo desarrollista se deparó con la imposibilidad de encontrar medios públicos para la construcción de infraestructuras necesarias y el ideario liberal aconsejó el recurso a técnicas de "seducción" de capitales privados.

(..)

*Aquilo que, de facto, ocorreu foi um movimento que partiu da base do contrato de concessão, para modalidades de colaboração mais complexas em termos de distribuição de responsabilidade e de formas de contrapartida financeira do risco de longo prazo assumido pelo privado e que se reconduzem muitas vezes à noção de Project Finance.*Aquello que sucedió, de hecho, fue un movimiento que partió de la base del contrato de concesión, hacia modalidades de colaboración más complejas en términos de distribución de responsabilidad y de formas de contrapartida financiera del riesgo a largo plazo asumido por lo privado y que se reconducen muchas veces a la noción del *Project Finance.*

*O Project Finance poderá definir-se como uma modalidade de financiamento garantido pelas receitas, ativos e direitos de concessão de um projeto específico. Trata-se de uma estrutura de financiamento baseado na atratividade de um dado projeto, e não na análise de credito da entidade privada, como sucede no corporate finance. Na base da decisão de financiamento de um Project Finance está, então, a capacidade do projeto em gerar recursos que garantam o pagamento e remuneração do capital investido".*El *Project Finance* se puede definir como una modalidad de financiación garantizada por los ingresos, activos y derechos de concesión de un proyecto específico. específico. Se trata de una estructura de financiación basada en la atractividad de un dado proyecto, y no en el análisis de crédito de la entidad privada, como sucede en el *corporate finance.* En la base de la decisión de financiación de un *Project Finance* está, entonces, la capacidad del proyecto de generar recursos que garanticen el pago y retribución del

capital invertido".

(Eduardo Ferreira Paz e Marta Rebelo, "O Novo Regime Jurídico das PPP em Portugal", Revista de Direito Público da Economia, n. 4, 2003, B. Horizonte, Ed. Fórum, página 66-67).

Como se puede notar, no se trata de un retorno a la estatización, en el antiguo sistema del *Corporate Finance,* sino de la conjugación de recursos públicos y privados, de manera a evitar el endeudamiento público desmedido y continuar asegurando la sostenibilidad de cada emprendimiento[305]*.*

Tras exacerbados debates políticos, finalmente la Ley nº 11.079, de 30/12/2004, instituyó, en Brasil, las normas generales de la licitación y contratación de alianzas público-privadas en la Administración Pública, en todos los niveles de gobierno. Según lo que dispone su artículo 2º, la alianza público-privada es un contrato administrativo de concesión, en el cual la sostenibilidad se garantiza por medio de aportes del Poder Público, y puede presentarse bajo dos modalidades: concesión patrocinada y concesión administrativa. En la primera, el aliado público proporciona parte de los recursos financieros necesarios para las inversiones. En la segunda, el aliado público asume la condición de usuario directo o indirecto de los servicios.

No es el caso de procederse, en esta presentación, a un examen detallado de estas nuevas modalidades de concesión, siendo suficiente destacar que el punto más controvertido de esta nueva normativa está en lo que concierne a las garantías suministradas por el Poder Público, para asegurar la certeza y la regularidad de sus aportes contractualmente establecidos.

---

[305] Entre las principales ventajas del BOT (*project finance*) para la Administración Pública, cabe destacar: a) proporciona la minimización del impacto de inversiones en el presupuesto público; b) permite la modernización del emprendimiento, a través de avances tecnológicos traídos del sector privado; c) incentiva la inversión de capital extranjero y la introducción de tecnología de punta en países en desarrollo.

Como es público y notorio, el Poder Público es un deudor permanentemente incumplidor. Los acreedores del Poder Público son muy sacrificados, pues la única manera de compelerlo a pagar coercitivamente sus deudas es por medio de la expedición de los "precatorios judiciales" previstos en el artículo 100 de la CF. Pero también, como se sabe, en todos los niveles de gobierno se amontonan precatorios que no se pagan, como consecuencia perversa y actual de muchos años de irresponsabilidad fiscal.

En vista de que los precatorios judiciales, en verdad, no garantizan el cumplimiento efectivo de las obligaciones financieras asumidas por el Poder Público, la Ley 11.079/2004, en su artículo 8º, ha creado nuevos instrumentos de garantía, entre los cuales se destacan las garantías prestadas por un fondo garante o por una empresa estatal creada con esa finalidad. Se pretendía, con ello, retirar del patrimonio público o, más exactamente, del cuerpo central de la Administración Pública, una considerable masa de bienes y recursos, que quedaría fuera de los controles ordinarios de las limitaciones presupuestarias y que podría ser objeto de inmediata ejecución, en caso de incumplimiento obligaciones asumidas por el Poder Público en los contratos de alianzas público-privadas[306].

---

[306] Con el objetivo de potencializar la atracción de recursos privados, la Ley nº 11.079/04 procedió a la autorización de separar una porción del patrimonio de la Unión, constituyendo así un fondo especial, de índole privada, cuya función será responder por las obligaciones pecuniarias no cumplidas por el aliado público, volviendo estos créditos contra la Hacienda Pública especiales, puesto que no estarían sujetos al de precatorios. Y, según Carlos Ari Sundfeld: *"Trata-se de fim perfeitamente licito e de inegável interesse público. As garantias para os parceiros privados nessas concessões justificam-se plenamente pelo fato de estes adiantarem vultosos investimentos para a criação de infraestrutura pública, contraindo, para tanto, obrigações financeiras com terceiros, que devem ser honradas, confiando no adequado cumprimento da contrapartida da Administração Pública. Não se trata portanto de qualquer privilégio sem causa, mas de mecanismo normal a esse tipo de contrato, que não seria viável sem ele"*. (Parcerias Público Privadas, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, página 43). [Se trata de una finalidad perfectamente lícita y de innegable interés público. Las garantías de los aliados privados en estas concesiones se justifican plenamente por el hecho de que éstos adelanten voluminosas inversiones para la creación de infraestructura pública, contrayendo, para ello, obligaciones financieras con terceros que se deben honrar,

La constitucionalidad de este expediente ha sido contestada por algunos sectores de la doctrina y esta controversia únicamente podrá dirimirse cuando el Supremo Tribunal Federal se pronuncie sobre este asunto. Algunos Estados de la Federación brasileña, incluso antes de la Ley Federal, ya editaron normas generales sobre el asunto, como en el caso de Minas Gerais, Santa Catarina y São Paulo (Ley 11.688, de 19/05/2004).

2. Las Alianzas Público-Privadas en el saneamiento básico

La dificultad encontrada para subsidiar, mantener, ejecutar y ampliar la estructura necesaria para la prestación de actividades relacionadas con el saneamiento básico exige gran capacidad técnica y un capital intensivo. Ni siempre los Municipios pequeños disponen de dichos recursos financieros.

Las PPPs son, en este sentido, una buena alternativa para ofrecer dichos servicios con el capital privado. La Ley 11.455/2007 fijó las directrices nacionales del saneamiento básico en el País, fundada en principios como la universalización, eficiencia, capacidad de pago de los usuarios y calidad del servicio. Su propósito es enfrentar, en verdad, grandes retos en este sector, como el de extender a todos los servicios de abastecimiento de agua y recolección, con tratamiento de aguas servidas en regiones metropolitanas, incluso implementando normas específicas para su concesión (por ejemplo, subsidios directos, tarifarios o internos, según los términos del artículo 31).

Citemos algunos ejemplos de este servicio con PPPs. Tenemos el "Proyecto PPP en Saneamiento" del Estado de Espírito Santo, en la Región Metropolitana de la Grande Vitória, el Municipio de Rio Claro, en el Estado de São Paulo y el Municipio de São Carlos, también en el Estado de São Paulo.

---

confiando en el adecuado cumplimiento de la contrapartida de la Administración Pública. No se trata, por tanto, de cualquier privilegio sin causa, sino de un mecanismo normal en este tipo de contrato, que no sería viable sin él].

Son servicios que, en algunos casos, acoplan saneamiento básico (agua y aguas servidas), o basura y generación de energía por medio del reciclaje de la basura y la quema del gas metano generado por la basura orgánica, con procedimientos para obtener créditos de carbono con dicha quema.

Son contratos de 20 (veinte) años, prorrogables por 10 (diez) años más, con aprobación de los competentes Tribunales de Cuentas de los Estados involucrados.

Tenemos también el ejemplo de PPPs en el área ambiental y la creación de un fondo para reforestación anunciada por la empresa Vale do Rio Doce S/A, la cual contará con 40% junto con los fondos de Petrobrás de la Caixa Econômica Federal y el BNDES con 20% para cada aliado.

El objetivo es financiar el proyecto de reforestación creado por Vale Florestar en 2007 (una minera), acelerando su cronograma para fomentar la creación de alternativas económicas para la población de las regiones de florestas que no sea simplemente quemar la madera existente para hacer carbón, bien como disminuir el desforestación que contribuye para hacer del País el cuarto emisor mundial de gases de efecto invernadero.

Las inversiones iniciales de Vale Florestar S/A, sociedad de propósito específico que será constituida con la plantación de 450.000 hectáreas de árboles en Brasil hasta el año 2022 -300.000 hectáreas para la protección y recuperación de florestas nativas con árboles nobles y 150.000 para el plantío de eucalipto con fines comerciales- estimándose que el fondo de reforestación debe tener rendimiento real del 8 al 10% al año, en un plazo de 7 años.

