

Centro UC
Políticas Públicas

SOCIEDAD CIVIL Y CONSTITUCIÓN

IDEAS PARA EL DEBATE

MAYO 2021

SOCIEDAD CIVIL Y CONSTITUCIÓN

IDEAS PARA EL DEBATE

Alejandra Ovalle V.
Sebastián Soto V.

Facultad de Derecho UC

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	06
2. PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y DEL RECONOCIMIENTO DE LA SOCIEDAD CIVIL	08
3. DERECHO DE ASOCIACIÓN Y SOCIEDAD CIVIL EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO Historia	13
4. DERECHO DE ASOCIACIÓN Y SOCIEDAD CIVIL EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO La Constitución de 1980	16
5. ALGUNOS DEBATES SOBRE LA SOCIEDAD CIVIL CON PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	19
6. CONCLUSIONES	30
BIBLIOGRAFÍA CITADA	32

1. INTRODUCCIÓN

Después de la libertad de obrar solo, la más natural al hombre es la de combinar sus esfuerzos con los de sus semejantes y obrar en común.
Alexis de Tocqueville, 206.

Pensar la sociedad civil en perspectiva constitucional nos permite reflexionar sobre los fundamentos mismos de aquello que llamamos constitucionalismo. Esto, con todo, no siempre fue así. La idea de soberanía, tan preciada para el Estado moderno, pareció enfrentarse durante mucho tiempo con la libertad de congregarse de modo permanente en asociaciones a fin de alcanzar los más variados objetivos. Un Estado inseguro de su poder veía en la sociedad civil una competencia; y una sociedad civil, algo temerosa, sentía en el Estado un enemigo de una potencia y jerarquía insondables.

El tiempo ha permitido superar tal tensión y hoy el constitucionalismo ve en la sociedad civil uno de sus principios fundantes. Al decir de Barber, “el Estado necesita a la sociedad civil para alcanzar sus objetivos definitivos, pero también la sociedad civil —en sociedades como las nuestras— necesita al Estado si ella quiere florecer”¹. La historia del constitucionalismo, así como también la historia de nuestro país, son una viva muestra que tal relación no puede menospreciarse.

El proceso constituyente que Chile inicia es una oportunidad más para que, en nuestra propia comunidad política, volvamos a reflexionar sobre la sociedad civil y su reflejo constitucional. Aprovechando este contexto, podrá apreciarse la importancia de fomentar una sociedad civil plural y dinámica, y la relevancia que para el Estado tiene su aporte en el cumplimiento de tareas esenciales. En nuestra evolución constitucional no siempre ha sido posible una reflexión sobre estas materias. Como se

verá, inicialmente tal perspectiva fue inexistente y más tarde fueron muchos los factores que conspiraron contra un diálogo sobre el tema. Hoy las condiciones son distintas y la acción de la sociedad civil en Chile en las últimas décadas ha estado suficientemente presente y ha sido sobradamente valorada² para que asuma, conscientemente, que su existencia y progreso están íntimamente asociados a los fundamentos mismos del derecho, y por cierto, también del derecho constitucional³.

En las siguientes páginas asumimos este predicamento para desarrollar diversas ideas en torno a la sociedad civil en perspectiva constitucional. Para ello iniciamos el estudio profundizando en el derecho de asociación, dado que la sociedad civil es fruto del ejercicio de este derecho⁴. Por eso es que, en el siguiente capítulo, examinamos la no consagración del derecho de asociación en las constituciones del primer constitucionalismo; y luego, damos una mirada al posterior reconocimiento del derecho de asociación en las constituciones del mundo, tanto en su dimensión individual como colectiva. El capítulo termina con una reflexión en clave comparada sobre la sociedad civil y su expresión, aún incipiente, en diversas constituciones.

Los capítulos tercero y cuarto hacen un recorrido similar, pero ahora desde la tradición constitucional chilena. Así, el tercero revisa el derecho de asociación en las constituciones de los años 1833 y 1925 para luego plantear la limitada teorización sobre la sociedad civil que se ha hecho en los debates constitucionales chilenos. Luego, el capítulo cuarto

1 BARBER (2018) p. 144.

2 IRARRÁZAVAL et al. (2017) e IRARRÁZAVAL (2020).

3 Neil MacCormick escribe que “los Estados pueden ser, aunque no siempre han sido, escenarios para el desarrollo de la ‘sociedad civil’, en la que existen relaciones de civilidad entre extraños que descansan en una forma impersonal de confianza”. Y más adelante agrega: “La sociedad civil existe en la medida en que las interacciones pacíficas predominan entre personas que confían en que unas y otras cumplirán las exigencias comunes jurídicamente establecidas, sobre una base principalmente voluntaria, pero con el telón de fondo de instituciones estatales coactivas”. MACCORMICK (2007), pp 21 y 261.

4 En este trabajo nos referiremos indistintamente al derecho de asociación y a la libertad de asociación. Si bien ambos apuntan a núcleos de protección diversos en cuanto a su alcance y contenido, lo cierto es que, para estas páginas, resulta menos relevante hacer tal distinción.

Nota 1: Agradecemos a los ayudantes Ariel Urzúa y Javier Vera por su colaboración en la revisión del derecho comparado.

Nota 2: Esta propuesta fue presentada en un seminario organizado por el Centro de Políticas Públicas UC el 16 de junio del año 2021, en el que participaron como panelistas los Convencionales Constituyentes Benito Baranda, Loreto Vidal y Hernán Larraín.

repasa el derecho de asociación en la Constitución vigente y el rol que le cabe en esta a la sociedad civil, llamada aquí “grupos intermedios”.

Hasta aquí los planteamientos describirán el estado de la cuestión tanto desde la perspectiva nacional como comparada, destacando no solo la evolución del derecho de asociación sino también la expresión constitucional de la sociedad civil, cuando sea posible hacerlo.

En el capítulo quinto, ahora ya no solo de un modo descriptivo sino que también propositivo, nos detenemos en los debates que ha habido en Chile y que, a nuestro juicio, adquieren especial relevancia para la sociedad civil durante una discusión constitucional. Aquí es donde abordamos el principio de subsidiariedad, la dimensión colectiva del derecho de asociación, los mecanismos de protección de la autonomía de las asociaciones, la participación de estas en la solución de demandas sociales y en las decisiones de gobierno, entre otros temas. Todos ellos se abordan siguiendo una estructura similar: primero se plantean los debates que se han desarrollado a nivel constitucional para luego tomar posición y sugerir algunas propuestas generales.

En definitiva, estas páginas pretenden aportar una perspectiva que valora la sociedad civil y su desarrollo al desafío constitucional que Chile tiene por delante.

2. PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y DEL RECONOCIMIENTO DE LA SOCIEDAD CIVIL

El examen del derecho de asociación y el despliegue de la sociedad civil exige dar una mirada global a la materia. Para ello, a continuación examinaremos con perspectiva histórica el reconocimiento tardío del derecho de asociación en su faceta individual y colectiva para luego detenernos brevemente en algunos vínculos entre la sociedad civil y las constituciones.

2.1. El derecho de asociación en el primer constitucionalismo

Hoy podría llamar la atención que en las primeras declaraciones de derechos del constitucionalismo no se encuentre consagrado el derecho de asociación. Nada dice, por ejemplo, la Constitución de Estados Unidos ni sus enmiendas; tampoco las primeras constituciones francesas ni las españolas. Recién a mediados del siglo XIX y comienzos del siglo XX este derecho empieza a incorporarse en los textos constitucionales. Y es que tanto en el constitucionalismo europeo como en el americano se aprecia una cierta animadversión, muy rousseauiana, hacia las asociaciones por verlas como un obstáculo en la adecuada relación entre la nación y sus ciudadanos⁵.

En el caso de Estados Unidos, la decisión de no incluir el derecho de asociación en la primera enmienda —adoptada en el año 1791— podría atribuirse a que algunos de los Padres Fundadores fueron profundamente ambivalentes respecto de la libertad de asociación de los ciudadanos. La férrea defensa de las libertades tradicionales fue acompañada de una actitud de sospecha hacia los grupos, por cuanto podían devenir en facciones sediciosas o desestabilizadoras del nuevo orden político⁶. Con todo, la ausencia de un reconocimiento constitucional expreso no supuso un impedimento para el desarrollo de una vigorosa

sociedad civil en Estados Unidos. Así lo destaca Tocqueville en *La Democracia en América* cuando anota que uno de los rasgos distintivos de la sociedad norteamericana del siglo XIX fue precisamente su intensa actividad asociativa para el cumplimiento de la más amplia variedad de objetivos⁷.

Tal vez por ello, con el paso del tiempo, la libertad de asociación fue encontrando su espacio al amparo de la Primera Enmienda que reconoce expresamente la libertad de expresión y el derecho de reunión. Es en la penumbra de este último que las cortes empiezan a configurar, tras la Segunda Guerra Mundial, casos vinculados con la libertad para asociarse. Y recién en el año 1958 la Corte Suprema de Estados Unidos reconocerá, en un fallo unánime, la libertad de asociación como un derecho constitucional implícito protegido por la Primera Enmienda⁸.

En Francia, la Ley Chapelier del año 1791 prohibió las asociaciones y solo la Constitución de 1848 vino a reconocer el derecho. Sin embargo, dicha incorporación estuvo lejos de consolidar su vigencia, pues fue excluido de ulteriores textos constitucionales y sometido a una serie de limitaciones. Mediante la aprobación de normas de rango legal, en definitiva, se aseguraron el año 1884 la libertad sindical y el año 1901 el derecho de asociación en términos amplios. Fue en torno a una reforma a esta última ley que la libertad de asociación encontró su camino constitucional en el derecho francés. En efecto, con motivo de una disputa política se aprobó un proyecto de ley que permitía negar el registro legal a cierto tipo de asociaciones. El litigio llegó hasta el Consejo Constitucional Francés el que, en el año 1971, invocó el preámbulo de la Constitución de 1958, que reenvía a su vez al preámbulo de la antigua Constitución de 1946 para sostener que la libertad de asociación es uno de los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. Este fallo es de vital importancia en el

5 GÓMEZ (2003) p. 243. En esta aproximación influyó significativamente la idea de Rousseau referida a que la vigencia de la voluntad general —que la entendía siempre recta y orientada al bien común— requería que no existieran en el Estado asociaciones parciales regidas por intereses particulares. ROUSSEAU (2013) pp. 71-72.

6 BOYD (2008) p. 236; 242. Especialmente gráfico es MADISON en el *Federalista* 10.

7 DE TOCQUEVILLE (1957) pp. 206-212.

8 NAACP V. ALABAMA, 357 U.S. 449 (1958). Ver HALL (2005) p. 60 y 663-664.

constitucionalismo galo no solo por su reconocimiento a la libertad de asociación sino también por dar origen en Francia al control judicial de constitucionalidad de las leyes⁹.

En España también se intentó relegar el fenómeno asociativo al punto que se llegó a proscribir las asociaciones si la finalidad era política. Pese a que la Constitución de 1869 y textos constitucionales posteriores consagraron expresamente el derecho de asociación, este fue objeto de sucesivas medidas restrictivas tendientes a evitar el surgimiento de movimientos políticos u obreros revolucionarios¹⁰. En el año 1976 se aprobó la Ley de Asociación Py al año siguiente la Ley de Asociación Sindical, para luego incorporar el derecho de asociación con rango constitucional en la Carta Fundamental de 1978, vigente hasta nuestros días.

Como puede apreciarse, el constitucionalismo ha transitado desde la desconfianza o mera tolerancia del fenómeno asociativo a su reconocimiento y protección. ¿Por qué se produce esta evolución? Son variadas las razones que le sirven de base.

Ante todo, y desde una perspectiva más abstracta, la posibilidad de asociarse está en perfecta armonía con los objetivos y fundamentos sobre los que se construyó el constitucionalismo. Así, la facultad de asociarse no es otra cosa que una manifestación de la libertad humana que el constitucionalismo liberal busca resguardar frente a la interferencia indebida del Estado. Como escribía Tocqueville en la cita que da inicio a estas páginas, la facultad de reunirse con otros con un ánimo de permanencia está íntimamente arraigada a la naturaleza de la persona. Igualmente, la idea de sociedad civil y la de fortalecer las organizaciones locales se enmarcan fácilmente en el propósito originario del constitucionalismo de limitar o constreñir el poder público. También para la tradición que subraya el rol de la Constitución en garantizar la ciudadanía política será relevante defender la expresión política colectiva y el pluralismo ideológico que asegura el derecho de asociación.

Junto a lo anterior confluyen ciertos cambios sociales que facilitan el reconocimiento del derecho de asociación y el rol de la sociedad civil. La sociedad de individuos que

caracterizó al siglo XIX empieza su tránsito hacia una sociedad de organizaciones en el siglo XX. A esto contribuyen la masificación del voto, el surgimiento de asociaciones de trabajadores, la configuración de los partidos políticos y en términos más generales, la irrupción de la sociedad de masas¹¹. Todo esto lleva a que, como veremos a continuación, en las constituciones del mundo la consagración del derecho de asociación e incluso algún reconocimiento a la sociedad civil hoy no sea una novedad.