3. Convenios y Consorcios Públicos

Cuando se habla de consorcios y convenios, como regla general se está haciendo referencia a la asociación de dos o más personas públicas, o entre estas y entidades privadas para la ejecución de tareas de interés común.

Sin embargo, es necesario distinguir de este conjunto los denominados "consorcios inmobiliarios" creados por el Estatuto de la Ciudad como una forma específica de dar cumplimiento a la obligación de edificar, impuesta al particular propietario, en la forma prevista en la CF.

En este pequeño estudio hablaremos de uno y de otro, comenzando por los consorcios y convenios en general, que son institutos tradicionales en el Derecho Público Brasileño y que han merecido de la doctrina la siguiente observación:

"Convenios y consorcios son ajustes celebrados por el Poder Público, aunque no contratos en el sentido más estricto del término. Ambos se caracterizan por la existencia de finalidad común entre los partícipes, o sea, el objeto del acuerdo se alcanza no por una relación sinalagmática de prestación y contraprestación, sino por la "realización de objetivos de interés común, mediante mutua colaboración".

La principal diferencia entre convenios y consorcios reside en el hecho de que mientras los convenios son ajustes entre entes jurídicos de índole diferente, por ejemplo, Unión y Estados, Unión y Municipios, Estado y particular, Municipio y órgano público estatal y así por delante, los consorcios son ajustes entre entes de la misma índole, como Municipio y Municipio, Estado y Estado.

Ya el punto de semejanza es que ninguna de las dos especies crea personalidad jurídica, al contrario de lo que sugiere el sentido común. Empero sea relativamente frecuente oír que "el consorcio contrató… "el convenio compró"… esto no es exacto desde el punto de vista jurídico. En las dos especies, los actos de administración y ejecución corresponden a uno de los partícipes o a una tercera persona jurídica, designada expresamente por ellos. Esta tercera persona jurídica puede ser la empresa pública municipal o estatal o federal, una autarquía federal o estatal o cualquier otro ejecutor y no se confunde con los partícipes ni con la figura del consorcio o convenio (Maria Paula Dallari Bucci, "Gestão Associada de serviços públicos, Estudos em homenagem ao Prof. Adilson Dallari, Ed. Del Rey, 204, página 556).

Dichos consorcios y convenios siempre han sido utilizados, desde hace mucho tiempo, en todos los niveles de gobierno, posibilitando la actuación conjunta y la suma de esfuerzos de entidades públicas y particulares. Nada impide que estas modalidades de actuación conjunta consensual continúen siendo utilizadas.

La Ley 9.433, de 01/03/2005, del Estado de Bahía, que da una nueva disciplina a todas las formas de licitaciones y contrataciones de la Administración Estatal, así dispone:

Art. 8º. *Para os fins desta Lei, considera-se*[Para los fines de esta Ley, se considera

(..)

XVII- *Convênio- ajuste celebrado sem objetivo de lucro, em regime de mútua cooperação, entre entidades públicas ou entre estas e entidades privadas de qualquer natureza, cuja verba repassada, se houver, permanece com a natureza de dinheiro público, com obrigatoriedade de prestação de contas, pela entidade recebedora, ao Tribunal de Contas correspondente;* [Convenio- ajuste celebrado sin objetivo de ganancia, en régimen de mutua cooperación entre entidades públicas o entre éstas y entidades privadas de cualquier índole, cuyo importe traspasado, si lo hubiere, permanece con la índole de dinero público, con la obligación de prestación de cuentas por la entidad que lo ha recibido, al Tribunal de Cuentas que corresponda];

(..)

Art. 170. *Constitui o convênio uma forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas, buscando a consecução de objetivos de interesse comum, por colaboração recíproca, distinguindo-se dos contratos pelos principais traços característicos:* [Constituye el convenio una forma de ajuste entre el Poder Público y entidades públicas o privadas, buscando la consecución de objetivos de interés común, por colaboración recíproca, distinguiéndose de los contratos por los principales trazos característicos:]

I. *Igualdade jurídica dos partícipes;* [Igualdad jurídica de los partícipes;]

II. *Não persecução da lucratividade*; [No búsqueda de la ganancia;]

III. *Possibilidade de denúncia unilateral por qualquer dos partícipes, na forma prevista no ajuste;* Posibilidad de denuncia unilateral por cualquiera de los partícipes, según la forma prevista en el ajuste;

Iç. *Diversificação da cooperação oferecida por cada partícipe;* [Diversificación de la cooperación ofrecida por cada partícipe;]

ç. *Responsabilidade dos partícipes limitada, exclusivamente, às obrigações contraídas durante o ajuste.* [Responsabilidad de los partícipes limitada, exclusivamente, a las obligaciones contraídas durante el ajuste.]

Sin embargo, la Enmienda Constitucional nº 19, de 04/06/1998, alteró el artículo 241 de la Constitución Federal, instituyendo nuevas formas de consorcios y convenios entre entidades públicas:

Art. 241. *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.* [La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios disciplinarán por medio de ley los consorcios públicos y los convenios de cooperación entre entes federados, autorizando la gestión asociada de servicios públicos, así como la transferencia total o parcial de cargas, servicios y bienes esenciales a la continuidad de los servicios transferidos.]

Con base en este artículo la Unión aprobó la Ley nº 11.107, de 06/04/2005, que dispone sobre normas generales de contratación de consorcios públicos, de manera obligatoria para la Unión, los Estados, el

Distrito Federal y los Municipios, cuando contraten consorcios públicos para la realización de objetivos de interés común.

La gran novedad es que el consorcio público instituido con base en esta ley siempre será dotado de personalidad jurídica, pudiendo ser o una asociación pública, con personalidad jurídica de derecho público, o una persona jurídica de derecho privado con fines no económicos.

Los consorcios, por fuerza de dicha Ley (art. 2º) podrán firmar convenios, contratos, promover desapropiaciones, ser contratados por la Administración Directa o indirecta, dispensada la licitación, otorgar concesiones, permisos o autorización de obras o servicios públicos, mediante autorización prevista en el contrato de consorcio público.

Ya existen consorcios entre Municipios y Estados para prestar servicios públicos, como por ejemplo de saneamiento básico y de interés común a una determinada región. El titular del servicio público o el consorcio puede delegar la concesión del servicio de saneamiento a empresas públicas o privadas, precedida de licitación, o firmar contrato de programa.

Por fin debe hacerse constar que el artículo 182, § 4º, establece que el Poder Público municipal, basado en el plano director y en el supuesto de inmuebles que no estén cumpliendo su función social, puede ordenar la división o la edificación forzosas. Esta obligación recae sobre el propietario del inmueble urbano no edificado, subutilizado o no utilizado.

En caso de que el propietario no tenga condiciones financieras para arcar con el cumplimiento de esta obligación, la ley tuvo el cuidado de abrir una posibilidad de que la finalidad por cuya razón la obligación fue constituida, sea alcanzada con la intervención de la municipalidad, por medio de la creación de un consorcio inmobiliario.

El artículo 46 del Estatuto de la Ciudad (Ley 10.257/2001), facultó al propietario solicitar la formación de un consorcio inmobiliario como forma de viabilizar financieramente el aprovechamiento del inmueble.

En este caso, el propietario traspasará al Poder Público municipal su inmueble y, después de la realización de las obras percibirá, como pago, unidades inmobiliarias debidamente urbanizadas o edificadas. El valor de las unidades inmobiliarias corresponderá al valor del inmueble antes de la ejecución de las obras.

A su vez, el Plan Director da Ciudad de São Paulo, por medio de la Ley 13.340, de 13/09/2002, en su artículo 246 disciplinó la utilización del consorcio inmobiliario, posibilitando la ejecución de obras por medio de concesión urbanística, y adicionalmente, ampliando la posibilidad de utilización del consorcio inmobiliario a otras situaciones más allá de aquellas mencionadas en el artículo 183 de la CF, para la realización de otras intervenciones urbanísticas contempladas en el mismo Plan Director.

Anexo 11: Concesiones 2011: ¿Punto de inflexión?. Sr. Clemente Pérez E.

Anexo 12: Estrategia Nacional Energía 2012-2030

Chile tiene una tremenda potencialidad del recurso hídrico a lo largo de su extensa geografía. Particularmente, desde la región del Maule hasta las cuencas que separan a Aysén de Magallanes. Según las proyecciones estimadas, el potencial hídrico a desarrollar en Chile, tanto en proyectos de represas como de pasada, superaría sin dificultad el orden de los 9.000 MW. Se trata de un recurso limpio y renovable, que no podemos obviar y que debe ser en el futuro, al igual que hoy en día, un componente fundamental de nuestra matriz eléctrica.

Nuestra firme convicción es que el componente hidroeléctrico de la matriz debe continuar creciendo sostenidamente en el tiempo y que la energía hidroeléctrica siga siendo, considerada en sí misma, la principal fuente de generación eléctrica de Chile en las próximas décadas.

Lo anterior debe ir necesariamente acompañado de medidas de mitigación y exigencias del más alto nivel para el desarrollo de los proyectos. La construcción de cualquier proyecto de generación eléctrica demanda hoy, más que antes, la consideración de variables medioambientales, sociales y económicas fundamentales. En concreto, creemos que para continuar desarrollando la energía hidroeléctrica se requiere, en primer término, no sólo la decisión de exigir el cumplimiento de la normativa medioambiental vigente, sino además, revisar los procesos de transparencia de la información y de trabajo con las comunidades locales, con el objeto de seguir avanzando en mejorar su participación.

Por las condiciones excepcionales de patrimonio ambiental y alto potencial turístico y económico que caracteriza la zona de Palena hacia el sur, es fundamental una especial consideración que atienda los impactos que la construcción y el funcionamiento de proyectos de generación hidroeléctrica puedan ocasionar. En este sentido, resulta necesario profundizar las medidas de mitigación que se han solicitado para el desarrollo de los proyectos, como también, una minimización del impacto que las líneas de transmisión causen al trasladar la energía a los grandes centros de consumo. Resulta importante que los distintos inversionistas y gestores de los proyectos que se desarrollen en la región sur austral chilena, consideren transmitir la energía mediante las más modernas tecnologías, incluyendo cables submarinos o subterráneos en la máxima extensión que las condiciones geográficas, sociales, técnicas y económicas lo permitan, minimizando así, el impacto ambiental y físico que el desarrollo de estos proyectos conlleva.

En esta línea, se desarrollará un plan especial para resguardar ampliamente la Patagonia chilena, permitiendo extender la protección y la exclusión de iniciativas de generación y transmisión en inmensas zonas de recursos de excepcional condición.

El desarrollo de la energía hidroeléctrica requiere, sin lugar a dudas, de una mayor coordinación y planificación en lo que a transmisión se refiere. Ello no sólo involucra decisiones sobre los grandes centros de generación eléctrica, sino también, soluciones concretas al atraso de los proyectos a menor escala que buscan conectarse a la red y que actualmente, lo hacen con mucha dificultad.

Para ello, dentro de las reformas al sistema de transmisión, generaremos las condiciones para suplir estas falencias y adoptaremos todas las medidas que nos permitan contar con un sistema más robusto, coordinado y coherente.

Las necesidades de mayores niveles de eficiencia energética (EE) nunca han sido tan evidentes como en la actualidad. Factores como los altos precios de la energía, la creciente preocupación por el medioambiente y la seguridad energética del país han contribuido a tomar conciencia de la necesidad de un mayor desarrollo de la EE.

Sin embargo, esa conciencia tiene que materializarse en actos concretos y la eficiencia energética debe incorporarse en el comportamiento cotidiano de todos los actores, tanto a nivel público como privado, y en este último caso, en los sectores residencial, comercial, minero, transporte e industrial.

La experiencia reciente ha demostrado que se han efectuado esfuerzos por desarrollar la eficiencia energética. Por una parte, el Programa País de Eficiencia Energética, que se desarrolló entre los años 2005 y 2010, fue el punto de partida para posicionar la EE como un tema de relevancia nacional. Por la otra, la reciente creación de la Agencia Chilena de Eficiencia Energética, vino a reforzar el compromiso público-privado en esta materia. No obstante, el desafío de posicionar a la eficiencia energética como uno de los ejes centrales de esta estrategia, requiere de una institucionalidad de vanguardia, con un mayor compromiso público, acorde con los nuevos retos.

Los informes técnicos y principales actores coinciden en un punto fundamental: la eficiencia energética debe convertirse en un pilar activo de la estrategia país para enfrentar la creciente demanda de energía y sólo mediante el compromiso efectivo del Gobierno en su implementación, será posible contribuir a su desarrollo.

Por ello, la estrategia energética del Gobierno no puede limitarse sólo a enfrentar los desafíos de la generación tradicional ni a promover exclusivamente el desarrollo de las energías nuevas. Es esencial que incorpore decididamente, como un principio fundamental, el uso eficiente de la energía, lo que permitirá orientarnos a desacoplar el crecimiento económico del aumento de la demanda en el consumo.

Para lograr este objetivo, creemos fundamental fijar una meta concreta de eficiencia energética que ordene todas las medidas disponibles para su consecución. Conforme a los estudios realizados y a un adecuado resguardo de la productividad, nuestra propuesta es que en el año 2020 podamos alcanzar una disminución del 12% en la demanda de energía final proyectada hacia ese año.

Para ello, estimamos de la mayor necesidad la adopción de las siguientes medidas:

El país presenta un potencial significativo de recursos renovables, que pueden ser aprovechados en generación de electricidad, calor y producción de biocombustibles. Sin embargo, a la fecha, el desarrollo de las ERNC no ha avanzado lo suficiente pues sólo alrededor de un 3% de la producción de energía eléctrica se compone de ERNC. En este sentido, diversos proyectos de inversión asociados a este tipo de tecnologías, a pesar de estar aprobados por el SEIA, no se han materializado por diversas razones.

En efecto, el desarrollo de las ERNC en Chile enfrenta una serie de dificultades que han impedido u obstaculizado la materialización de este tipo de proyectos de manera masiva. Entre las barreras u obstáculos más comunes, destaca el alto costo que implica la inversión inicial, las limitadas posibilidades de financiamiento, dificultades en el acceso y conexión a líneas de transmisión y en la suscripción de contratos de largo plazo.

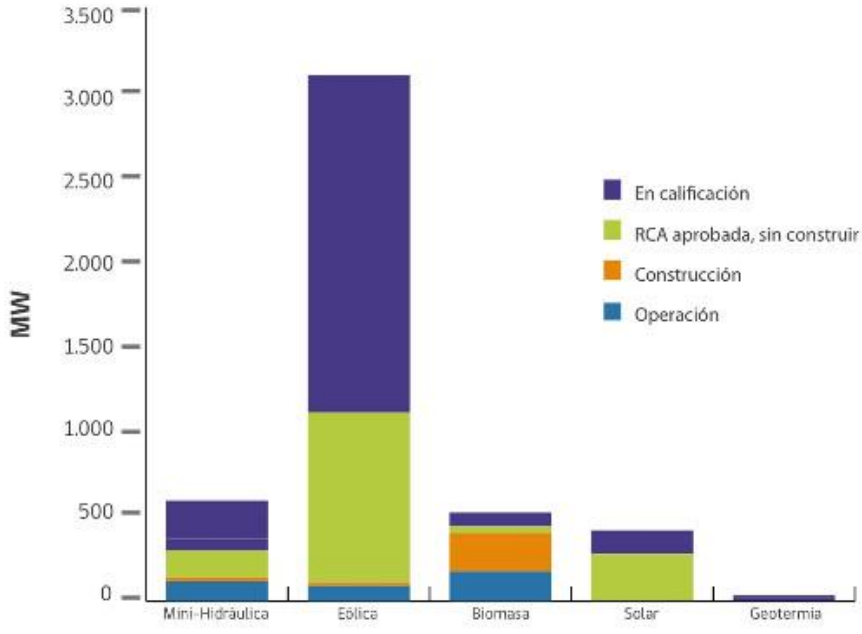
En conclusión, la utilización de ERNC presenta desafíos económicos y técnicos que deben ser abordados, sin más dilación, para permitir una transición exitosa de la matriz hacia el uso más intensivo de estas energías.

En este contexto, a través de una serie de medidas, aspiramos como Gobierno a acelerar la incorporación de las ERNC a nuestra matriz de manera que éstas puedan alcanzar un mayor porcentaje de representación en la misma.

Sin embargo, debemos tener presente que el proceso de integración de estas energías debe diseñarse en forma seria y responsable, midiendo adecuadamente los efectos que dicha incorporación genera. Por ello, esta aspiración debe tener un correlato en fundamentos y proyecciones técnicas y no debe descuidar objetivos paralelos muy relevantes, como lo son, entre otros, el contar con energía accesible, segura y económica, a través de proyectos y tecnologías competitivas.

En este sentido, es preciso considerar a su vez otras variables tales como el no sobre exigir en demasía el plan de inversiones en generación y, consecuentemente, el de transmisión; y analizar los eventuales sobrecostos de inversión, operación y desarrollo del sistema.

Para lograr esta aspiración, proponemos en la ENE las siguientes medidas.



Fuente: Centro de Energías Renovables, noviembre 2011

sistema a largo plazo; el acceso y equidad para todos los chilenos; la visión de las regiones; la promoción de un mercado con mayores grados de competencia y menores precios; la seguridad e independencia energética nacional; la eficiencia y compromiso social; la protección medioambiental; los espacios de integración internacional y la innovación tecnológica, entre otros.

En este documento, junto con presentar las características fundamentales de cada pilar, incorporamos desde ya algunas de las medidas legales, reglamentarias y administrativas, así como ciertas iniciativas público-privadas, necesarias para su implementación.

Implementación de la Estrategia

El presente documento tiene por objeto expresar la visión del Gobierno en materia eléctrica y plantear los desafíos que serán abordados, en lo inmediato, por esta Administración. Asimismo, resume lo que a nuestro juicio deben ser las prioridades para el sector y los lineamientos y soluciones concretas que se deberán adoptar para enfrentar el crecimiento sostenido de la demanda de energía y brindar la seguridad y solidez que nuestro sistema requiere.

Las medidas que a partir de esta estrategia sea necesario implementar serán trabajadas con diversos actores a nivel nacional y regional. Todas aquellas acciones, proyectos, reglamentos y políticas públicas que se adopten a partir de este documento serán compartidos con transparencia y oportunidad con la ciudadanía, en diversas instancias de participación a nivel local y también nacional, de manera tal, que los distintos actores sociales puedan conocer los supuestos, fundamentos y antecedentes técnicos subyacentes a las mismas. Valoramos decididamente el aporte que la ciudadanía y distintos estamentos técnicos (como organizaciones académicas, centros de investigación, asociaciones de consumidores, asociaciones empresariales y organismos públicos, entre otros) pueden efectuar en las materias que alude el presente documento, puesto que estamos conscientes de la extraordinaria valoración que la sociedad les ha otorgado a los distintos aspectos de la política pública energética. Sabemos también que para lograr lo anterior, tenemos el deber de cumplir con los debidos estándares de transparencia y así proveer la información necesaria que permita mantener diálogos abiertos y documentados.