2.2. El derecho de asociación en las Constituciones

En un primer momento, el derecho de asociación fue entendido únicamente como un derecho individual del que es titular cada persona (dimensión individual), para luego extender su alcance a la protección de la asociación resultante del ejercicio del referido derecho individual (dimensión colectiva). Es decir, se avanza en comprender que no basta con asegurar a cada persona individualmente considerada el derecho y la libertad de asociarse con otros, sino que el derecho comprende también el resguardo de la autonomía y capacidad de autogobierno de la organización, en cuanto entidad distinta de la suma de cada uno de sus miembros. Veremos a continuación con más detalle estas dos facetas del derecho y su vínculo con diversas Constituciones¹².

a) Dimensión individual del derecho de asociación

La dimensión individual del derecho de asociación se refiere al conjunto de facultades que se reconoce a cada persona, que la habilitan para crear una organización, decidir integrarse o no a ella, desafilarse o disolverla. El ejercicio de este derecho individual es condición indispensable para la existencia de la sociedad civil y determina la naturaleza voluntaria de las asociaciones.

En la actualidad, prácticamente todas las constituciones del mundo consagran el derecho o la libertad de asociación estableciendo, con distintos niveles de desarrollo, los elementos esenciales de su dimensión individual. Algunas de ellas consignan expresamente que la creación de asociaciones no requiere de autorización previa por parte de

9 SARMIENTO (2016) p. 465 y ZAPATA (2008) pp. 83 – 87.

10 PELAYO (2007) pp. 96-103.

11 PREUB (2013) p. 955.

12 La referencia que sigue más adelante a diversas Constituciones del mundo y cláusulas que abordan la materia de esta investigación no busca motivar un trasplante normativo. Somos conscientes de que el texto de una constitución está íntimamente arraigado a la historia y cultura jurídica de cada Estado. Pese a ello, creemos igualmente que la mirada comparada es valiosa, pues, en tiempos de constitucionalismo global, permite apreciar aproximaciones comunes a desafíos que se reiteran en cualquier comunidad.

13 Angola, 2010; Bélgica, 1981; Brasil, 1988; Cabo Verde, 1980; Dinamarca, 1953; Finlandia, 1999; Grecia, 1975; Luxemburgo, 1868; Perú, 1993; Portugal, 1976, y Ruanda, 2003.

la autoridad¹³. También es habitual encontrar referencias a la libertad de afiliación, en el sentido de que nadie puede ser obligado a integrarse o permanecer en una asociación¹⁴. Las excepciones a este principio son muy inusuales y se refieren a la afiliación obligatoria a colegios profesionales¹⁵ y a cooperativas de utilidad pública, o para la explotación colectiva de tierras agrícolas¹⁶. Asimismo, algunos ordenamientos establecen normas generales relacionadas con la suspensión o disolución de una asociación¹⁷.

La mayor diferencia entre los textos constitucionales se observa en materia de los límites al ejercicio del derecho de asociación, constatándose restricciones que responden a particularidades históricas y culturales del respectivo país. Algunos ejemplos son la prohibición de asociaciones cuyos fines o actividades sean contrarias a las leyes penales, al orden constitucional o la idea de entendimiento entre los pueblos (Alemania, 1949); que amenacen la independencia e integridad territorial del Estado (Croacia, 1991; Rumania, 1991); que sean perjudiciales para la paz y la unidad del país (Bhután, 2008); que promuevan el tribalismo, el racismo o la xenofobia (Angola, 2010; Cabo Verde, 1980); que sean clandestinas y de carácter paramilitar (Brasil, 1988; Egipto, 2014; España, 1978; Portugal, 1976; Paraguay, 1992); que vulneren los preceptos islámicos (Irán, 1979), y los grupos armados de carácter político, religioso o gremial (El Salvador, 1983).

Analizar la dimensión individual del derecho de asociación también exige prestar atención al derecho internacional de los derechos humanos que, crecientemente y de variadas formas, interactúa con las constituciones nacionales. Para el derecho internacional el reconocimiento del derecho de asociación tiene una larga tradición¹⁸. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948, reconoce la libertad de asociación pacífica, agregando que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. También está consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el ámbito regional, la Convención Americana de Derechos Humanos la consagra en su artículo 16 en una doble faz: como libertad y como derecho. Asimismo, reconoce un amplio espectro de objetivos que pueden perseguir las asociaciones entre los que menciona fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. Por último, reglamenta las eventuales limitaciones al ejercicio del derecho que no son extrañas a otras similares en el derecho internacional. Así, reserva a la ley la determinación de estas limitaciones y dispone que éstas deben ser aquellas “necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

b) Dimensión colectiva del derecho de asociación

La dimensión colectiva del derecho de asociación se refiere a la protección y resguardo de la autonomía, derechos y atribuciones de la entidad resultante del ejercicio individual del derecho¹⁹. El derecho de asociación queda truncado si se prescinde de su dimensión colectiva, puesto que las personas deciden unirse con otras para el cumplimiento conjunto de determinados fines específicos, cuestión que involucra necesariamente la definición de la organización, funcionamiento y medios que se emplearán para alcanzar los objetivos propuestos.

La consagración constitucional de la dimensión colectiva del derecho de asociación es bastante menos difundida, a nivel comparado, que la de su dimensión individual. Algunos casos son la Constitución de Brasil de 1988, que prohíbe la interferencia estatal en el funcionamiento de asociaciones y cooperativas; la Constitución de Azerbaiyán de 1995, que garantiza la actividad independiente de todas las asociaciones; y la Constitución de Egipto de 2014, que establece el derecho de las asociaciones y fundaciones a practicar libremente sus actividades, prohibiendo a las agencias administrativas del

14 Angola, 2010; Armenia, 1995; Azerbaiyán, 1995; Bahréin, 2002; Bután, 2008; Brasil, 1988; Cabo Verde 1980; Chipre, 1960; Costa Rica, 1949; Croacia, 1991; El Salvador, 1983; Esuatini, 2005; Finlandia, 1999; Guatemala, 1985; Irán, 1979; Iraq, 2005; Kenia, 2010 y Paraguay, 1992.

15 Guatemala, 1985 y Paraguay, 1992.

16 Grecia, 1975.

17 Angola, 2010; Armenia, 1995; Egipto, 2014; Brasil, 1988; Cabo Verde 1980; Chad, 2018; Dinamarca, 1953; España, 1978; Estonia, 1992; Grecia, 1975 y Perú, 1993.

18 MUJICA (2014) pp. 372-377.

19 Otra forma de analizar esta dimensión es entrando al debate sobre la titularidad de los derechos fundamentales. Tradicionalmente se sostuvo que solo las personas naturales podían reclamar tal titularidad. Hoy, sin embargo, es pacífico que esa titularidad, para ciertos derechos, también pueden reclamarla las personas jurídicas y otras formas de asociación.

Estado interferir en sus asuntos. Por su parte, se advierte la imposición de ciertos límites a la autonomía social, como la Constitución de Túnez de 2014, que señala que los estatutos de las asociaciones deberán respetar las normas vigentes, la transparencia financiera y el rechazo a la violencia; o bien la Constitución de Andorra de 1993, que ordena la independencia orgánica de las agrupaciones respecto de organismos extranjeros y su funcionamiento democrático.

Han sido los tribunales constitucionales los que han reconocido a la asociación como objeto de protección del mismo derecho de asociación. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania señaló, en una sentencia del año 1971, que el contenido esencial del derecho de asociación comprende reconocer a las asociaciones una zona nuclear libre de cualquier interferencia estatal, para que puedan tomar las decisiones pertinentes respecto de su existencia y actividades. En el año 1979 agregó que el derecho de asociación protege la libre autodeterminación de la asociación con respecto a su organización, el procedimiento en la toma de decisiones y la gestión de sus negocios. Por su parte, el Tribunal Constitucional de España sostuvo, en una sentencia del año 1988, que el derecho de asociación también comprende el derecho a establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo²⁰.

En el ámbito internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido agregando contenido y perspectivas al derecho de asociación. Y esto se ha extendido también a su dimensión colectiva. Así, es común que la Corte recuerde, cuando aborda este derecho en sus sentencias, que la Convención asegura “el derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad”. Y luego, como obligación positiva de los Estados, la de “prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad”, llegando a sostener que “estas

obligaciones positivas deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita”²¹.

Es esta dimensión colectiva o social del derecho la que ha motivado, entre otras razones, dos condenas a Perú por omisiones del Estado ante la ejecución extrajudicial de dirigentes sindicales. En estos casos, sostuvo la Corte, tales omisiones afectaron el derecho “de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor”²². Este planteamiento lo fundamentó en que “la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa, directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga”²³.

2.3. Perspectivas constitucionales del reconocimiento de la sociedad civil

Reflexionar sobre el reconocimiento de la sociedad civil en clave constitucional puede tomar diversas facetas. Son dos, con todo, las que queremos destacar en estas páginas.

El primer grupo de disposiciones se vincula con la incorporación en algunos textos constitucionales de ciertas cláusulas que inciden, en mayor o menor medida, en el desarrollo y fortalecimiento de la sociedad civil. Tal es el caso de las fórmulas que se emplean para imponer al Estado deberes de promoción de la sociedad civil. Ellas expresan la voluntad de fortalecer la actividad asociativa —en cuanto se le reconoce un rol en la consecución del bien común— y no solo de resguardar el ejercicio del derecho de asociación que exige, por regla general, la mera abstención o no injerencia del poder público. El deber de promoción del Estado puede adoptar diversas formas y concretarse a través de variados instrumentos legales o de política pública, respetando, en todo caso, la autonomía de las organizaciones favorecidas.

20 ANZURES (2017) p. 328-332.

21 Caso Escher y Otros vs. Brasil. Sentencia de 6 de julio del año 2009, párr. 170.

22 Caso Huilca Tecse vs. Perú. Sentencia de 3 de marzo del año 2005, párr. 69; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, Sentencia de 10 de julio de 2007, párr. 148.

23 Caso Huilca Tecse vs. Perú. Sentencia de 3 de marzo del año 2005, párr. 70.

Así, por ejemplo, la Constitución de Argelia de 1989 dispone que el Estado fomentará el florecimiento de movimientos asociativos. La Constitución de Filipinas de 1987 establece que el Estado fomentará organizaciones no estatales de índole comunitaria, o bien, organizaciones sectoriales que promuevan el bienestar de la nación. La Constitución de Comoras de 2018 señala como una de las misiones fundamentales del Estado fomentar la organización autónoma de la sociedad civil. Por su parte, la Constitución de Cabo Verde de 1980 asigna al Estado deberes de promoción y apoyo a la creación de asociaciones juveniles, de discapacitados, de ancianos, deportivas, de fomento de la educación y la cultura nacional, entre otras. La Constitución de la República Democrática del Congo de 2005 señala que los poderes públicos colaborarán con las asociaciones que contribuyan al desarrollo social, económico, intelectual, moral y espiritual de la población, agregando que esta colaboración puede adoptar la forma de una subvención.

El segundo grupo de normas que nos interesa destacar aborda un tema más específico. Al amparo de lo que se conoce como la “democracia deliberativa”, crecientemente las Constituciones consagran -de forma más o menos explícita-, principios o cláusulas específicas a favor de la participación de personas y organizaciones en la toma de decisiones colectivas. Si bien, como es evidente, esta participación no excluye la individual, sí tiende a promover la participación organizada en torno a agrupaciones de la sociedad civil.

El constitucionalismo latinoamericano es, como en tantas otras cosas, generoso en estas declaraciones.

La Constitución de Bolivia de 2009 tiene un título completo dedicado a la participación ciudadana, en el que se consigna que el pueblo soberano “por medio de la sociedad civil organizada”, participará en el diseño de las políticas públicas. A su vez, establece que ejercerá el control social de la gestión pública, de las empresas que administren recursos fiscales y de la calidad de los servicios públicos. Adicionalmente, contiene cláusulas especiales de participación, ya sea como derecho, principio o mandato, al tratar el poder político, el sistema de salud, la seguridad social, el sistema educativo, la educación superior, el cuidado de los jóvenes, la gestión ambiental, la determinación del gasto y de la inversión pública, entre otros tantos. Incluso incluye la potestad para

administrar justicia y que el Consejo de la Magistratura debe regirse por el principio de participación ciudadana²⁴.

La Constitución de Colombia de 1991 es igualmente extensa a este respecto. Además de tener un capítulo dedicado a la participación democrática y los partidos políticos, la referencia a la participación se encuentra entre los fines del Estado y en cláusulas vinculadas con la educación, la formación de jóvenes, los servicios de salud, la protección de los consumidores, el medio ambiente, el control y la gestión pública, entre otros. De sus disposiciones se desprende que se concibe a las organizaciones de la sociedad civil como instancias de representación para el ejercicio de la participación política y el control de la actividad de los órganos públicos.