Este documento constituye una carta de navegación para los próximos años en la materia y ha sido construido a partir de las valiosas propuestas que nuestro Gobierno ha recibido de los grupos intermedios, de los consejos asesores, comisiones y de otros segmentos de la sociedad y de la ciudadanía. Sin embargo, sabemos que este esfuerzo no puede ser aislado. Chile requiere de una institucionalidad de largo plazo que periódicamente, se haga cargo de revisar, estudiar y establecer los objetivos de matriz energética para nuestro país y que incorpore criterios técnicos, económicos y sociales. Esta instancia debe involucrar a expertos, organizaciones afines, participación ciudadana y la orientación de las autoridades. En efecto, hemos constatado la necesidad de delinear los pilares de la política energética con visión de país y en el largo plazo, pero sabemos también, que este proceso requerirá de revisiones y evaluaciones permanentes para estar abiertos a incorporar los cambios y nuevos desafíos o necesidades que puedan plantearse en el futuro.

Tenemos la firme convicción que sólo de esa manera se construye una matriz que pretende recoger las principales inquietudes de la ciudadanía y los fundamentos técnicos, económicos y políticos que deberán acompañarla. Ello permitirá dotar a la matriz energética de legitimidad y validar la visión de política del respectivo Gobierno.

Chile fue pionero en la liberalización del mercado eléctrico a nivel mundial, siendo el primer país del mundo en privatizar el sector eléctrico, lo que permitió que se multiplicara cuatro veces la capacidad instalada en el SIC y seis veces en el SING en los últimos veinte años. De esta manera se ha creado un mercado que ha logrado abastecer la demanda máxima del sistema eléctrico, aun cuando no está exento de dificultades, como ya se ha señalado anteriormente en este documento.

Sin embargo, como hemos mencionado, se observan una serie de debilidades que deben ser enfrentadas en la actualidad para contar con un mercado eléctrico con mayores grados de competencia, seguridad y confiabilidad. A lo largo de este documento, se describen una serie de medidas cuyo objeto, más allá de cumplir con los propósitos específicos del pilar en que se enmarcan, son transversales en el afán de introducir, en el mediano y largo plazo, más competencia en el sector. Tenemos la convicción que el marco regulatorio debe fomentar y facilitar la entrada de nuevos actores al sistema, con la consecuente diversificación de los participantes, avanzando hacia un mercado eléctrico más competitivo y eficiente, donde el operador de mercado tenga independencia en sus decisiones, las cuales afectan tanto la seguridad de suministro, como a los niveles de competencia y transparencia del mercado eléctrico.

A su vez, es imprescindible perfeccionar los mecanismos de licitaciones para clientes regulados ya que, por una parte, el actual mecanismo no está transfiriendo al cliente final señales eficientes de largo plazo y, por la otra y al contrario de lo que se esperaba, este mecanismo no ha logrado un ingreso importante de nuevos actores al mercado. La existencia de contratos de distribuidoras de electricidad afectadas por la quiebra de un generador y su impacto en el mercado, es un hecho que ratifica la necesidad de modificar el rumbo en esta materia.

Es así como resulta natural adecuar las condiciones tarifarias de los consumidores finales de energía eléctrica, en un escenario donde la tecnología ha evolucionado lo suficiente como para que los clientes tengan la flexibilidad de disponer de diversas alternativas para abastecer sus requerimientos eléctricos bajo la perspectiva económica y técnica.

Cambios Normativos en Transmisión Adicional, Troncal y Subtransmisión

Estos cambios normativos son relevantes para dar coherencia al marco regulatorio de los sistemas de trasmisión, en el nuevo enfoque de carretera eléctrica pública. Además, son necesarios para la conexión de proyectos de generación al sistema eléctrico y, por lo tanto, de nuestra meta de precios de generación competitivos vía eliminación de barreras. Además, son necesarios para dar al nuevo enfoque de carretera eléctrica pública para las instalaciones de transmisión, y un marco regulatorio.

En transmisión troncal, el cambio normativo va de la mano con el nuevo concepto de carretera eléctrica pública, donde se deberán revisar los esquemas de asignación de pagos de las instalaciones, y los objetivos y estructura de los estudios de transmisión troncal.

En materia de transmisión adicional, se definirán aspectos tales como las condiciones para la existencia de acceso abierto de terceros a las líneas de transmisión bajo esta clasificación, además, de las condiciones mínimas de valorización de activos para dicho acceso abierto y el esquema de remuneración respectivo.

Finalmente, en subtransmisión, se trabajará en perfeccionar la facilitación de la conexión a dichas redes, la seguridad y el desarrollo de largo plazo de dichas instalaciones.

Facilitación de la Conexión para Pequeños Medios de Generación y Redes Inteligentes

Perfeccionaremos la actual regulación de conexión de pequeños medios de generación, con el objetivo de facilitar la conexión de sus proyectos. Se mejorarán los mecanismos de transparencia de la información de parte de las empresas distribuidoras y de los costos asociados a esta información, incorporando procesos donde la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) tenga mayor participación y supervisión. Se crearán guías informativas para los inversionistas interesados en conectarse a nivel de distribución. Se modificarán los procedimientos de determinación de costos y beneficios para la red de distribución, resultado de la conexión de un pequeño medio de generación.

Se avanzará en la implementación del más amplio concepto de redes inteligentes para contribuir, entre otras cosas, a la introducción de la generación distribuida. Para esto, se analizará su viabilidad técnica y económica, tomando en cuenta los desarrollos, las implementaciones y experiencia local e internacional en proyectos pilotos, y sobre todo tratando de valorizar las ventajas de implementar este desarrollo tecnológico en el mercado chileno (permitiendo tanto un beneficio social como privado).

I.
Crecimiento con Eficiencia Energética
Una Política de Estado

Nuestro Gobierno ha establecido que no tomará decisiones en materia de utilización de energía nuclear para la generación de electricidad. Sin embargo, responsablemente entendemos que es necesario continuar con los estudios y los intercambios técnicos con los países desarrollados, que permitan a los Gobiernos venideros, estar en condiciones de adoptar definiciones en esta materia, con la participación y adecuado conocimiento por parte de la comunidad.

Con miras a orientar la matriz eléctrica del SIC y del SING en la forma ya descrita, sin olvidar las particularidades de nuestros sistemas medianos en Aysén y Magallanes, y con la convicción de que debemos hacernos cargo de las debilidades y fragilidades actuales, esta Estrategia Nacional de Energía, que en esta oportunidad analiza lo pertinente a la energía eléctrica se basa en los pilares fundamentales que pasamos a enunciar.

Primero, adoptar un compromiso decidido con la eficiencia energética e impulsarla como una política pública de suma importancia en la búsqueda de una reducción del consumo y de desacople entre crecimiento y demanda energética.

Segundo, ratificar la necesidad de incorporar crecientemente las energías renovables no convencionales en la matriz eléctrica chilena.

Tercero, potenciar de manera clara y decidida las energías renovables tradicionales. Para ello, nuestro país debe aprovechar sus ventajas comparativas, disminuyendo su dependencia externa y limitando la expansión de emisiones de gases efecto invernadero.

Cuarto, fortalecer el diseño, la solidez e impulsar el desarrollo de nuestro sistema de transmisión.

Quinto, abordar los diversos desafíos que presentan el mercado y la distribución eléctrica.

Sexto, promover un avance sostenido en el desarrollo de las interconexiones internacionales.

El diseño de cada uno de estos pilares está inspirado en principios fundamentales tales como la confiabilidad del

¿Qué Energía Queremos?

Un Desafío Sustentable

Resulta indudable que nuestro país requiere más energía, pero no de cualquier tipo. Nuestro Gobierno, desde el primer día, se ha comprometido con un mensaje fundamental, cual es que Chile desarrolle energías que permitan llevar al país a un desarrollo económico sustentable, con los adecuados resguardos en materia de salud y protección del medioambiente. Una muestra clara de lo anterior, entre otras medidas, son las normas de emisión para centrales termoeléctricas dictada en 2011 por nuestro Gobierno y que situaron al país en niveles similares de exigencia que los aplicados en la Unión Europea.

De esta manera, nuestro primer compromiso es para con el desarrollo de energías limpias, renovables, las que además se encuentran en nuestro país en abundancia. En efecto, el recurso hídrico es un componente fundamental de nuestra matriz eléctrica, representando, el año 2011, cerca del 35% de la producción de energía eléctrica, por lo que fomentaremos decididamente su desarrollo dado el enorme potencial que este recurso nos ofrece.

Otro tanto, ocurre con las energías renovables no convencionales (ERNC). El desarrollo de este tipo de proyectos depende de las características propias de cada una de las tecnologías disponibles y de las diversas barreras que ellas enfrentan. Por ello, nuestro desafío será impulsar sostenidamente su desarrollo, considerando el grado de maduración de los proyectos, el que se verá incrementado en los próximos años.

No obstante el compromiso que asumimos en esta materia, tenemos conciencia que no podemos prescindir de los combustibles fósiles como fuentes de generación energética. Se trata de una fuente relevante para la seguridad del suministro, toda vez que cuenta con un alto factor de planta y con costos medios competitivos con respecto a las otras tecnologías. Sin embargo, nuestro deber es profundizar la regulación del uso de este tipo de combustibles exigiendo los mayores estándares de cumplimiento medioambiental.