Cláusulas similares y con diversa extensión pueden encontrarse en la Constitución de Brasil, Ecuador, México y Venezuela²⁵.

También encontramos algunos ejemplos en otras latitudes. La Constitución de España de 1978 señala que la ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por ésta, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. La Constitución de Portugal de 1976 establece que la ley regulará las formas de participación de las asociaciones de profesores, de alumnos, de padres, de las comunidades e instituciones de carácter científico, en la definición de la política de enseñanza. La Constitución de Sudáfrica de 1996 consigna como uno de los objetivos del gobierno local fomentar la participación de las comunidades y de las organizaciones de la comunidad en las materias de gobierno local. La Constitución de Filipinas de 1987 dispone que no será restringido el derecho de las personas y de sus organizaciones a una participación efectiva y razonable en todos los niveles de la toma de decisiones sociales, políticas y económicas.

Todo lo anotado da cuenta de un creciente reconocimiento de la sociedad civil en el constitucionalismo contemporáneo. Sea por la vía de mandatos de promoción especial o en el contexto de la participación en un régimen democrático, la sociedad civil ha tomado un espacio en las constituciones del mundo.

24 Excluimos de este listado las normas especiales vinculadas con la participación de los pueblos indígenas por no ser incidentes para aquello que queremos mostrar.

25 Otras Constituciones son más sobrias en esta materia, como el caso de Argentina, que hace referencias a la participación al tratar los pueblos indígenas y algunos aspectos de los derechos de los consumidores.

3. DERECHO DE ASOCIACIÓN Y SOCIEDAD CIVIL EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO

Historia

3.1. El derecho de asociación en la Constitución de 1833 y de 1925

Siguiendo la tendencia a nivel comparado, los primeros textos constitucionales chilenos no consagraron el derecho de asociación. Fue una reforma constitucional aprobada en el año 1874 la que incorporó a la Constitución de 1833 su dimensión individual al establecer “el derecho de asociarse sin permiso previo”²⁶. Sin embargo, en su aplicación no hay debates sustantivos que permitan deducir una reflexión sobre el alcance del derecho. Huneeus, en su famosa obra sobre la Constitución de 1833, dedica solo algunas líneas al derecho de asociación poniendo el foco en el derecho de reunión y su regulación, consagrado en el mismo numeral²⁷. Roldán, por su parte, entrega algunas reflexiones, pero siempre para restringir el alcance del ejercicio del derecho. Por ejemplo, sostiene que tal derecho protege a las asociaciones “para fines que no envuelven propósitos de lucro” ni a aquellas que forman personas jurídicas²⁸.

La Constitución de 1925 recogió también este derecho en su faceta individual, aunque subordinó su ejercicio a la ley al asegurar a todos los habitantes de la República “el derecho de asociarse sin permiso previo y en conformidad a la ley”²⁹. En las actas de la comisión redactora de esa Constitución no se consigan debates que iluminen el contenido del derecho. Pese a ello, y con el paso de las décadas, se puede apreciar en el trabajo de los tratadistas crecientes referencias que van dando cuenta de la consolidación de este derecho como uno de carácter autónomo con un contenido crecientemente

densificado. Guerra, escribiendo pocos años después de la entrada en vigencia de la Carta de 1925, solo se limita a destacar que la señalada subordinación a la ley fue un cambio “sustancial”³⁰. Raveau, ya en el año 1939, sostiene que el derecho de asociación tiene su fuente en la ley natural y enuncia diversas disposiciones legales que dan forma al ejercicio del derecho, incluyendo en él a las personas jurídicas con fines de lucro³¹. Estévez, diez años después, agrega a lo dicho una teorización algo más densa sobre el control de las asociaciones. Afirma que el mecanismo adecuado no es el control preventivo, que es propio de “las legislaciones despóticas”, sino que el control represivo, esto es, aquel control estatal que interviene cuando la asociación perturba el orden social o atenta contra el derecho ajeno. Esta perspectiva, concluye, “es la aplicación del principio de que no hay libertad sin responsabilidad” y es aquella propia de los países libres³².

Y en los sesenta, tanto Silva Bascañán como Andrade elaboran análisis más sofisticados que enriquecen el contenido del derecho. Así, por ejemplo, el primero de ellos enuncia un contenido mucho más rico que el tradicional y dice que el derecho de asociación comprende “las facultades de formar e integrar cualquier tipo de organización; de escoger libremente entre las diversas organizaciones que pudieran existir; de no verse forzado a incorporarse a una determinada; e incluso de no participar en asociación alguna”³³. De igual forma, tanto Silva Bascañán como Andrade, profundizan en lo que pudieran ser los primeros atisbos de la faceta colectiva del derecho de asociación al desarrollarlo en su ámbito de protección, ya no solo de

26 Art. 12 N°6 inc. 3 del texto refundido.

27 HUNEEUS (1890) p. 116.

28 ROLDÁN (1913) pp. 175 y 176.

29 Art. 10 N°5.

30 GUERRA (1929) p. 114.

31 RAVEAU (1939) p. 467.

32 ESTÉVEZ (1949) p.123.

33 SILVA (1963) p. 249.

las personas morales y jurídicas, sino que también de los partidos políticos y sindicatos³⁴

3.2. La sociedad civil en los debates constitucionales chilenos

Si bien a lo largo de la historia de Chile la participación de las organizaciones de la sociedad civil ha sido una constante en diversos ámbitos, la expresión constitucional de esta realidad ha sido tardía.

Para el siglo XIX, se encuentra bien documentada la participación de la sociedad civil en la educación y en la asistencia social y más tarde, en la promoción de intereses por la vía de sindicatos, gremios y otras múltiples formas de asociatividad³⁵. No obstante, las constituciones de ese siglo no hacen mayores referencias a esa contribución. Ello no debiera extrañarnos: para el constitucionalismo del siglo XIX el objeto de una Carta Fundamental era limitar el poder estatal y establecer un sistema de separación de poderes. Por eso las escasas disposiciones que en esta materia podemos encontrar en nuestros textos constitucionales se vinculaban con algunas atribuciones o prohibiciones al poder público en su relación con la sociedad civil³⁶.

La tendencia empieza a cambiar ya entrado el siglo XX. En ello influyeron dos fenómenos. El primero, más global, es el surgimiento del constitucionalismo de principios, tras la segunda guerra mundial; el segundo, que es igualmente

global, pero con una expresión nacional muy clara, fue el dilema ideológico que enfrentaba, para cierta izquierda, a un Estado con creciente vocación totalitaria con las diversas formas y expresiones de asociativismo privado. Si bien los tratadistas de la Constitución de 1925 acogieron, cada uno a su modo, el constitucionalismo de principios, fue el segundo fenómeno el que mayor preocupación despertó.

Una prueba de esto último es el Estatuto de Garantías Constitucionales. Como se recordará, ésta fue una reforma constitucional que acordaron el recién electo Presidente Salvador Allende y la Unidad Popular con la Democracia Cristiana. El objetivo era facilitar que esta última le diera sus votos en la elección que debía hacer el Congreso Pleno del próximo Presidente³⁷. El texto fue negociado en pocos días y contemplaba una serie de disposiciones que entregaban, en palabras de Joaquín Fermandois, “una suerte de seguro de democracia”³⁸.

La lectura de la reforma constitucional permite apreciar una reacción al latente conflicto entre el poder estatal y las instituciones y asociaciones privadas. Por eso se reguló, con especial densidad, el estatuto de los medios de comunicación, de los establecimientos educacionales y universidades, así como de los sindicatos, todo ello para garantizar espacios de autonomía. También se reglamentó la acción de los partidos políticos y se reconoció “el derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica”³⁹, ordenando además al Estado remover los obstáculos que limitaran en los hechos la libertad e igualdad de las personas

33 SILVA (1963) p. 249.

34 ANDRADE (1963) p. 272 y ss.

35 DÍAZ DE VALDÉS (2016).

36 Algunos ejemplos son el art. 7 N° 12 de la Constitución de 1828 que prohibía al Congreso “Conceder por tiempo ilimitado privilegios exclusivos a compañías de comercio o corporaciones industriales”; y el art. 72 N° 11 de la Constitución de 1925 que establecía como atribución del Presidente “Conceder personalidades jurídicas a las corporaciones privadas, y cancelarlas; aprobar los estatutos por que deban regirse, rechazarlos y aceptar modificaciones”.

37 En ese entonces no había en Chile una segunda vuelta presidencial y era el Congreso Pleno el que debía elegir al próximo Presidente de la República entre las dos primeras mayorías relativas, si es que ninguno de los candidatos obtenía la mayoría absoluta en la elección.

38 FERMANDOIS (2013) pp. 341 – 345. Más gráfico fue, en esos años, lo que sostuvo Patricio Aylwin: “Dondequiera que triunfan los sectores marxistas comienzan de inmediato a aplicar sus métodos: suprimen el pluralismo partidista (...), acaparan todos los medios de comunicación (...) estatizan totalmente la educación y le imponen una ideología oficial (...) las garantías constitucionales son, como quien dice, fijar el ring para el combate democrático (...) tendremos una cancha adecuada para dar con posibilidades de éxito la pelea que en estos momentos es preciso dar en Chile”.

39 Es interesante consignar que, según señala el senador Bulnes Sanfuentes en la sala del Senado, incorporar el derecho a la participación en la Constitución de 1925 ya había sido objeto de discusión en el Congreso Nacional. Al respecto, sostuvo que el derecho de todos los ciudadanos a participar activamente en la vida social, entre otros, que señaló, “figuraban en las reformas constitucionales presentadas en 1965 y alcanzaron a aprobarse en la Comisión de Reformas Constitucionales del Senado, integrada por parlamentarios de las más diversas tendencias”. Diario de sesiones del Senado. Sesión 16 del 22 de octubre de 1970. Pág. 587.

y grupos. Al amparo de este derecho, por primera vez, hay un cierto reconocimiento de la participación de entidades privadas en la solución de problemas públicos⁴⁰.

A su turno y como veremos, la Constitución de 1980 profundizó este reconocimiento y el rol de la sociedad civil —los grupos intermedios le llamó— en el devenir de la sociedad. Asimismo, intentó plantear un modelo de cuño corporativista a nivel local que tuvo corta duración⁴¹.

Con todo, la falta de referencia en los textos constitucionales previos al actual no es signo de una ausencia de reflexión sobre el rol de la sociedad civil. Como ha mostrado García, dentro de lo que ha venido a denominar la tradición constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile se inserta desde los orígenes de ésta la reflexión en torno a diversas formas de asociativismo. Prueba de ello son variados planteamientos que desarrollaron profesores de la Facultad de Derecho. En este contexto, el autor distingue tres perspectivas que desarrollan los académicos y que se vinculan con la sociedad civil y su despliegue en el orden social: la primera es la naturaleza social del ser humano; la segunda es la autonomía municipal; y la tercera, el derecho de asociación. La conjunción en diversos autores de estas tres perspectivas permite articular un conjunto de planteamientos que dan sustento intelectual al rol de la sociedad civil en el país.

Así, la naturaleza social de la persona es destacada, entre otros, por Abdón Cifuentes cuando anota que “las asociaciones religiosas, políticas, de beneficencia, científicas, literarias, comerciales, industriales, etc., que han existido y existirán siempre, sea por razón de interés privado, sea por

razón de interés público, son nada más que manifestaciones diversas de una inclinación y de una necesidad inherentes a la naturaleza humana”. Más de medio siglo después, en 1963, Alejandro Silva, sobre la base de la naturaleza social de la persona, propondría una definición de sociedad civil señalando que es “aquel cuerpo mayor que, comprendiendo multitud de hombres y variedad de grupos natural o libremente formados, tiene por misión crear, mantener y afirmar las condiciones favorables a la consecución por cada uno de sus miembros de su fin específico, con el objeto de hacer posible el perfeccionamiento de todos”.

Por su parte, la autonomía municipal fue promovida por el mismo Abdón Cifuentes y Manuel José Irrarázabal en la ley de comuna autónoma. Primero ellos y luego otros verían en el fortalecimiento de las comunas un espacio para “despertar las iniciativas”, en palabras de José María Cifuentes, o “una escuela de vida pública”, al decir de Carlos Estévez. Si bien los municipios son una entidad estatal y no forman parte de la sociedad civil, lo cierto es que teorizar sobre su ubicación en la distribución del poder y fortalecer su capacidad de decisión se apreciaba como una forma más de combatir el excesivo centralismo para permitir “a la comunidad organizada cooperar y asociarse para lograr diversos objetivos de bien común, en el ámbito de la vecindad”⁴².

Si sumamos a estas dos perspectivas lo que ya hemos anotado de la evolución constitucional del derecho de asociación, podemos apreciar una vertiente intelectual en el derecho público nacional que buscó fortalecer la asociatividad y dar sustento teórico a la participación de la sociedad civil en la vida social. Todo ello influye en la forma en que la Constitución vigente reconoce el derecho de asociación y el rol de la sociedad civil, según veremos a continuación.

40 Todo ello en la Ley N° 17.398 que Modifica la Constitución Política del Estado. La disposición a la que se ha hecho referencia decía: “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 la 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”.

41 La Constitución original y hasta diversas reformas en los noventa, establecía el consejo regional de desarrollo en cada región y el consejo comunal de desarrollo en cada comuna. El primero estaría integrado, entre otros, por miembros designados por los principales organismos públicos y privados que ejerzan actividades en el área territorial de la región. El segundo, por representantes de las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional y de las actividades relevantes dentro de la comunidad. Ver arts. 101, 102, 109 y 110 de la Constitución original.

42 GARCÍA (2017) pp. 115, 282, 174, 224 y 118.

4. DERECHO DE ASOCIACIÓN Y SOCIEDAD CIVIL EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO.

La Constitución de 1980

4.1. Derecho de asociación: dimensión individual

La Constitución vigente consagra el derecho de asociación asegurando a todas las personas:

“El derecho de asociarse sin permiso previo.

Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado [...]”.

La doctrina constitucional ha estudiado con detalle el alcance de esta disposición⁴³. No es el objeto de esta investigación profundizar en ello sino únicamente destacar algunos puntos relevantes que han ido configurando el contenido del derecho.

Retorno a la Constitución de 1833. La Constitución vuelve a la fórmula original de la Carta de 1833, consagrando en términos amplios “el derecho de asociarse sin permiso previo”. El enunciado normativo del derecho de asociación impide que el legislador imponga requisitos o restricciones a la facultad de las personas de unirse en orden a alcanzar de forma conjunta los fines específicos que libremente se han propuesto. Así, no sería admisible supeditar la existencia de una asociación a la aprobación de la autoridad o excluir la acción privada colectiva de ciertos ámbitos o sectores de la sociedad. Lo dicho no excluye que el legislador pueda establecer ciertos requisitos razonables y proporcionados para el ejercicio del derecho o evitar la formación de ciertas

asociaciones. De hecho, la propia Constitución prohíbe las que son contrarias a la moral, el orden público y la seguridad del Estado. Este límite justifica, por ejemplo, la tipificación del delito de asociación ilícita.

Faceta positiva y negativa del derecho/libertad. El derecho de asociación no solo supone la facultad de formar e incorporarse a una organización, sino que además presenta una faz negativa consistente en el derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación. La Constitución establece en términos expresos dicha prohibición en el inciso 3 del artículo 19 N° 15, la que se reitera a propósito de la libertad de trabajo y de la afiliación sindical. La preocupación del constituyente por enfatizar la afiliación voluntaria obedece a que bajo el imperio de la Constitución anterior la regulación de ciertas asociaciones —como colegios profesionales y sindicatos— incluía mecanismos de pertenencia obligatoria.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre el derecho de asociación y la libertad de asociación, sosteniendo que “esta libertad consiste precisamente en el poder de autodeterminarse en cuanto pertenecer o no, crear o no, una sociedad, asociación o grupo corporativo específico, vale decir no ser coaccionado a integrarse a un determinado ente societario, acoger o no, libremente, como miembro a un determinado sujeto que desee integrarse a él, en fin retirarse o no de ese grupo o cuerpo asociativo libremente”⁴⁴. A su vez, la faz negativa del derecho de asociación se traduce en el carácter voluntario de las organizaciones que integran la sociedad civil, nota que se remonta al origen del

43 BRONFMAN et al (2016); CEA (2012) pp. 437-456; NOGUEIRA (2010) pp. 597-676; SILVA (2010) pp. 49-200; VIVANCO (2007) pp. 435-451.

44 STC 184-1994 c. 7°.

Estado moderno que conllevó la aparición de una forma de organización voluntaria e igualitaria, desplazando la estructura estamental —concebida como natural y jerárquica— propia de la sociedad tradicional.

Asociación y personalidad jurídica. Si bien la facultad de asociarse no está subordinada a la ley, el inciso 2 del artículo 19 N° 15 remite al legislador la definición de las condiciones para gozar de la personalidad jurídica que habilita a las organizaciones a ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representadas judicial y extrajudicialmente. De este modo, y tal como lo refiere el Tribunal Constitucional, “la diferencia que establece la Constitución entre el derecho de asociación en general y el derecho de asociación con personalidad jurídica resulta evidente. El primero, el género, no requiere de ley para su ejercicio; el segundo, la especie, debe cumplir las prescripciones que establezca el legislador con tal objeto”⁴⁵.

La Constitución chilena no se refiere expresamente a la dimensión colectiva del derecho de asociación en cuanto elemento constitutivo de este derecho fundamental. Tal como ha ocurrido a nivel comparado, el desarrollo de esta faceta ha sido producto de una construcción doctrinaria y jurisprudencial⁴⁶. Pese a ello, la Carta Fundamental sí hace un planteamiento en el Capítulo de Bases de la Institucionalidad que involucra directamente la autonomía de las organizaciones de la sociedad civil a la que hacemos referencia a continuación.

4.2. La valoración de los cuerpos intermedios y su autonomía

El artículo 1° inciso 3 expresa la opción constitucional por una estructura social que asigna un rol a las asociaciones de naturaleza privada, junto con consagrar el principio de autonomías sociales. Ahí se lee que “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Esta disposición, así como otras que le sirven de complemento, han sido intensamente examinadas por la doctrina y la jurisprudencia⁴⁷. En esta oportunidad, solo debemos destacar algunos puntos.

Grupos intermedios. La Constitución concibe una estructura social en la que los grupos intermedios —noción que comprende a la sociedad civil— ocupan una posición cardinal. De esta forma, se asume que la comunidad nacional no solo está integrada por individuos y el Estado, sino que también por familias y una pluralidad de organizaciones de naturaleza privada orientadas al cumplimiento de los más diversos objetivos. Esta disposición constitucional ha servido de fundamento para sostener la preferencia por la provisión privada de necesidades colectivas y el consecuente rol subsidiario del Estado. Ambas cuestiones serán tratadas más adelante.

Respecto a los grupos intermedios, Cea ha sostenido que estos son “organizaciones voluntariamente creadas por la persona humana, ubicadas entre el individuo y el Estado, para que cumplan sus fines específicos a través de los medios de que dispongan, con autonomía frente al aparato público”⁴⁸. Los grupos intermedios se originan a partir del ejercicio del derecho de asociación, a diferencia de los órganos y servicios públicos que se constituyen y configuran en virtud del principio de legalidad⁴⁹.

Autonomía de los cuerpos intermedios. La autonomía de las organizaciones de la sociedad civil se encuentra garantizada expresamente en el Artículo 1° inciso tercero de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha precisado que la autonomía de los cuerpos asociativos se configura “por el hecho de regirse por sí mismos; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismos y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata”⁵⁰.

45 STC 43-1987 c.13° y 14°. Este mandato constitucional se ha concretado en las disposiciones del Título XXXIII del Libro I del Código Civil (modificado por la Ley N° 20.500 de 2011) que rige a las corporaciones y fundaciones, así como en otras normas legales especiales.

46 El Tribunal Constitucional chileno ha expresado que “la dimensión colectiva del derecho de asociación comprende la facultad de autogobierno de la asociación y, en virtud de ella, la agrupación puede dictar normas internas y elegir su forma de conducción y representación” STC 2626-2014, c.15°; STC 2627-2014, c.15°.

47 Ver especialmente SOTO Y VIVEROS (2016), pp. 10 – 20.

48 CEA (2015) p.216.

49 STC 1295-2008 c. 55°.

50 STC 184-1994 c.7°.

No admite discusión el hecho que la autonomía social se encuentra limitada. El Artículo 1º inciso 3 asegura a los grupos intermedios la adecuada autonomía, lo que significa “apropiada, proporcionada o conveniente para los fines específicos del grupo”⁵¹. De este modo, “el fin específico de la sociedad intermedia determina el ámbito y el límite dentro del cual puede legítimamente gobernarse con autonomía”⁵². A su vez, las organizaciones pueden ser reguladas por la ley, en cuanto esta última constituya un límite y no el desconocimiento de la autonomía asegurada constitucionalmente, según veremos más adelante.

Política y cuerpos intermedios. La Constitución de 1980, muy anclada a los conflictos de la época, revaloriza la asociatividad y promueve la existencia de un tejido social robusto a fin de evitar una creciente estatización de los sectores de la sociedad. Frente al dilema Estado versus persona que enfrentaba a los sistemas totalitarios con las democracias occidentales en plena Guerra Fría, la Constitución adhiere formalmente a una visión humanista. Con todo, este reconocimiento no se extiende con la misma fuerza a la participación de las organizaciones de la sociedad civil en la toma de decisiones colectivas y en el control de la gestión pública. Solo al reglamentar los gobiernos regionales y comunales la Constitución encomienda a los respectivos consejos y a las municipalidades hacer efectiva la participación ciudadana a nivel local.

Este limitado reconocimiento se condice con ciertas disposiciones constitucionales que dan cuenta de la intención del constituyente de mantener a las organizaciones de la sociedad civil al margen de la política. El temor a su instrumentalización ideológica se expresa en el Artículo 23, el que señala que serán sancionados los grupos intermedios que hagan mal uso de su autonomía, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos. La norma agrega a continuación la controvertida incompatibilidad entre los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales y de los partidos políticos. En la misma línea, el Artículo 19 N°19 dispone que las organizaciones sindicales no podrán intervenir en

actividades políticas partidistas y el Artículo 19 N°15 que los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias. A esto se suma el hecho de que la Constitución prácticamente no contempla mecanismos de democracia directa que complementen el sistema de democracia representativa.

Este breve repaso da cuenta de una robusta consagración del derecho de asociación que ha evolucionado jurisprudencialmente. Asimismo, permite apreciar un reconocimiento de la sociedad civil —a la que se le llama conforme a la época "cuerpos intermedios"— y a la autonomía de las asociaciones. En el debate constitucional que viene, es posible que el derecho de asociación, en su faceta individual, no sea particularmente discutido; como hemos visto, tanto en Chile como en el mundo su consagración no genera controversias. Por el contrario, el reconocimiento del rol de la sociedad civil y sus ámbitos de autonomía posiblemente generen intensas polémicas. Es ello lo que analizaremos a continuación.

51 CEA (2015) p. 217.

52 FERMANDOIS (2001) p. 87.

5. ALGUNOS DEBATES SOBRE LA SOCIEDAD CIVIL CON PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

En las páginas que siguen analizaremos diversos debates que seguramente se desarrollarán en la Convención Constitucional y que se vinculan con la sociedad civil. Son debates con perspectiva constitucional, pues no necesariamente tendrán una consagración en la nueva Constitución. La aproximación no es solo descriptiva, sino que también tomamos posición sobre el camino que, a nuestro juicio, debiera seguir la Convención por las razones que en cada caso exponemos.

5.1. Rol subsidiario del Estado y sociedad civil

a) Los debates en torno a la subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, consagrado implícitamente en el texto constitucional vigente⁵³, es uno de los contenidos que mayor controversia ha suscitado en nuestro país. La discusión en torno a este principio se ha planteado fundamentalmente desde la perspectiva de las atribuciones del Estado y de su aptitud para proveer bienes públicos, relegando a un segundo plano el debate sobre la posición que ocupa la sociedad civil en la estructura social.

En cuanto principio, la subsidiariedad presenta un contenido normativo que impone al Estado una obligación negativa o prohibición de suplantar la actividad de las personas y asociaciones de naturaleza privada en la vida social, así como una obligación positiva o mandato de actuación en *subsidium* en caso de que los privados no sean capaces de afrontar adecuadamente determinadas tareas de bien común. El

alcance de estos criterios orientadores del rol del Estado ha sido sumamente debatido, en particular porque “se trata de un principio que exige una evaluación concreta, caso a caso, para su aplicación”⁵⁴. Además, “la jurisprudencia, lejos de explicarle a la comunidad la manera en que el principio de subsidiariedad se *objetiva* en los casos concretos, ha usado el discurso de este principio de manera poco predecible y sin generar estándares claros en relación al mismo”⁵⁵.

Cabe anotar también que en la actualidad parece bastante difundida la idea de que el principio de subsidiariedad ha servido de instrumento para consolidar una cierta forma de liberalismo político y económico en nuestro país⁵⁶. Al respecto, no es posible ignorar que por mucho tiempo predominó en la política, la doctrina y la jurisprudencia una aproximación a la subsidiariedad que enfatiza los deberes de abstención del Estado, limitando significativamente las hipótesis que habilitan su intervención en el ámbito económico y social. Si bien estas lecturas nos parecen algo parciales a la luz de una interpretación sistemática de la Constitución y de la evolución de la jurisprudencia⁵⁷, no debemos desconocer que, al menos para la opinión común, se encuentran bastante extendidas.

b) La importancia de la subsidiariedad

Queremos destacar la importancia del principio de subsidiariedad como una fórmula eficaz para responder la pregunta sobre el rol del Estado en una determinada comunidad política.