En definitiva, se trata de crecer y alcanzar el desarrollo, en el marco de un compromiso total con la protección del medioambiente, considerando que ninguna alternativa energética, a excepción de las relativas a eficiencia energética, tiene un efecto ambiental nulo. Requerimos, en consecuencia, de un abastecimiento energético cuyas fuentes sean limpias, seguras y económicamente eficientes, incorporando los menores costos posibles con miras al crecimiento de los distintos sectores productivos.

El Papel de los Combustibles Fósiles en una Matriz más Limpia

La decisión de este Gobierno de ratificar la importancia de la generación hidroeléctrica para el país y concebirlo como un sector clave en el desarrollo de nuestra matriz eléctrica, junto con el fomento a las ERNC, va de la mano del objetivo de contar con una matriz más limpia y autónoma, menos dependiente de combustibles fósiles importados. Chile debe aprovechar sus ventajas comparativas y priorizar el desarrollo eléctrico, tanto en energías renovables tradicionales, como el agua, como en energías renovables no convencionales, como la geotermia, el sol y el viento.

Sin embargo, nuestra proyección de matriz futura no puede prescindir, entre otros combustibles fósiles, del carbón. Este último proporciona estabilidad tanto técnica como económica a nuestro sistema eléctrico, lo que permite mantener una certidumbre indispensable para el adecuado desarrollo de la matriz eléctrica. En efecto, la generación eléctrica en base a carbón nos ha acompañado durante gran parte de nuestra historia y lo seguirá haciendo en las próximas décadas. En los últimos cinco años fueron aprobados numerosos proyectos de generación en base a carbón, que hoy se encuentran en operación o en etapa de construcción. Adicionalmente, diversos proyectos están en cartera para los próximos años, los que resultan necesarios para asegurar una oferta adecuada respecto de la demanda proyectada en lo inmediato, junto con un aporte relevante a la seguridad de suministro y competencia del mercado.

Los proyectos ya referidos deberán cumplir, en todo caso, con los más altos estándares y exigencias medioambientales.

Sin perjuicio de los avances en materia de la regulación ambiental aplicable a estos proyectos, tales como las normas de emisión para centrales termoeléctricas dictada en 2011 por nuestro Gobierno, y del progreso de las tecnologías, es indispensable profundizar nuestra acción en la contención de las emisiones de CO_2 y en esfuerzos que permitan mitigar la influencia de la economía global en el precio de la energía nacional.

En paralelo, es importante avanzar, en el mediano y largo plazo, hacia la validación técnica y económica de tecnologías de captura y almacenamiento del CO_2, como también, a introducir tecnologías de gasificación del carbón para su utilización en centrales de ciclo combinado, con miras a permitir una utilización más eficiente y sustentable del carbón en la matriz eléctrica chilena.

Reconociendo la existencia de las tecnologías termoeléctricas en la producción de energía eléctrica de nuestro país, resulta imprescindible concretar plataformas de información territorial, con el objeto de definir zonas de exclusión de instalación de centrales termoeléctricas y zonas de desarrollo de las mismas, y así asegurar, por una parte, el resguardo adecuado del medioambiente y las zonas de interés turístico, social o económico y, por la otra, permitir a los inversionistas la tramitación de permisos para proyectos que cumplan con la normativa respectiva, con un mayor grado de certeza jurídica. Para ello, trabajaremos en conjunto con el Ministerio de Medioambiente y de Bienes Nacionales.

La infraestructura de transmisión eléctrica es fundamental en el desarrollo energético, tanto para la confiabilidad del suministro eléctrico como para la competencia y acceso a las diversas fuentes de generación. Hoy en día, la transmisión eléctrica presenta significativos niveles de fragilidad y enfrenta serias dificultades para la concreción de los proyectos del rubro, afectando potencialmente todo nuestro sistema. Ello ha traído aparejado un retraso considerable en la materialización de importantes proyectos de transmisión, lo que impone un escenario complejo tanto para inversionistas en generación como para la seguridad global del sistema eléctrico del país.

Por otra parte, el acceso a las redes eléctricas para pequeños generadores y, en particular, para aquellos de fuentes renovables alejados de las principales líneas de transmisión o interesados en conectarse a las redes de distribución, resulta difícil y limitado en un escenario donde su contribución a la oferta de generación es cada vez más requerida.

Por ello, es imprescindible tener una visión de largo plazo, que considere el conjunto de las redes eléctricas que el país necesita, tanto en su dimensión longitudinal como transversal, con las holguras adecuadas que den certidumbre a los diferentes proyectos y que permitan la conexión de la generación en base a ERNC.

Bajo esta perspectiva, el Gobierno considera fundamental crear un nuevo esquema más seguro y robusto para el desarrollo de las redes eléctricas, que facilite el acceso a todos los inversionistas de proyectos de generación, potenciando aquellas iniciativas de fuentes energéticas renovables.

En este marco, el Estado tendrá un rol clave en la planificación de los sistemas de transmisión, en el dimensionamiento de las redes y su definición territorial, en la creación de franjas fiscales, y en el perfeccionando de la legislación de concesiones y servidumbres de paso.

Es indispensable entonces, perfeccionar nuestra normativa vigente en materia de transmisión troncal, subtransmisión y transmisión adicional, con el objetivo de lograr la coherencia regulatoria necesaria para cumplir con este nuevo enfoque en transmisión.

En ese nuevo diseño, los estudios sobre la conveniencia de interconectar el SIC y el SING, que estamos emprendiendo, resultan de gran relevancia, con miras a aumentar la seguridad del sistema y contar con una mejor utilización de los recursos energéticos. Nuestro Gobierno analiza con especial interés esta posibilidad dado las probables ventajas económicas e institucionales que ello puede conllevar para el sector.

IV.

Nuevo Enfoque en Transmisión

Hacia una Carretera Eléctrica Pública

La experiencia que Chile ha tenido en materia de integración energética internacional es limitada. Las razones de ello son numerosas, y la fallida experiencia de integración gasífera con Argentina obviamente no contribuyó en esta materia. Con todo, es necesario comprender los enormes beneficios que supone la integración eléctrica, como lo han demostrado numerosos casos en la región y en el mundo.

En el mediano y largo plazo, la integración eléctrica regional, además de contribuir a una mayor seguridad de suministro, permite la diversificación de la matriz energética, aumentando la competencia del mercado eléctrico, junto con una disminución de costos, la utilización plena de la infraestructura y menores emisiones de contaminantes locales y de gases efecto invernadero.

Existen diversas posibilidades y puntos posibles de interconexión que hoy se analizan internacionalmente. Las alternativas que debemos responsablemente estudiar son, entre otras, el Acuerdo de Integración Profunda que nuestro país apoya decididamente; los esfuerzos de Colombia para la construcción de líneas hacia Centroamérica y hacia el Cono sur continental; consolidar una mayor conexión entre Chile y Argentina en diversos puntos de nuestra frontera y continuar profundizando nuestros vínculos con Perú, Bolivia y Ecuador.

En el mediano plazo, Chile aspira a desarrollar con otros países de la región, una infraestructura de interconexión que recoja beneficios para todas las partes involucradas. Para ello, se deben diseñar reglas de operación y mecanismos de intercambio de energía eléctrica conjunto, además del establecimiento de un marco de derechos y responsabilidades para promover las inversiones en enlaces de transmisión internacional.

Creemos que la interconexión eléctrica regional se dará en el marco del respeto y observancia de una institucionalidad jurídica conjunta y la existencia de beneficios para todos los participantes. Así, podemos aspirar a que en el largo plazo, desarrollemos una integración sistémica, donde los agentes establezcan libremente contratos de energía, fomentando una operación conjunta confiable y mejorando las condiciones para los consumidores de energía eléctrica en los países de la región.

Plan de Acción de Eficiencia Energética 2012-2020 (PAEE20)

El Plan de Acción de Eficiencia Energética pretende constituirse en una guía para el sector público y privado de manera que se puedan emprender las acciones necesarias para materializar el importante potencial de EE identificado para esta y la próxima década.

Como se indicó, el PAEE20 tiene como meta alcanzar un 12% de reducción de la demanda energética proyectada en el año 2020. Ello nos permitiría lograr una disminución estimada por sobre las 41.500 Tcal (Teracalorías) en el año 2020, lo que representa 1.122 MW de potencia eléctrica desplazada y 4.150.000 Tep (Toneladas Equivalentes de Petróleo) no consumidas, con los consiguientes beneficios económicos para el país. La consecución de esta meta permitirá generar beneficios adicionales tales como la generación de empleos, mayores niveles de producción de la industria, menores emisiones de CO_2, entre otros.

Las medidas del PAEE20 persiguen incorporar elementos de eficiencia energética en los distintos sectores productivos. En el sector edificación, incluyendo la vivienda social, se buscará mejorar la calidad energética de la envolvente en edificaciones construidas sin criterios de EE, realizar su diseño con altos estándares de EE, llevar a cabo la oferta de productos y servicios de construcción con criterios de eficiencia, etc.

Para el sector de la industria y minería, el PAEE20 incentivará la adopción de medidas de eficiencia energética a través del fomento e implementación de sistemas de gestión de energía, promoción de la cogeneración, incorporación de tecnologías eficientes y la asistencia técnica a proyectos.

En el sector transporte, se recolectarán y sistematizarán los datos sobre el uso de la energía, incentivando mayor eficiencia en el transporte de pasajeros y de carga, y promoviendo un sistema de etiquetado de vehículos y de fijación de estándares mínimos de EE para éstos.