53 El principio de subsidiariedad se ha entendido comprendido en el Artículo 1º inciso 3 de la Constitución, entre otras disposiciones constitucionales, a saber, los artículos 1º inciso 4, 19 N°9 inciso final, 19 N°10 inciso final, 19 N°18 inciso 3 y 19 N°21.

54 ORTÚZAR (2015) p.13.

55 GARCÍA y VERDUGO (2015) p. 205-206.

56 VIERA, BASSA y FERRADA (2016); LOO (2009) p.420; NOGUEIRA (2008) p.339; FERRADA (2000) p.51.

57 OVALLE (2015). El Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que la intervención del Estado no se contrapone al principio de subsidiariedad, articulándolo con los principios de solidaridad y equidad. De esta forma, ha validado estatutos especiales para empresas del Estado (STC 2541-2013), una regulación más intensa que limita la autonomía privada (STC 506-2006; STC 2487-2013; STC 2731-2014) y la imposición de cargas y deberes a los particulares, en especial a aquellos que cumplen un rol en la satisfacción de los derechos de las personas (STC 976-2007; STC 1295-2008).

Ante todo, cabe tener presente que el principio de subsidiariedad “es prescriptivo porque antes es descriptivo. Su dimensión normativa se funda sobre la constatación del hecho de que cada sociedad particular posee sus propios fines específicos respecto de los cuales, cada una de ellas, si bien no siempre es autosuficiente, es la única inmediatamente competente”⁵⁸. De esta forma, la determinación del alcance y correcta aplicación del contenido normativo del principio de subsidiariedad no puede prescindir de la descripción del orden social en el que se sustenta y sus fundamentos.

El principio de subsidiariedad se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad inalienable y la naturaleza social del ser humano, así como en su consecuente primacía ontológica respecto del Estado⁵⁹. En esta línea, la sociedad civil debe ser respetada y promovida por el Estado, no solo porque cumple relevantes funciones en materia de provisión de servicios sociales y de representación de intereses⁶⁰, sino porque el fenómeno de la asociatividad es lo que permite la realización de la dignidad humana. De este modo, “es imposible promover la dignidad de la persona si no se cuidan la familia, los grupos, las asociaciones, las realidades territoriales locales, en definitiva, aquellas expresiones agregativas de tipo económico, social, cultural, deportivo, recreativo, profesional, político, a las que las personas dan vida espontáneamente y que hacen posible su efectivo crecimiento social”⁶¹.

Las obligaciones negativas y positivas del Estado que se derivan del principio de subsidiariedad están atadas a la dignidad de la persona en cuanto ser social. Es esta dignidad la que exige asegurar la participación y responsabilidad de los grupos sociales en las tareas de bien común y la que justifica la preferencia por la provisión privada de necesidades colectivas, sin perjuicio de la concurrencia de otras razones como la eficiencia, experticia, calidad,

innovación y confianza de la acción que despliega la sociedad civil⁶². El principio de subsidiariedad, entonces, no responde a una preocupación instrumental por la eficiencia social o a una necesidad de compromiso político, su raíz es personalista más que utilitaria o contractualista⁶³.

El Estado debe actuar promoviendo una iniciativa, participación y responsabilidad que se consideran valiosas, tanto desde la perspectiva del pleno desarrollo de la persona como de la profundización de un tejido social robusto, esencial para la vida en comunidad. Vale decir, no se trata de una mera preferencia que debe ser respetada por el Estado vía la abstención, sino que debe ser activamente estimulada y apoyada.

Por cierto que muchas veces la iniciativa privada — autosustentada o apoyada— no será suficiente, por lo que el Estado deberá actuar supliendo a los privados a fin de asegurar las condiciones sociales exigidas por el bien común. En otras palabras, la subsidiariedad no excluye la intervención del Estado, sino que la ordena a fin de resguardar la acción de las diversas formas de asociación a las que pueden dar origen las personas.

Volver al fundamento teórico de la subsidiariedad permite relevar aquellos atributos de la persona humana que se encuentran involucrados en la vigencia de este principio, así como el modelo de sociedad que le sirve de justificación: “la imagen de la sociedad que se deriva de ese principio [de subsidiariedad] es la de una pluralidad de comunidades, cuyo desenvolvimiento ayuda y coordina el orden político, respetando la autonomía de sus funciones propias”⁶⁴. Sin perjuicio de lo señalado, no podemos perder de vista que la operatividad del principio requiere un examen aplicado, alejado de abstracciones que prescindan de las particulares circunstancias del caso concreto.

58 LETELIER (2017) p. 100.

59 En este sentido, Aristóteles advierte que “el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar es o un ser inferior o un ser superior al hombre”. Política I, 1253a 9. El pleno desarrollo de la persona se da en su relación con otros, puesto que la “perfección humana no es algo que pueda obtenerse individualmente. El bien del hombre es un bien común, es decir, una perfección que se participa y difunde entre los integrantes de un grupo social”. MASSINI (1986) p. 52.

60 IRARRÁZAVAL, SAGREDO Y STREETER (2019) p. 15.

61 Compendio DSI, N°185. Cabe señalar que la subsidiariedad ha sido una enseñanza tradicional de la doctrina de la Iglesia Católica. Recientemente el Papa Francisco reflexionó al respecto en el ciclo de catequesis *Curar el Mundo* señalando que se trata de un principio en virtud del cual “cada uno debe tener la posibilidad de asumir la propia responsabilidad en los procesos de sanación de la sociedad de la que forma parte” y agregó que “para salir mejores de una crisis, el principio de subsidiariedad debe ser implementado, respetando la autonomía y la capacidad de iniciativa de todos, especialmente de los últimos”. FRANCISCO (2020), pp. 688 – 689.

62 IRARRÁZAVAL, SAGREDO Y STREETER (2019) p. 15-16.

63 CAROZZA (2003) p. 42.

64 SÁNCHEZ AGESTA (1962) p.11.

c) Proyecciones

El debate constitucional en torno al principio de subsidiariedad se vislumbra complejo. Ello, ante todo, porque en todos los sectores políticos la nueva Constitución se visualiza como aquella que supera el “Estado subsidiario” dando inicio a una etapa de mayor intervención estatal. Este nuevo rol del Estado suele tomar las formas del “estado social de derecho”, tradicional cláusula constitucional de origen europeo que, en alguna medida, acompañó el surgimiento de los estados de bienestar durante la posguerra. Así es común escuchar que se enarbola la cláusula del “estado social de derecho” como oposición al “estado subsidiario”, entendido en clave abstensionista⁶⁵.

Es bueno recordar que tal dicotomía no es correcta. Tanto el “estado social de derecho” como el “estado subsidiario” son cláusulas de textura abierta que ofrecen criterios y fundamentos para una decisión, pero no entregan una sola respuesta al enfrentarlas a la definición del rol del Estado. En consecuencia, bajo la cláusula del “estado social de derecho” también es posible que se promueva la participación de las organizaciones de la sociedad civil en los asuntos públicos, cuestión que dependerá del contenido y alcance que se le reconozca⁶⁶.

Por otra parte, también se advierte una posición que promueve un modelo de Constitución más bien neutro, desprovisto de principios y definiciones doctrinarias, en orden a ampliar el ámbito de acción de la política ordinaria. Esta aproximación no da cabida a la consagración de principios como el de subsidiariedad.

¿Qué camino sugerimos? Como primer punto, nos parece conveniente la consagración de ciertos principios constitucionales que reflejen el acuerdo fundamental acerca

de la estructura social que debiese consolidar nuestro país. Los principios constitucionales gozan de una estabilidad y jerarquía que se impone a mayorías transitorias, no para definir los programas políticos o las decisiones de mérito, sino que para estatuir orientaciones, guiar la labor del intérprete y establecer ciertos límites al legislador.

En tal sentido, nos parece imprescindible consagrar en clave de principio una cierta directriz que permita responder hacia el futuro las preguntas sobre el rol del Estado. Y para hacerlo, no podemos simplemente abandonar los debates que el constitucionalismo chileno ha tenido en las últimas cuatro décadas para adherir acríticamente a fórmulas extrañas. Dicho de otra forma, tanto los críticos como los adherentes de la subsidiariedad han debatido por décadas al respecto dando vida a un acervo intelectual que merece alguna continuidad.

Un proceso constituyente es una instancia propicia para, haciéndose cargo de la propia historia, seguir construyendo el pacto fundamental. No debe olvidarse que, al decir de Nino, escribir una Constitución importa un diálogo con el pasado que permite seguir levantando esa obra en la que otras generaciones también han participado⁶⁷. Desde esta perspectiva, el proceso constituyente ofrece la oportunidad de dotar de un contenido más preciso al principio de subsidiariedad, el que hasta ahora ha carecido de un significado unívoco en nuestro medio.

Visto así, creemos que la discusión sobre el rol del Estado debe darse en torno al principio de subsidiariedad para mantener un continuo intelectual con el debate que generó la Constitución vigente.

¿Qué significa esto? Queremos decir que no podemos abandonar sin más las cláusulas constitucionales que hoy

65 Una mirada al debate actual en SOTO (2020) pp. 181 y ss.

66 No pretendemos emprender aquí una reflexión sobre el alcance de la cláusula del “estado social de derecho”. Con todo, y como ha señalado el Tribunal Constitucional español, “la configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad”. Sentencia 18/1984. Citada en ALVAREZ (2006), p. 120.

67 NINO (2005) pp 63 y ss. Nino anota, en una frase que podría aplicar a nuestro debate sobre el rol del Estado y la Constitución, que “se trata de reconocer que si la única forma de tomar decisiones moralmente justificadas es en el contexto de prácticas sociales existentes fundadas por una Constitución, es necesario preservar esa Constitución y las prácticas generadas por ella, salvo que sean tan malas que no puedan ser mejoradas y que la única decisión moralmente justificada es la que conduce a desconocer la Constitución, aun a riesgo de no poder establecer exitosamente otra”. No es la subsidiariedad, que tantas reflexiones ha generado en estas décadas, de aquellas prácticas tan malas que no pueden ser mejoradas que justifiquen su total olvido.

sirven de base implícita al principio de subsidiariedad sino que tenemos que construir sobre ellas un nuevo pacto. ¿Qué sentido tiene eliminar el reconocimiento a los “cuerpos intermedios” (que mañana podría tomar la forma de un reconocimiento a la sociedad civil)? ¿Por qué habríamos de derogar la mención a la protección de su autonomía? Algunos dirán que en estas cláusulas descansa el sustento teórico del principio de subsidiariedad en su faceta abstencionista. Pero incluso para quienes así lo piensan, ¿no sería más razonable discutir la faceta activa del Estado en torno a estas cláusulas que ya han sido objeto de deliberación y configuración dogmática? Ello incluso si se quiere cambiar el rumbo y promover fórmulas más intervencionistas.

El principio de subsidiariedad, como lo hemos dicho, no está anclado a la abstención y la discusión constitucional puede marcar un nuevo hito que incida en su evolución y consolidación. Abandonar de plano la discusión de la subsidiariedad e importar cláusulas como la del “estado social de derecho” rompe con la intensa discusión intelectual y jurídica que se ha desarrollado en Chile para adherir acriticamente a un concepto cuyas fronteras son tanto o más ambiguas que las de la propia subsidiariedad.

En cualquier caso, y como analizaremos más adelante, planteamos que la definición respecto al rol del Estado —sea que se tome en torno al principio de subsidiariedad u otra fórmula— debe abrir y no cerrar espacios a la participación de la sociedad civil. Las declaraciones constitucionales sobre la importancia de esta serán insuficientes si no se aseguran las condiciones para su desenvolvimiento y efectiva participación. La posición que, en definitiva, ocupe la sociedad civil depende en buena medida del rol que se le asigne al Estado.

5.2. Derecho de asociación y autonomía de las organizaciones de la sociedad civil

a) Un asunto relativamente pacífico: la dimensión individual del derecho de asociación

La Convención Constitucional revisará la actual consagración del derecho de asociación. Como se desprende de lo reseñado en las secciones anteriores, el texto vigente emplea fórmulas bastante similares a las de otras constituciones en el mundo, salvo quizás el desarrollo, un tanto extenso, de la regulación de los partidos y pluralismo político. Los elementos de la dimensión individual del derecho de asociación, que actualmente comprende la Constitución, se conforman, además, con lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales. Es del caso recordar que uno de los límites materiales a los que estará sujeta la Convención es precisamente el respeto por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En concordancia con lo anterior, algunas de las propuestas constitucionales que se han podido conocer dan cuenta que, en torno a la dimensión individual del derecho de asociación, si bien hay algunas diferencias no se aprecian nudos críticos que permitan augurar un debate intenso.

Así, se propone genéricamente la consagración del derecho de asociación —como es el caso del Centro de Estudios Horizontal⁶⁸, ligado a Evópoli, y la propuesta de Revolución Democrática⁶⁹— o modificaciones que solo vienen a complementar lo ya existente. Entre estas últimas, el documento de académicos próximos al Partido Socialista y al Partido por la Democracia propone “incorporar un derecho de asociación genérico y un derecho de asociación política específico”⁷⁰ y Libertad y Desarrollo plantea profundizar en la proscripción de la discriminación arbitraria en el ejercicio de este derecho⁷¹. También el documento de la Democracia Cristiana menciona el derecho de asociación, pero solo para señalar que debe restablecerse la colegiatura obligatoria cuando el legislador así lo determine⁷².

b) Alcance y protección de la autonomía social

El debate posiblemente se concentrará en la faceta colectiva del derecho de asociación. La pregunta que deberá hacerse la Convención es de qué forma se reconoce la titularidad de derechos de las asociaciones, cómo se protege su autonomía y qué alcances tiene.

68 Horizontal (2020): Evolución Constitucional. Bases conceptuales y propuestas para pensar la nueva Constitución.

69 Revolución Democrática (2021). Programa Constituyente Revolución Democrática.

70 Zúñiga et al. (2020): Bases y Fundamentos de una Propuestas, Constitucional Progresista.

71 Libertad y Desarrollo: Propuesta Constitucional con control de cambios. La propuesta agrega un nuevo inciso que establece que “nadie puede ser discriminado arbitrariamente por pertenecer a una asociación o no pertenecer a ella, ni por las ideas, objetivos, misión que la asociación respectiva tenga”.

72 Partido Demócrata Cristiano (2021). Bases constitucionales de la DC para la nueva Constitución.

Como hemos anotado, la Constitución vigente omite cualquier referencia y ha sido la jurisprudencia la que le ha ido dando sustancia. El Tribunal Constitucional ha señalado que “la asociación resultante [del ejercicio del derecho de asociación] tiene derechos fundamentales también protegidos por el artículo 19, numeral 15° de la Constitución. Dentro de esos derechos colectivos destacan la libertad para darse sus propios estatutos, para modificarlos o para adoptar acuerdos. Asimismo, alcanzan las facultades de decisión sobre su estructura orgánica, sobre la elección de su nombre, sede y fines de la asociación, abarcando la libre elección de la estructura organizacional, la resolución de las controversias internas de la organización y la libre elección de los órganos internos de la asociación. En este punto, también abarca su derecho a disolverse”⁷³.

Pese a la amplitud de ésta y otras conceptualizaciones que se han formulado —tanto para explicar la dimensión colectiva del derecho de asociación como el principio de autonomías sociales— el alcance de la referida autonomía y su especificidad han sido objeto de discrepancias constitucionales en los últimos años. Ello por cuanto se observa una cierta tendencia a validar una legislación cada vez más intensa y, en ocasiones, interventora en ámbitos antiguamente reservados al autogobierno. Esto se advierte especialmente en organizaciones de la sociedad civil que persiguen un fin de relevancia pública.

Por ejemplo, en materia educacional se ha discutido intensamente sobre el razonable nivel de regulación de las entidades educativas. El Tribunal Constitucional conoció varios de estos reclamos y los ha ido resolviendo en estrechas votaciones, lo que ha impedido generar una línea jurisprudencial precisa. Así, en los últimos años ha dictado sentencia a propósito de la Ley del Administrador Provisional, la Ley de Inclusión Escolar y la Ley sobre Educación Superior en las que, de modo ambivalente, ha reconocido mayor o menor espacio de autonomía a los establecimientos⁷⁴.

Es claro que toda regulación limita, por definición, la autonomía social. También lo es el hecho de que no resulta sencillo determinar en qué punto la limitación se torna

privación de la facultad de autogobierno de una organización. Por consiguiente, es natural que existan opiniones divergentes respecto al modo en que se resuelve, en un caso concreto, este complejo equilibrio entre el derecho de una asociación a regirse con autonomía y la vigencia de otros derechos u objetivos sociales. Lo que preocupa profundamente es constatar el surgimiento de una línea argumentativa a la que subyace la idea de que las asociaciones deben sujetarse a las normas que establezca el legislador, cualquiera sea el tenor de éstas y el nivel de afectación a su autonomía. La garantía constitucional desaparece cuando el Tribunal Constitucional sostiene que “el legislador está llamado [por la Constitución] a dictar normas generales y obligatorias, de modo que cuando cumple esa tarea no realiza una intromisión ilegítima en dicha autonomía [de los cuerpos intermedios]”⁷⁵.

Una cosa es la diferencia de criterios en la determinación de la intensidad regulatoria constitucionalmente tolerable, otra muy distinta es desconocer aquella autonomía social que es manifestación de la libertad humana y condición del pluralismo social.

Una arista particular de este debate es la referida a las implicancias del financiamiento público en la autonomía de las organizaciones que acceden a éste. El problema se ha suscitado con ocasión de la regulación de establecimientos particulares subvencionados. Algunos plantean que el hecho de recibir recursos públicos justifica per se la imposición de restricciones a la autonomía. Otros, en cambio, aseguran que recibir financiamiento público en nada afecta los ámbitos de autonomía, sin perjuicio de las obligaciones relacionadas con la rendición de cuentas de dichos recursos⁷⁶. En nuestra opinión, la subvención escolar es expresión del valor que la Constitución asigna a la participación de los grupos intermedios en la vida social y en este caso particular, a la existencia de una diversidad de proyectos educativos que posibilite el ejercicio del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, cuestión que presupone no afectar los ámbitos de autonomía de las entidades educativas.

Otro caso que nos conduce al mismo tema es aquel que definió la denominada “objeción de conciencia

73 STC 4549-2018, c.10°; STC 5317-2018, c.10°.

74 STC 2731-2014; 2787-2015 y 4317-2018.

75 STC 2731-2014, c.98°.

76 Una discusión al respecto en SOTO (2009).

institucional”, que no es otra cosa que la protección del ideario de una asociación. Con motivo de la aprobación del aborto en Chile, el Tribunal Constitucional se pronunció en dos ocasiones reconociendo que las asociaciones con un ideario podían eximirse de cumplir ciertos mandatos que la ley imponía a los establecimientos de salud. El segundo caso da cuenta de esta tensión no resuelta entre financiamiento público y autonomía social, por cuanto el reglamento impugnado —y que acogía las observaciones formuladas por Contraloría— negaba el derecho a objetar conciencia a aquellas instituciones que hubiesen suscrito convenios con el Ministerio de Salud que contemplaran prestaciones de ginecología y obstetricia en pabellón. El resguardo del ideario y autonomía institucional concitó acuerdo en el Tribunal Constitucional, aunque generó polémica a nivel de la opinión pública⁷⁷.

c) Proyecciones

En lo que respecta al derecho de asociación, sugerimos mantener la consagración vigente que, como vimos y a diferencia de la Constitución de 1925, no subordina a la ley la conformación de una asociación, salvo en el caso de las con personalidad jurídica. Esta fórmula es más respetuosa de los diversos tipos de asociaciones que nacen al amparo de la libertad de las personas y dan estructura a una sociedad plural.

Asimismo, resulta conveniente conservar la referencia constitucional expresa a la libertad de afiliación. La faceta negativa del derecho de asociación no solo se encuentra consolidada en nuestra doctrina y jurisprudencia, sino que también en el derecho comparado y en el contexto internacional de los derechos humanos. No nos parece adecuado incorporar excepciones al principio de que nadie puede ser obligado a integrarse o permanecer en una asociación, por cuanto desdibujan la naturaleza voluntaria de las organizaciones de la sociedad civil. Cabe, en todo caso, considerar que el efectivo ejercicio de la libertad de afiliación puede verse afectado de modo indirecto por la existencia de monopolios de ciertos tipos de representación. Una legislación coherente con este derecho constitucional debiera favorecer una pluralidad de organizaciones en todos

los sectores, a fin de que las personas puedan adoptar — en los hechos— una decisión libre en términos de su pertenencia a una asociación.

En cuanto a la protección de la autonomía social, reiteramos lo difícil que resulta precisar lo que se entiende por adecuada autonomía y la intensidad que puede alcanzar su regulación. ¿Quiere decir esto que la nueva Constitución debe guardar silencio en este tema? ¿No puede, acaso, ir fijando pautas? Ciertamente. La forma de hacerlo es, a nuestro juicio, reconociendo explícitamente la dimensión colectiva del derecho de asociación. Si ello ocurre se tenderá a ir trasladando toda la dogmática que llena de contenido y contribuye a fijar las fronteras de los derechos fundamentales, ahora también al despliegue de las asociaciones. Entender la autonomía social como elemento integrante del derecho de asociación permite, por ejemplo, aplicar a su respecto el principio de reserva legal y la obligación que se le impone al legislador de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales que regula.

En relación con las fórmulas que puedan emplearse para consagrar esta dimensión colectiva, no parece posible definir a priori la pregunta sobre qué derechos tiene la asociación en su calidad de tal. En las últimas décadas, en el constitucionalismo global, las asociaciones han ido ganando, por la vía jurisprudencial, la titularidad de ciertos derechos fundamentales. Si primero fueron los típicamente patrimoniales (propiedad) luego se han extendido a otros como la privacidad, la expresión e incluso la libertad de pensamiento. No resulta fácil ni conveniente definir a nivel constitucional esta disyuntiva y no sugerimos que se haga pues el dinamismo asociativo, tanto en Chile como en el mundo, indica que cualquier fórmula muy rígida posiblemente quede obsoleta. Es la ley un mejor instrumento para zanjar este tipo de debates.

En consecuencia, la nueva Constitución podría avanzar en consagrar, por ejemplo, que el derecho de asociación incluye la protección de la autonomía de las asociaciones para alcanzar sus propios fines específicos así como su autogobierno y la protección de otros elementos definitorios. Igualmente podría reconocerse que los derechos de los asociados tienen cierta proyección en la asociación y por lo mismo, la protección de éstos implica también la protección de aquellos.

77 STC 3729-2017 y 5572-2018.

5.3. La sociedad civil y su contribución a la solución de desafíos públicos

a) Cuestión previa. Temas importantes, pero con vínculo constitucional distante

Nadie duda que la labor de las organizaciones de la sociedad civil enfrenta diversos desafíos que requieren constante atención. El proceso de constitución y funcionamiento, el apoyo técnico que necesitan para potenciar su trabajo, su relación con diversos servicios públicos, los vínculos con los municipios, su financiamiento y los límites a las condiciones que puedan imponerse al transferir recursos públicos, los beneficios tributarios asociados a su funcionamiento, la burocracia en los procesos de transferencia de recursos y en la postulación a los mismos, la eficiencia del proceso de ejecución simplificando los requisitos y restricciones, la mejora en el sistema de rendición de cuentas, el aumento en la disponibilidad de información desde las propias organizaciones de la sociedad civil y tantos otros son algunos de los desafíos que no deben postergarse⁷⁸.

Como puede apreciarse, ellos se inscriben dentro de un proceso en el que pueden identificarse tres ejes. Uno de ellos es la profesionalización de las propias organizaciones de la sociedad civil; el segundo es la desburocratización del aparato estatal que se vincula con éstas; y el tercero dice relación con el fortalecimiento del financiamiento. Todos éstos son temas importantes, pero que tienen un vínculo constitucional distante. Por ejemplo, muchos de estos requerimientos dicen relación con la modernización del Estado. Si bien la Constitución puede de alguna forma inducir a su modernización, es poco probable que cualquier declaración pueda tener una incidencia directa en alguno de las temáticas destacadas. Lo mismo ocurre cuando se trata del financiamiento de las organizaciones: lo que puede aportar la Constitución en términos de su justificación no resuelve el sinnúmero de cuestiones vinculadas a su alcance e implementación.

Por lo mismo, y como cuestión previa, debemos reconocer que el proceso constituyente tendrá efectos en la sociedad

civil y su marco normativo, pero difícilmente podrá satisfacer demandas que, aunque necesarias, dependen más de leyes, medidas de gestión o decisiones gubernamentales.

b) Los debates en torno a la colaboración de la sociedad civil en la satisfacción de bienes públicos

Una de las discusiones más intensas en las últimas décadas ha girado en torno a la participación de la sociedad civil en la satisfacción de demandas sociales. Este debate perfectamente podría haberse mantenido al margen de lo propiamente constitucional, pero en nuestro país ha adquirido una faceta que lo ha vinculado con la Constitución. Es así como, según hemos visto, el relato constitucional de la subsidiariedad se funda en una promoción de la intervención privada en la provisión de diversos bienes públicos y de alguna forma, la crítica a la subsidiariedad también ha deslizado algún cuestionamiento a la participación del sector privado, y con ello a la sociedad civil, en estas tareas.

Es objeto de discusión si esta aproximación a la solución de problemas públicos se extendió en los años noventa debido a la Constitución o con independencia de ella. En cualquier caso, no puede negarse que el debate tiene un fundamento constitucional que se expresa en algunas cláusulas que ya hemos analizado (autonomía de los cuerpos intermedios) y también en otras que se agrupan en lo que se ha venido a llamar la libertad de elección en la satisfacción de ciertos derechos⁷⁹.