En materia de artefactos, se fomentará la demanda de aquellos modernos, de bajo consumo energético, a través del establecimiento de los estándares mínimos de eficiencia aplicables e incentivos al recambio de artefactos antiguos por aquellos de mejor desempeño energético.

Sello de Eficiencia Energética

Se creará un sello de Eficiencia Energética que buscará identificar y premiar a las empresas líderes en el desarrollo de la EE a nivel nacional. Esto les permitirá reducir sus costos energéticos, aumentar su competitividad y reducir sus emisiones.

Buscamos convertir a este sello en la marca registrada de las empresas eficientes. La obtención y categoría del sello estará en función de parámetros como la implementación de sistemas de gestión de energía, cantidad y tipo de proyectos desarrollados y la reducción proporcional en el consumo de energía. Este sello abarcará distintas categorías en función del sector productivo en que se encuentre la empresa.

Una mirada de largo plazo también requiere que avancemos en generar las condiciones para contar con una matriz cada vez más limpia, diversificada y segura, con un mayor número de actores en los segmentos en que ello es posible, y con redes que cuenten con la suficiente holgura y robustez. Se hace imprescindible entonces, contar con una estrategia nacional que considere de forma integral cada uno de los elementos necesarios para lograr una matriz eléctrica segura, limpia y económica, de largo plazo, y ese es el compromiso que asumimos al elaborar esta Estrategia Nacional de Energía ENE.

La ENE tiene como finalidad adoptar una posición clara respecto del desarrollo futuro de nuestra matriz de energía, junto con delinear las principales orientaciones y medidas que adoptaremos para su materialización. La ENE que hoy presentamos se enfoca primeramente en el desarrollo de nuestra matriz de energía eléctrica, estableciendo los principales lineamientos de la política pública de nuestro Gobierno en la materia. Se trata de generar un compromiso del Estado en la definición y en el devenir del desarrollo eléctrico en Chile, considerando instancias de participación ciudadana, equilibrio entre crecimiento nacional y regional, y el debido resguardo del medioambiente.

Actualmente, nuestra matriz de energía eléctrica, considerando tanto el SIC como el SING, está compuesta en un 3% de participación de ERNC, 34% de hidroelectricidad y 63% de generación térmica. Nuestro objetivo, respecto de esta composición hacia el futuro, es acelerar la incorporación de ERNC en la composición de esta matriz y potenciar el desarrollo de la hidroelectricidad.

La ley 20.257 de fomento a las Energías Renovables No Convencionales establece una meta de un 10% de ERNC al 2024 (en los marcos nominales comprendidos por esa regulación jurídica). Para nuestro Gobierno este objetivo es insuficiente. Por ello, perfeccionaremos la legislación actual; avanzaremos en el diseño e implementación de mecanismos de promoción alternativos, al igual que en la construcción de Proyectos Piloto. Con las medidas que se definen en esta estrategia buscamos más que duplicar en la próxima década esa participación de las ERNC en nuestra matriz.

Por su parte, aspiramos a que la hidroelectricidad tradicional alcance una participación del orden de 45 a 48% en igual período, completando la diferencia con generación termoeléctrica.

Desarrollo del Sector Eléctrico

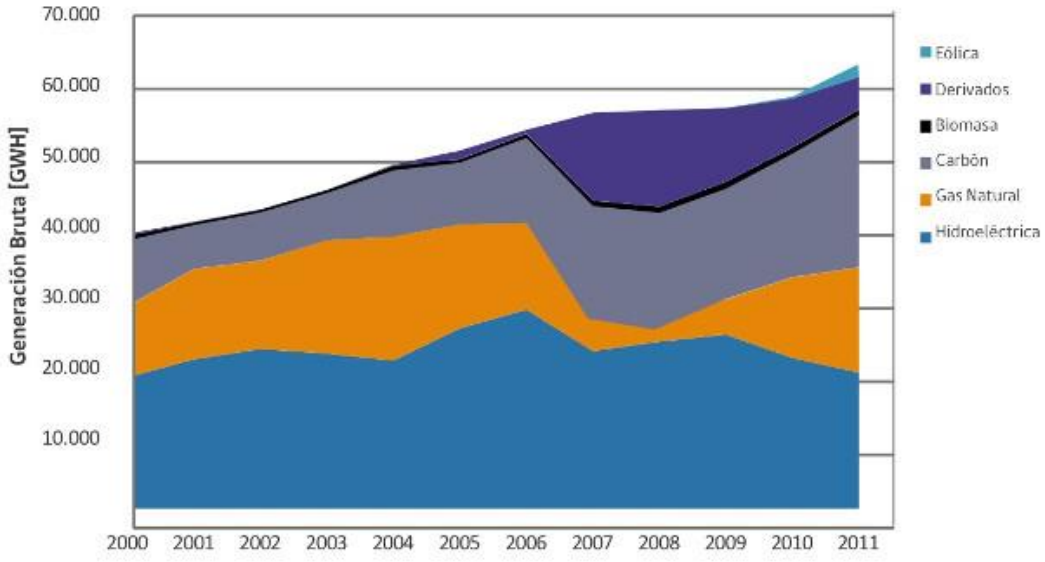
Necesidad de una Visión de Largo Plazo

El sector eléctrico chileno fue pionero en el mundo en establecer condiciones de competencia en la generación y comercialización de energía eléctrica, manteniendo los segmentos de transmisión y distribución bajo un esquema de regulación económica. Junto con lo anterior, la inversión privada en los activos de generación, transmisión y distribución, llevaron a una expansión relevante en la capacidad de cada uno de nuestros sistemas eléctricos, satisfaciendo así la demanda máxima de electricidad exigida por los usuarios del país.

Sin embargo, el marco regulatorio del sector ha evidenciado importantes debilidades las que se han hecho patentes cuando deben enfrentarse situaciones coyunturales, tales como la severa sequía que llevó al país a racionamientos de suministro eléctrico afines de la década de los 90, las imprevistas restricciones en el suministro de gas natural argentino desde el año 2004 y la menor hidrología que nos ha afectado en años recientes. Frente a tales eventos, nuestro país ha sufrido una transición de reemplazo de generación hacia centrales principalmente operadas en base a carbón y diésel. Ello ha llevado a que nuestra matriz eléctrica presente una participación creciente del carbón. Ésta fue la respuesta del sector a la compleja situación energética que se presentó en nuestro país en la última década, pero no respondió a una planificación o estrategia de largo plazo.

En la misma línea, la dependencia temporal de nuestra matriz a determinadas fuentes de suministro, en particular al gas argentino, también llevó a que la planificación y el desarrollo de la infraestructura de transmisión de energía eléctrica no considerasen lineamientos de largo plazo y la expansión de otras fuentes de generación.

Generación SIC+SING 2000–2011



Fuente: Ministerio de Energía, CDEC-SIC y CDEC-SING.

II.

Despegue de las Energías Renovables No Convencionales

Un Desafío Pendiente

Mecanismo de Licitación para incentivar el Desarrollo de ERNC

Para dar un mayor impulso al desarrollo de las ERNC, perfeccionaremos la legislación actualmente vigente.

En forma paralela al esquema que contempla la ley en la materia, y con el objeto de atraer inversionistas interesados en desarrollar proyectos ERNC, se llevarán a cabo licitaciones abiertas por bloques de ERNC, en la que los generadores que participen de las mismas podrán adjudicarse un subsidio del Estado, que mejore sus condiciones de venta de energía, definido de acuerdo a las ofertas presentadas. Esto permitirá disminuir los riesgos a los que están hoy expuestos estos proyectos. Con esta medida apoyaremos decididamente aquellas nuevas tecnologías que aún no pueden desarrollarse por falta de competitividad. Este mecanismo complementará la actual legislación en la materia.

Plataforma Geo referenciada – Potencial Económico para Proyectos de ERNC

Se consolidarán e implementarán herramientas de información actualizada y de carácter público que servirán para orientar y facilitar las decisiones de inversión privada en proyectos de ERNC. Se creará una plataforma geo referenciada que reunirá información dinámica para la evaluación de la viabilidad de un proyecto de ERNC, a saber, una cartera de proyectos de ERNC; el catastro de potencial del recurso y de terrenos del Estado disponibles para el desarrollo de estos proyectos; las demandas energéticas a nivel industrial; comercial y residencial; información de infraestructura vial y eléctrica; zonas de protección ambiental e información disponible sobre planificación territorial de modo de identificar la disponibilidad de terrenos compatibles con otros usos productivos. Esta plataforma estará integrada con aquellas de otros organismos del Estado, con competencias para administrar territorios nacionales, como las del Ministerio de Bienes Nacionales y aquellas disponibles en el SEIA con el fin de poder brindar certidumbre acerca de la viabilidad de desarrollo de los proyectos de ERNC y fortalecer el aprovechamiento de los terrenos fiscales para el desarrollo energético.

Estándares Mínimos de Eficiencia Energética (MEPS)

Estableceremos Estándares Mínimos de Eficiencia Energética (MEPS en su sigla en inglés) con los que deberán cumplir los productos, equipos, artefactos y materiales, entre otros, que utilicen cualquier tipo de recurso energético, para su comercialización en el país. Esta medida permitirá limitar la máxima cantidad de energía que puede ser consumida por un producto específico, siempre velando por su desempeño y asegurando que la satisfacción de los usuarios no se vea afectada.

Fortaleceremos, asimismo, el etiquetado de artefactos con el objetivo de informar a la ciudadanía acerca del desempeño energético de los productos que se comercializan, incorporando de esta manera la eficiencia energética en las decisiones de consumo de las personas.