No obstante la faceta constitucional de la participación de la sociedad civil, lo cierto es que fueron las políticas públicas que llevaron adelante los diversos gobiernos lo que promovió que el Estado extendiera su red de servicios por la vía de la colaboración que prestaban instituciones de la sociedad civil y otras entidades. Los ejemplos de la Teletón para la rehabilitación de la discapacidad motora o el Techo para Chile para la satisfacción de la vivienda son los más emblemáticos. A ellos se suma una extensa red de colaboradores que, con o sin fin de lucro, asumieron decididamente, con el apoyo del Estado y al amparo de sus

78 Sobre los desafíos actuales de las organizaciones de la sociedad civil puede verse IRARRÁZVAL et al. (2019).

79 Entre estas últimas se encuentran aquellas que promueven la libertad de elección en ciertas áreas típicamente vinculadas a bienes públicos: la educación, la salud y la seguridad social. Así, el reconocimiento del derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos (Art. 19 N°11); el derecho de cada persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse sea este estatal o privado (Art. 19 N° 9); y la cláusula que establece que las prestaciones asociadas a la seguridad social pueden otorgarse a través de instituciones públicas o privadas (Art. 19 N°18) llevan a la Constitución la opción de elegir entre la provisión estatal o privada.

políticas, la satisfacción de diversas demandas estatales (concesiones, cárceles, protección de la infancia, defensa penal, etc.)⁸⁰.

Con todo, desde hace algunos años esta percepción comenzó a cambiar. Una forma de apreciar esta evolución podría ser por la vía de una breve memoria intelectual. A inicios de los años noventa el centro de estudios Libertad y Desarrollo editó el libro titulado *Soluciones Privadas a Problemas Públicos*. En el libro se examinaba de qué forma diversos sectores, que décadas antes eran controlados por el Estado o en los que este tenía una presencia masiva, habían abierto sus puertas a la participación privada para la solución de sus desafíos. Ello ocurría entonces, relata el libro, en previsión, educación, salud, transporte, electricidad, telecomunicaciones, entre otros. Su editor anotaba que cada uno de los capítulos permitían percatarse “de las bondades de las soluciones privadas en comparación a las tradicionales políticas estatistas en sectores de alta complejidad en sus problemas públicos”⁸¹. Con mayor o menor fuerza, esta lógica se extendió en la política pública durante los noventa y hasta nuestros días.

Décadas después, es este concepto —soluciones privadas a problemas públicos— el que ha sido objeto de intensa crítica. Podría decirse incluso que las décadas que van desde el retorno a la democracia hasta nuestros días han sido calificadas por algunos como neoliberales por promover esta fórmula de aproximarse a los desafíos públicos.

Un libro que alcanzó cierta masividad lo desarrolla con especial atención: *El Otro Modelo*. Ahí se puede leer una crítica a esta aproximación: “el modelo se caracterizó por la entronización del mercado como único asignador de los recursos productivos y la entrega al mismo de la gestión de buena parte de los servicios públicos de salud, educación, transporte, cárceles, entre otros, con el argumento de ‘soluciones privadas a problemas públicos’”. Por eso es que sus autores prefieren una fórmula distinta, donde hay derecho social el mercado “debe ser limitado y eventualmente excluido” lo que implica “un criterio universalista: el Estado

provee a todos”. Y si bien no cierran la puerta a la participación de la sociedad civil, sí la someten a un ambiguo concepto —el “régimen de lo público”— que parece conducir a una participación privada sin autonomía⁸².

Carlos Ruiz da un paso más cuando, en un libro que reflexiona en torno a los hechos del 18 de octubre de 2019, incluye la participación privada en la provisión de servicios públicos como uno de los elementos que habrían generado la ola de protestas. Escribe que “uno de los más aborrecidos engendros de esta anotada producción política de la desigualdad, de la riqueza y su concentración, es aquel del subsidio estatal a oferentes privados que ingresan en lugar de los viejos servicios sociales estatales”. Y cuestiona duramente “un negocio con base en las arcas fiscales, dependientes nada menos que del gasto social estatal, bajo el que florece un tropel de clínicas privadas, universidades particulares, concesionarias de servicios sanitarios, de carreteras, del transporte público, ¡hasta de protección de la niñez!”⁸³.

Toda esta discusión puede llevarse a distintos planos. Desde la mirada de las cifras, hay buenos antecedentes para mostrar que los servicios antiguamente prestados por el Estado son hoy más masivos y de mejor calidad relativa⁸⁴. Por eso las críticas de Ruiz y Atria et al. a esta forma de satisfacer necesidades públicas nunca entra en cifras tales como cobertura, nivel de satisfacción o calidad del servicio. Tampoco es ese el foco de esta reflexión⁸⁵. Lo importante ahora es simplemente destacar que la intervención de la sociedad civil y en general, del sector privado es, para ciertos intelectuales, un camino que se mira con sospecha.

c) Proyecciones

No cabe duda que la Convención debatirá sobre cuánto promover o restringir la participación de la sociedad civil en la solución de problemas públicos. Lo hizo el Estatuto de Garantías Constitucionales de 1970 y también la propia Constitución de 1980. Seguramente también lo haga la nueva Constitución.

80 Ver IRARRÁZAVAL y STREETER (2020).

81 LARROULET (1991) p. 12.

82 ATRIA et al. (2013).

83 RUIZ (2020) p. 54 y 55. El mismo Ruiz, con todo, plantea como propuesta constitucional que “hay que conseguir en la constituyente un reconocimiento, un estatuto constitucional institucionalmente consagrado a las organizaciones de la sociedad civil. Ahí es donde se va a expresar el desarrollo de las demandas particulares”. La Tercera. Sábado 6 de febrero, 2021.

84 MDS y PNUD (2020).

85 Una mirada crítica de amplias perspectivas al planteamiento del Otro Modelo en ORTÚZAR et al. (2017) y KAISER (2015).

En este contexto, hay al menos tres caminos que puede seguir la nueva Constitución. El primero es guardar silencio. El segundo es optar por una definición, sea que promueva, restrinja o simplemente sea ambiguo respecto al rol del sector privado y de la sociedad civil. El tercer camino es que incorpore cláusulas que sean contradictorias, es decir, que en ciertas cláusulas llamen a la colaboración de la sociedad civil y en otras las restrinjan. No recomendamos ni el primero ni el tercero.

Guardar silencio respecto a la participación de la sociedad civil puede ser una alternativa en una comunidad política que construye su constitución por primera vez y que aspira a un texto minimalista. Pero un texto que intente conectar con la tradición constitucional no puede guardar silencio sobre un asunto que ha dividido aguas en la política reciente. Incluso un minimalista como Cass Sunstein recomienda incorporar a las Constituciones “estrategias para el precompromiso”, esto es, medidas que se adelanten a problemas o desafíos futuros para resolverlos previamente o reducir su posible daño⁸⁶. El rol de la sociedad civil en la solución de problemas públicos, que ha sido un tema debatido, debe ser una de esas estrategias de precompromiso que evite en el futuro excluir su participación o por el contrario, reducir al mínimo la intervención estatal.

Tampoco sugerimos la inserción de cláusulas contradictorias como podría ser un llamado a la colaboración de la sociedad civil en algún artículo y, más adelante, una preferencia acrítica a la intervención estatal. Es interesante recordar que, como lamenta Gargarella, para el constitucionalismo latinoamericano no son extrañas las denominadas “estrategias de acumulación”. Esto es, la incorporación a una misma constitución de múltiples intereses a pesar de que entre ellos se anulen mutuamente⁸⁷. Sobre esta base, no sería extraño que algo así pudiera ocurrir en la discusión constitucional. Sin embargo, no solo la coherencia interna del futuro texto constitucional sino que también la necesidad de definir una posición relativamente clara, permiten sugerir que no se siga este camino.

Por todo lo que hemos anotado, la nueva Constitución debiera promover una definición en esta materia a fin de lograr un camino compartido en el despliegue de la sociedad civil en la solución de problemas públicos. Y es que, como destacamos en las primeras páginas, la participación de la sociedad civil en sociedades complejas como las nuestras ya no es una aspiración o fruto de la mera tolerancia estatal, sino que un mandato necesario que nace de la propia libertad de las personas y, en definitiva, de su dignidad.

El camino que sugerimos debiera contemplar, además de una nueva subsidiariedad y la consagración del derecho de asociación y de autonomía social en la forma que hemos examinado más arriba, los siguientes elementos:

- i) Reconocer a la sociedad civil como grupo intermedio entre la persona y el Estado, distinto de la empresa privada;
- ii) Llamado en clave de principio a la sociedad civil a la participación y colaboración en los desafíos que impone el bien común;
- iii) Deber del Estado de promover la asociatividad por diversos medios que pueden incluso incluir financiamiento;
- iv) Proscripción del monopolio estatal en la satisfacción de bienes públicos;
- v) Deber del Estado de promover la libertad de las personas en la forma en que satisfacen sus respectivas necesidades.

5.4. Participación de la sociedad civil en las decisiones de gobierno

a) Nuevos desafíos de los gobiernos y oportunidades para la sociedad civil

En las últimas décadas se ha consolidado un cada vez más denso entramado de mecanismos de participación de la sociedad civil en las decisiones de gobierno. Con base eminentemente legal, hoy diversas leyes contemplan mecanismos de participación ciudadana, consejos de la sociedad civil en los servicios públicos y mecanismos de consulta, voluntaria u obligatoria⁸⁸.

86 SUNSTEIN (2001) p. 241.

87 GARGARELLA (2019).

88 Por ejemplo, la Ley sobre Asociaciones y Participación en la Gestión Pública Ley N° 20.500 consagra el derecho de las personas a participar en las políticas, planes, programas y acciones del Estado, mandatando a los órganos públicos a establecer modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y las organizaciones. A su vez, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades Ley N° 18.695, además de algunas cláusulas especiales, contiene un título destinado a la participación de la ciudadanía local, encomendando a la respectiva ordenanza el establecimiento de los mecanismos específicos y la mención de las organizaciones que deben ser consultadas e informadas. Se dispone además la existencia de un consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil en cada municipalidad. Por su parte, la Ley de Lobby Ley N° 20.730 regula la gestión de intereses particulares que pueden desplegar las organizaciones para influir en las decisiones de ciertas autoridades públicas.

No cabe duda que lo anotado es parte de una tendencia global a la que se debe prestar atención. Si en las primeras constituciones la democracia se definía por el derecho a elegir y ser elegido, la democracia contemporánea es mucho más compleja y requiere ya no solo participar de elecciones, sino que un conjunto de otras cualidades que caracterizan a la sociedad moderna en Estados desarrollados. En la teoría democrática ello ha sido intensamente estudiado y el trabajo de diversos autores grafica este tránsito. Así Robert Dahl fijó las fronteras de una “poliarquía” en la segunda mitad del siglo XX que demandaba ya no solo elegir sino que también competir en un ambiente de elecciones limpias y frecuentes, un gobierno sometido a controles, un contexto en el que pudiera ejercer la libertad de expresión, el derecho de reunión y asociación, entre otras⁸⁹. Y desde hace algunas décadas se ha expandido el concepto de “democracia deliberativa” de la mano de Habermas y otros teóricos que exigen ya no solo elecciones, sino que también un espacio para que la comunidad política delibere en torno a los múltiples desafíos que debe resolver un gobierno.

A esta concepción abierta y promotora de la participación se suma también el creciente cuestionamiento a las instituciones gubernamentales. Se trata de un fenómeno más reciente, pero igualmente global, y se suele expresar a una crisis de confianza hacia la autoridad estatal⁹⁰. Sea por su distanciamiento de la ciudadanía, la inoperancia en su actuar, por la opacidad en la toma de decisiones o por la progresiva exigencia de inmediatez o tal vez, todas las anteriores reunidas, lo cierto es que los gobiernos han visto que diversos procesos de toma de decisiones requieren alguna conexión más o menos intensa con aquellos que podrían verse afectados. Ya no basta la pura decisión de autoridad, vestida formalmente con las reglas que impone el derecho; crecientemente se requiere de participación e incluso en ocasiones, de negociación y consentimiento de los interesados⁹¹.

Este contexto presenta un escenario propicio para la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las decisiones de gobierno. Estas canalizan intereses

facilitando la participación de los ciudadanos y al mismo tiempo, reducen los costos de transacción de quienes ejercen autoridad. Por eso, se ha ido desarrollando una red de instancias y mecanismos para la participación en la esfera pública en todos los niveles. El debate constitucional, con todo, no podrá alcanzar toda la especificidad requerida en la reglamentación de mecanismos de participación. Pese a ello, sí hay áreas que son propiamente constitucionales que analizaremos a continuación.

b) Mecanismos de democracia directa

Los mecanismos de democracia directa son formas de participación y en ocasiones, de decisión de la ciudadanía sobre asuntos que regularmente se encuentran entregados a la esfera decisoria de los representantes. Y si bien en ellos la participación puede ser individual, la participación colectiva por vía de organizaciones de la sociedad civil usualmente juega un rol preponderante.