Programas de Iluminación Residencial Eficiente y de Alumbrado Público

Estos programas, complementarios al establecimiento de Estándares Mínimos de Eficiencia Energética buscarán acelerar la transición hacia tecnologías de iluminación más eficientes para el sector residencial y público (especialmente el municipal). Se contemplan etapas orientadas a los hogares más vulnerables del país y a la sociedad en general, en las que se fomentará y educará sobre los beneficios de un consumo adecuado de la energía, promoviendo y acelerando el tránsito a niveles, tecnologías y aparatos de mayor eficiencia.

Creación de Comisión Interministerial de Desarrollo de Políticas de Eficiencia Energética

Las políticas públicas en eficiencia energética no pueden concebirse de manera aislada, sino que deben establecerse a nivel intersectorial. Es fundamental la coordinación de una serie de organismos públicos y ministerios principalmente, para alcanzar el potencial de ahorro estimado en cada uno de los sectores de consumo, sea el público, residencial, comercial, transporte, etc.

Por ello, conformaremos una Comisión Interministerial de Desarrollo de Políticas de Eficiencia Energética, que constituirá una instancia en que las medidas adoptadas o acuerdos alcanzados sean integrados a las políticas sectoriales de cada entidad o institución participante. Esta instancia rendirá cuenta de su gestión, en forma periódica, directamente al Presidente de la República.

En una relevante decisión de este Gobierno, diseñaremos mecanismos que permitan incentivar la adopción de tecnologías cada vez más limpias y eficientes, incluyendo, en el análisis, la posibilidad de incorporar instrumentos tributarios destinados a desincentivar las externalidades negativas y promover las externalidades positivas y los beneficios sociales de los proyectos, logrando, asimismo, el objetivo de reorientar nuestra matriz eléctrica.

Por su parte, debemos reconocer la presencia creciente del gas natural licuado (GNL) como una alternativa cierta de suministro energético de largo plazo para nuestro país. En efecto, existe un importante potencial factible aún por desarrollar para nuestros terminales de regasificación de GNL. La disponibilidad del recurso y la expansión de su participación a nivel mundial, junto con las nuevas técnicas y procesos de exploración y producción, muestran al GNL como una alternativa atractiva para las próximas décadas. Asimismo en este campo, tanto las nuevas técnicas y procesos de exploración y producción, como los recursos no convencionales, muestran renovadas alternativas hacia el futuro. Por ello, también promoveremos procesos de exploración, tanto tradicional como innovadora, en el país.

VI.
Avance Sostenido en las Opciones de Interconexión Eléctrica Regional

Lo anterior, puso de manifiesto la evidente fragilidad de nuestro sistema eléctrico. Este proceso estuvo, además, acompañado de un cuestionamiento creciente de la comunidad nacional sobre la configuración de nuestra matriz eléctrica. La progresiva conflictividad asociada a proyectos eléctricos trajo aparejado un aumento en los plazos de ejecución de las inversiones del sector, produciéndose un atraso en la entrada en operación de importantes proyectos de la infraestructura eléctrica, con los consecuentes riesgos desde la perspectiva de la seguridad de nuestra matriz. De esta manera, hoy enfrentamos un escenario de permanente judicialización en materias eléctricas, con la consiguiente incertidumbre tanto para los inversionistas del sector como para la ciudadanía.

Todos los antecedentes antes expuestos nos han llevado a la conclusión que resulta imperativo enfocar nuestros esfuerzos y trabajar arduamente para contar con un plan de acción que se haga cargo de los diversos desafíos que este sector nos presenta en el mediano y largo plazo, sin descuidar los retos que nos plantea la contingencia, los que deben enfrentarse oportunamente. En esta línea, resulta una prioridad trabajar de la mano con el Ministerio de Medioambiente con el objeto de revisar los procesos y los instrumentos de política ambiental vigentes en la materia, con miras a integrar nuevos parámetros, incorporar mayor información sobre las posibilidades reales de desarrollo eléctrico, los costos implicados y sus impactos, y profundizar las instancias de diálogo y los antecedentes que se ponen a disposición de la ciudadanía. Lo anterior, permitirá perfeccionar la gestión ambiental del sector, mejorar las decisiones de localización de los proyectos, proteger nuestro patrimonio ambiental, generar debates informados y brindar una mayor certeza jurídica a los procesos de aprobación.

En otro orden de ideas, pero también con el fin de fortalecer nuestro sistema eléctrico, resulta nuestro deber, en una mirada de largo plazo del sector, revisar continuamente el diseño y funcionamiento de la institucionalidad vigente. Ello con el objeto que dicha institucionalidad sea un instrumento efectivo para el cumplimiento de los fines que la regulación le asigna. La complejidad de nuestros sistemas eléctricos, la necesidad creciente de incorporar variables de competencia, transparencia, mayor seguridad y confiabilidad, y la convicción que nos mueve a impulsar el desarrollo de energías limpias y eficientes, requieren la revisión de la estructura, funciones y rol de diversos organismos relevantes del sector.

Turismo Chile

Fomento y Financiamiento

Esta línea de acción se enfocará en el diseño y profundización de mecanismos de fomento, conjuntamente con otras instituciones públicas, que consistirán en la creación de instrumentos efectivos de cobertura, seguros, nuevas líneas de crédito con financiamiento internacional, estudios de factibilidad, entre otras medidas de incentivo económico.

Nueva Institucionalidad Impulso Decidido a las ERNC

Dada la importancia y la necesidad de que sea el Gobierno quien establezca políticas en materia de ERNC y que ellas se ejecuten en beneficio del país, propondremos, más allá de las actuales tareas del Centro de Energías Renovables (CER), una nueva institucionalidad de carácter público para así promover y facilitar las condiciones para el establecimiento de las energías renovables no convencionales en Chile.

Estrategias por Tecnologías

Cada una de las distintas tecnologías de ERNC presenta diferentes obstáculos para su desarrollo, por lo que se llevará a cabo una estrategia diferenciada para cada una de las energías: solar, eólica, bioenergía, biomasa, geotermia, mini-hidroeléctricas y mareomotriz, de largo plazo. En el marco de esta estrategia, recurriremos a la colaboración del sector público, privado, investigadores y representantes de la ciudadanía con el objetivo de elaborar las medidas que aborden los obstáculos de cada una de estas tecnologías, contemplando de forma concreta aspectos tales como investigación, desarrollo e innovación (I+D+i), prospección del recurso, instrumentos de fomento, financiamiento y marco regulatorio.

Bajo esta perspectiva, y reconociendo el gran atractivo que tiene la energía geotérmica para nuestro país, por su potencial y alto factor de planta, estamos preparando una nueva base normativa para incentivar la inversión en base a este recurso renovable.

Además, se implementará un nuevo plan de subsidios e incentivos para proyectos piloto de ERNC que permitan avanzar en el desarrollo de las distintas tecnologías en el contexto nacional, logrando así un conocimiento práctico fundamental para reconocer las bondades, tanto técnicas como económicas, que tiene Chile para aprovechar nuestros recursos renovables autóctonos. Se espera que el desarrollo de dichos pilotos, permita integrar la experiencia y conocimiento de empresas internacionales con el desarrollo de tecnología local impulsando la innovación en la industria ERNC de nuestro país.

Electricidad Segura y Económica para la Distribución

Se perfeccionará la regulación de las licitaciones de suministro, teniendo como objetivo generar los mecanismos más efectivos para la adjudicación de bloques de energía a precios que reflejen condiciones de largo plazo, logrando manejar la incertidumbre en la predicción de la demanda, y que se reduzcan los efectos negativos de acciones especulativas.

Junto con lo anterior, se modificarán los plazos mínimos para llamar a las licitaciones, se diseñarán esquemas de licitación con menores plazos de contratación, y se analizará la estandarización de los contratos que resultan en dichos procesos.

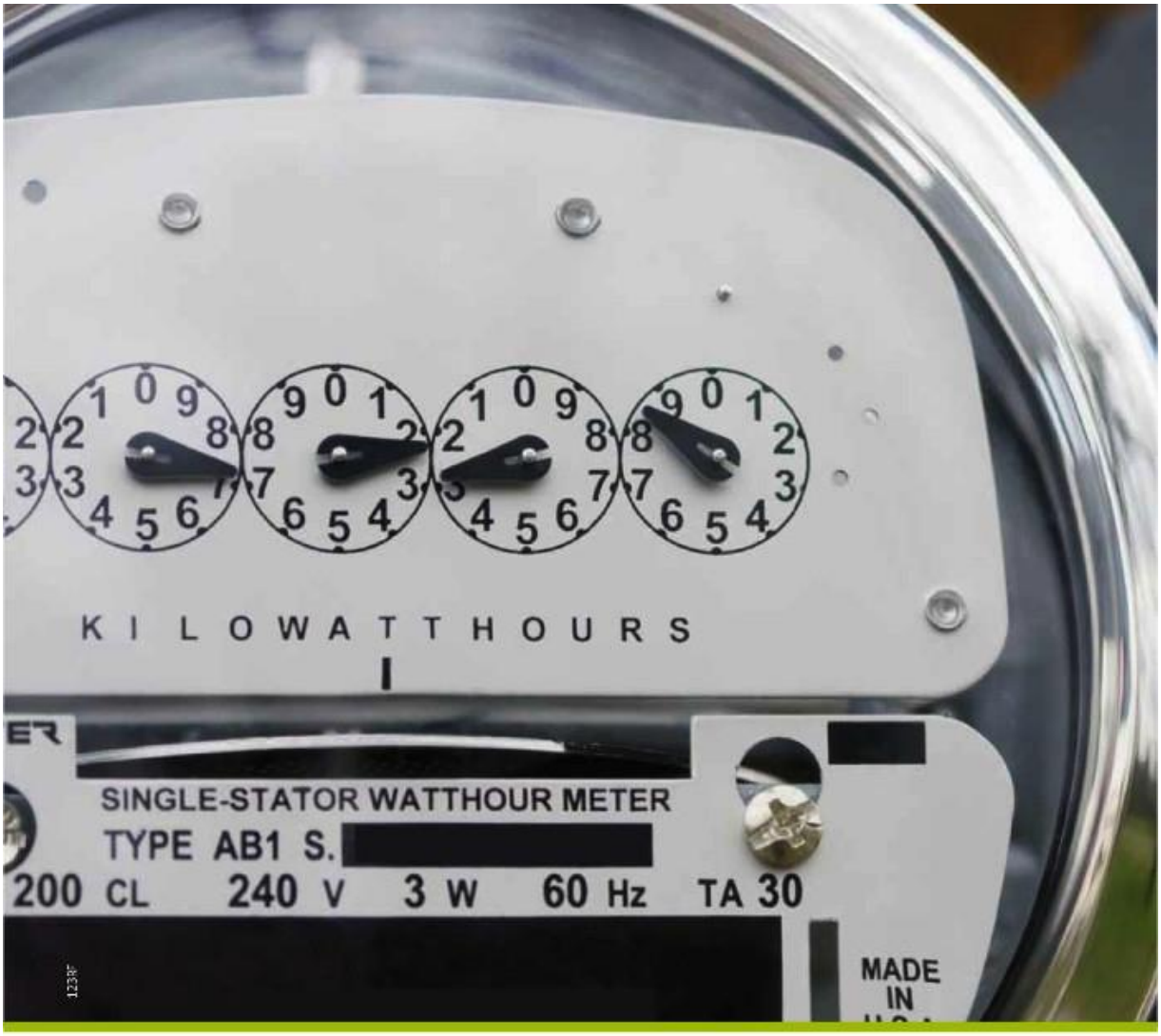
Se establecerán, además, medidas específicas para introducir mayor competencia a nivel de tarifas a cliente final, mediante el diseño de mecanismos efectivos de flexibilidad tarifaria para clientes regulados, lo que permitirá que estos puedan manejar y optimizar su consumo eléctrico. Bajo el mismo contexto, unas de las medidas propuestas es ampliar el límite que define la clasificación de los clientes libres de 500 kW a 100 kW.

Asimismo, se determinará la factibilidad de implementar libertad en la selección del proveedor de energía a través de la introducción de la figura del agente comercializador, estableciendo los esquemas de garantía y verificación necesarios, para resguardar que los contratos que se suscriban se encuentren debidamente respaldados. Lo anterior, considerando la correcta gradualidad en la implementación de estos cambios al mercado minorista. En este sentido, se revisará la normativa vigente para evaluar la separación de la actividad de red y la actividad comercial del segmento de distribución.

Por otra parte, respecto a los cálculos tarifarios de distribución, se revisarán los procesos con el objeto de implementar eventuales modificaciones que reflejen de una manera adecuada los riesgos del negocio y mejoren el procedimiento de cálculo de tarifas.

Consolidación del Pago de Tarifa Eléctrica de las Generadoras Residenciales, Net Metering

Bajo la perspectiva de consolidar la generación distribuida como una solución efectiva que aporta a tener un sistema eléctrico con mayor oferta y de mayor eficiencia, se implementará el diseño regulatorio, aprobado en el Congreso Nacional, que consolide el Net Metering. Esta iniciativa contempla que usuarios finales (como por ejemplo, las familias o pequeñas empresas) puedan instalar tecnologías de generación de energías renovables no convencionales en sus casas o empresas. La energía generada por cada uno de estos pequeños productores podrá ser utilizada para autoconsumo o para inyectarla a la red, pudiendo incluso recibir un pago, de parte de las distribuidoras, por la electricidad que se aporte.

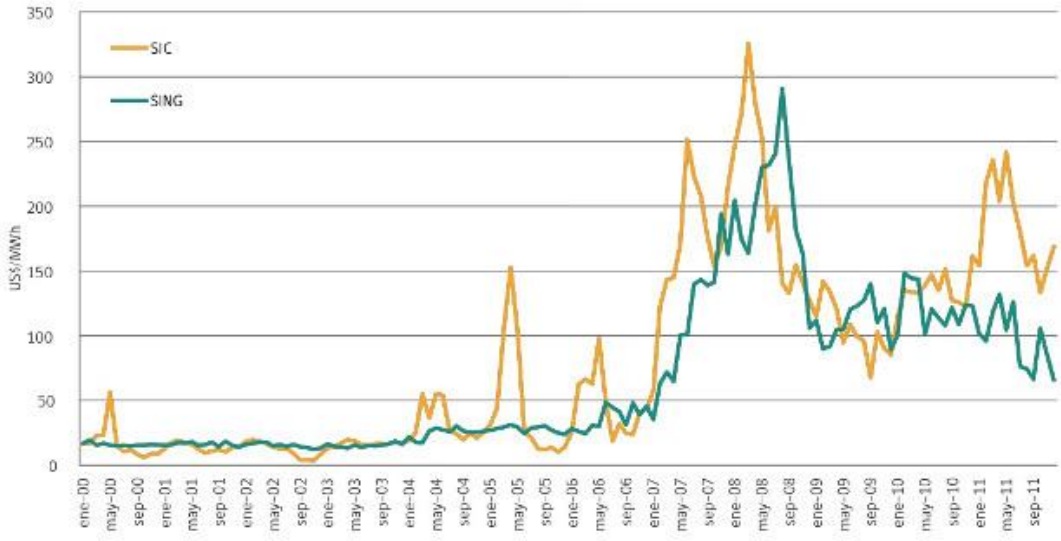


V.
Hacia un Mercado Eléctrico Más Competitivo

Este último, tanto a nivel del mercado spot como en el precio de la energía de los contratos a clientes libres y regulados, se ha visto además impactado por el abrupto cambio en las condiciones de suministro de gas argentino y el aumento de los costos de inversión de las tecnologías convencionales. En efecto, nuestro país enfrenta en la actualidad uno de los precios de la electricidad más altos de Latinoamérica, precios que además resultan superiores al promedio de la OCDE.

Como se puede apreciar, Chile es un país sumamente expuesto en materia energética y uno de nuestros desafíos será contar con los recursos energéticos suficientes y competitivos para sostener su crecimiento.

Evolución costo marginal SIC y SING



Fuente: Ministerio de Energía, CDEC-SIC y CDEC-SING.

III.

El Rol de las Energías Tradicionales

Mayor Preponderancia al Recurso Hídrico,
Menor Dependencia Externa

Perfeccionamiento de los Procedimientos para Otorgar Concesiones Eléctricas

Con el objeto de que el proceso de concesión eléctrica se desarrolle de manera más fluida y vaya en la línea de los desafíos de la generación y la demanda del sistema, presentaremos al Congreso Nacional indicaciones al actual proyecto que al efecto se encuentra en trámite con el objeto de hacer más expedito y certero el procedimiento de obtención de concesiones eléctricas, salvaguardando los legítimos derechos de terceros. De la misma manera, y en paralelo, se efectuarán modificaciones a los reglamentos actualmente vigentes en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal.

Creación de Franjas Fiscales

El Estado podrá declarar franjas fiscales que por su concepto de interés público o nacional, podrán ser susceptibles de ser expropiadas u objeto de servidumbres, a partir de la información que los estudios y coordinaciones interministeriales entreguen.

Para implementar este concepto, se realizarán modificaciones a la normativa eléctrica vigente, creando una reglamentación específica para instalaciones catalogadas como de interés público o nacional que hagan uso de estas franjas. Entre los aspectos a tratar en la nueva normativa se incluirán, entre otras cosas, el régimen de remuneraciones de estas instalaciones, dimensionamiento de las holguras de éstas y la planificación territorial de la expansión del sistema de transmisión vía el desarrollo de este tipo de instalaciones.

Bibliografía

Adilson Abreu DALLARI, y Adriano Gurgel BRANCO, "O Financiamento de Obras e de Serviços Públicos", Editora Paz e Terra, e Grupo Bertin, 2006.

Luiza Rangel de Moraes, "Considerações sobre BOT- *Project Finance* e suas Aplicações em Concessões de Serviços Públicos,(RDA Volume 212, páginas 135-150).

Eduardo Ferreira Paz e Marta Rebelo, "O Novo Regime Jurídico das PPPs en Portugal", na Revista de Direito Público da Economia", n. 4, 2003, B. Horizonte, Ed. Fórum, página 66-67).

Letícia Queiroz de Andrade, "Comentários Acerca da Publicação do CDC à Prestação de Serviços Públicos Concedidos" IN, Contratos de Concessão de Rodovias", André de Castro Carvalho (Org). Ed. ABCR e MP, São Paulo, 2009.

Roberto Correia da Silva Pereira Caldas, "PPPs. Parcerias Público-Privadas e o meio ambiente". Revista Interesse Público- Belo Horizonte, nº 64, 2010.

Clever M. Campos, "Introdução ao Direito da Energia Elétrica", Ed. Ícone, São Paulo, 2001.

Geraldo Pereira Caldas, "Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica", Ed. Juruá, Curitiba, 2001.

Pedro Melo, "A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas", Ed. Almedina, Lisboa, 2011.