En lo que aquí interesa, cabe señalar que los mecanismos de democracia directa han sido crecientemente incorporados en las Constituciones de la región y de otras partes del mundo. Ellos toman la forma de plebiscitos, referéndum, iniciativas populares de ley, revocatorias de mandato y otras formas más próximas a los tradicionales mecanismos de participación ciudadana, a los que hicimos referencia más arriba, como los presupuestos participativos. No es del caso teorizar ahora sobre estos mecanismos y sus efectos⁹².

Para esta investigación, solo cabe destacar que los mecanismos de democracia directa se han transformado en una forma adicional de vincular al representante con el representado de forma que este último pueda participar de la decisión del representante con diversa intensidad. En la iniciativa popular de ley los ciudadanos promueven que se debata y eventualmente, se legisle de un tema. No hay entonces un reemplazo del rol del representante sino un complemento. En los plebiscitos y referéndum son los ciudadanos los que toman la decisión reemplazando al representante. Y ya, en el mayor grado de intensidad, en las

89 DAHL (1971).

90 CENTRO POLÍTICAS PÚBLICAS UC (2015); OCDE (2017); PNUD (2019).

91 TIRONI (2018).

92 Un completo estudio en SOTO BARRIENTOS (2013) y LISSIDINI et al. (2014). Un examen más breve aplicado al proceso constituyente en SOTO (2020) pp. 168 – 174.

revocatorias y los referéndums derogatorios, los ciudadanos modifican la decisión del representante o simplemente lo remueven del ejercicio de sus funciones.

Estos diversos niveles dan cuenta de un fenómeno que exige, de la representación, un vínculo más directo entre el representante y el representado. Ya no se trata, como explicaba hace siglos Edmund Burke, de un voto de confianza que el elector hace al elegir a su representante. Hoy la representación parece exigir una relación más directa, sin intermediarios. A ello hay que sumar una creciente tendencia que ve en la representación por adscripción y no en la representación por votación, un mecanismo más fiel para canalizar los intereses. En esta tendencia se inscriben las cuotas de pueblos originarios y la paridad. Todo ello permite asegurar que, al menos en lo que se refiere a los mecanismos de representación, estamos en un momento de cambio que impide visualizar con claridad la forma en que ésta se expresará en el futuro.

No cabe duda que en esta evolución la sociedad civil tiene y seguirá teniendo un rol crucial. Es claro que puede liderar la activación de los mecanismos de democracia directa y canalizar la participación en ellos. Igualmente, puede intentar reemplazar a los partidos políticos en el rol tanto de filtro como de conducción de intereses. Si bien esto último parece ser una cuestión incipiente en las democracias modernas, resta todavía tiempo para resolver si la democracia del mañana será todavía una democracia de partidos como los que conocimos en el siglo XX o tenderá a ser una democracia de intereses más ambiguos que se canalicen más cómodamente, también en su expresión política, a través de la diversidad que ofrece la sociedad civil. Enfrentados a esta dicotomía, a nuestro juicio, la participación de las organizaciones de la sociedad civil debe complementar la labor de los partidos políticos y no reemplazarlos. Si esto último ocurre se corre el riesgo de caer en lógicas corporativistas que dificultan la mediación de intereses diversos en la arena política.

c) Proyecciones

En este escenario, creemos que una futura constitución debe avanzar en canalizar la participación de la sociedad civil, al menos en aspectos fundamentales, por la vía de cláusulas constitucionales. En esta tarea, sin embargo, sugerimos tener las siguientes consideraciones:

- i) Evitar la tendencia ya descrita de algunas Constituciones latinoamericanas que plantean exigencias de participación en una infinidad de cláusulas constitucionales.
- ii) Avanzar de un modo más global y en clave de principio, hacia la consagración de un deber estatal de fomentar la participación en el proceso de toma de decisiones.
- iii) Establecer que será la ley la que regulará en las instituciones y procesos que determine la forma en que se acoge la participación ciudadana y de la sociedad civil.
- iv) En relación con los mecanismos de democracia directa, promover aquellos que fortalezcan la representación y desestimar aquellos que, como las revocatorias o los plebiscitos nacionales, suelen utilizarse para eliminar contrapesos institucionales.

6. CONCLUSIONES

1. El primer constitucionalismo no incorporó en el catálogo de derechos la libertad de asociación. Esta omisión fue siendo saldada con el paso del tiempo y hoy su reconocimiento es ya habitual en el constitucionalismo global. Como hemos examinado, las Constituciones del mundo presentan actualmente diversos elementos relevantes. Ante todo, la consagración del derecho de asociación en su dimensión individual, esto es, el establecimiento de un conjunto de facultades que se reconocen a cada persona, individualmente considerada, para crear una organización o integrarse o no a una ya existente, entre otras cosas. También, paulatinamente, las Constituciones han ido reconociendo una dimensión colectiva del derecho/libertad. Bajo este amparo se protege y resguarda la autonomía, derechos y atribuciones de la entidad que resulta del ejercicio individual del Derecho.
2. Otro elemento que debe destacarse en el constitucionalismo comparado es la perspectiva constitucional que ha ido adquiriendo el reconocimiento de la sociedad civil en las diversas Cartas Fundamentales. En este contexto hemos destacado algunas fórmulas que diversas Constituciones emplean para imponer deberes de promoción de la sociedad civil, así como cláusulas que se reiteran sobre la participación ciudadana y de organizaciones de la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones públicas. Todo lo anotado, da cuenta del dinamismo que el reconocimiento del derecho de asociación y la sociedad civil han tenido en el constitucionalismo comparado.
3. La tradición constitucional chilena ha seguido una tendencia similar. Las primeras Constituciones no consagraban la libertad de asociación y solo con la reforma del año 1874 se incorpora a nuestra Carta Fundamental de 1833. En su evolución también podemos apreciar que es la dimensión individual aquella que copa las reflexiones constitucionales. Y en lo que respecta a la sociedad civil, solo el Estatuto de Garantías Constitucionales y más tarde la Constitución de 1980, cada uno a su modo, sirven de anclaje constitucional al despliegue de esta.
4. La Constitución vigente reconoce el derecho de asociación en términos amplios. Entre otras cosas ya referidas, esto implica consagrar tanto la facultad de formar asociaciones como la de no ser obligados a pertenecer a ellas. También remite a la ley las condiciones para gozar de personalidad jurídica. En lo que se refiere a las organizaciones de la sociedad civil, que en la Constitución toman el nombre de “grupos intermedios”, la Carta Fundamental los reconoce y les garantiza su adecuada autonomía para lograr sus propios fines específicos. A esto debe sumarse una rica jurisprudencia y labor dogmática que han ido dando densidad al Derecho en análisis.
5. En la elaboración de la nueva Constitución se abrirán ciertos debates que interesan a la sociedad civil. El primero de ellos será el principio de subsidiariedad. En estas páginas hemos esbozado las discrepancias que el principio y su interpretación han tenido en nuestro constitucionalismo. Al respecto proponemos:
 - La consagración de ciertos principios constitucionales que reflejen el acuerdo fundamental acerca de la estructura social que debiese consolidar nuestro país.
 - Definir el rol del Estado en nuestra comunidad política desde el principio de subsidiariedad por cuanto: (i) no se trata de una fórmula anclada en la abstención del Estado sino que un principio que prescribe tanto la acción como la no-intervención estatal, según las circunstancias; (ii) el rol subsidiario del Estado, así entendido, asegura las condiciones para el efectivo desenvolvimiento y participación de la sociedad civil; y (iii) utilizar esta categoría para reflexionar sobre el rol del Estado en la nueva Constitución permite mantener una cierta

continuidad intelectual con los intensos debates que ha habido sobre la materia. Si toda Constitución pretende ser una conexión entre pasado y futuro, dar un nuevo significado a la subsidiariedad es una mejor respuesta que simplemente reemplazarla.

6. La Convención Constitucional deberá abordar también la cláusula vigente que reconoce el derecho de asociación, así como la que garantiza la autonomía adecuada a las organizaciones de la sociedad civil. Sugerimos en este ámbito:

- Mantener la consagración vigente que no subordina a la ley la conformación de una asociación, salvo en el caso de las con personalidad jurídica.
- Conservar la referencia expresa a la libertad de afiliación respecto de toda asociación, sin excepciones, que abran la puerta a la afiliación obligatoria a cierto tipo de organizaciones.
- Consagrar expresamente la dimensión colectiva, reconociendo que el derecho de asociación incluye la protección de la autonomía de las asociaciones para alcanzar sus propios fines específicos, así como su autogobierno y la protección de sus elementos definitorios. Entender la autonomía social como elemento integrante del derecho de asociación permitiría trasladar a este ámbito la dogmática que determina el contenido, alcance y límites de los derechos fundamentales.

7. Un tercer debate de relevancia es el reconocimiento constitucional de los aportes que hace y debe seguir haciendo la sociedad civil en la solución de desafíos públicos. El asunto ha sido objeto de una intensa discusión en estos últimos años especialmente porque algunos han pretendido excluir o subordinar a la sociedad civil de ciertas tareas de relevancia pública. Creemos que el asunto tiene especial importancia por lo que proponemos:

- Reconocer a la sociedad civil como grupo intermedio entre la persona y el Estado, distinto de la empresa privada.
- Un llamado en clave de principio a la sociedad civil a la participación y colaboración en los desafíos que impone el bien común.

- La consagración de un deber del Estado de promover la asociatividad por diversos medios.
- La proscripción del monopolio estatal en la satisfacción de bienes públicos.
- El deber del Estado de promover la libertad de las personas en la forma en que satisfacen sus respectivas necesidades.

8. Por último, la nueva Constitución también abordará la participación de la sociedad civil en las decisiones de gobierno. Ese debate toma hoy las formas de los mecanismos de democracia directa. Sostenemos que el proceso chileno no debe seguir el modelo de algunas Constituciones latinoamericanas que introducen exigencias de participación en infinidad de cláusulas constitucionales. Sugerimos, en cambio:

- Promover, en clave de principio, un deber estatal de fomentar la participación en el proceso de toma de decisiones para que sea luego la ley la que concrete tal exigencia.
- Impulsar mecanismos de democracia directa que complementen la representación, desestimando, en cambio, aquellos que la sustituyen, como son las revocatorias o los plebiscitos nacionales.
- Reconocer que la participación ciudadana y el control de la gestión pública no solo se efectúa a través de un modo individual, sino que también a través de las organizaciones de la sociedad civil.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2006): Curso de Derecho Constitucional. Vol I. Quinta Edición (Madrid, Tecnos). 655 pp.

ANDRADE, Carlos (1963): Elementos de Derecho Constitucional Chileno (Santiago. Editorial Jurídica). 658 pp.

ANZURES GURRÍA, Juan José (2017): “La autonomía asociativa de partidos políticos y sindicatos. Un análisis comparado”, *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N°2: pp. 327-348.

ARISTÓTELES, *Política*.

ATRIA, Fernando, Guillermo LARRAÍN, José Miguel BENAVENTE, Javier COUSO, Alfredo JOIGNANT (2013): *El Otro Modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público* (Santiago. Random House), pp. 382.

BARBER, NICK W. (2018): *The principles of constitutionalism* (UK. Oxford) 276 pp.

BOYD, Richard (2008): “The madisonian paradox of freedom of association”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 25, N°2: pp 235-262.

CAROZZA, Paolo (2003): “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 97, N°38: pp. 38-79.

CEA EGAÑA, José Luis (2015): *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I (Santiago, Ediciones Universidad Católica).

CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica).

CENTRO POLÍTICAS PÚBLICAS UC (2015): *Confianza, la clave para el desarrollo de Chile* (Santiago), pp. 31.

DAHL, ROBERT (1971): *Polyarchy. Participation and opposition* (New Haven. Yale University Press). 257 pp.

DE TOCQUEVILLE, Alexis (2012): *La Democracia en América* (México, Fondo de Cultura Económica, 16° reimpresión) 751 pp.

DÍAZ DE VALDÉS, Luz María (2016): *Trayectorias en cambio: un recorrido por la historia de las organizaciones de la sociedad civil* (Santiago. Centro de Políticas Públicas UC), pp. 42.

ESTÉVEZ, CARLOS (1949) *Elementos de Derecho Constitucional* (Santiago. Editorial Jurídica). 495 pp.

FERMANDOIS Joaquín (2013): *La revolución inconclusa. La izquierda chilena y el gobierno de la Unidad Popular* (Santiago. Centro de Estudios Públicos) 851 pp.

FERMANDOIS VÖHERINGER, Arturo (2001): *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I (Santiago, Ediciones Universidad Católica).

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2000): “La Constitución Económica de 1980: Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol.11: pp. 47-54.

- FRANCISCO, S.S. (2020). “Curar el Mundo”, *Revista Humanitas* 95: pp. 672 – 693.
- GARCÍA, José Francisco (2017): La tradición constitucional de la P. Universidad Católica de Chile. Vol I. (Santiago. Ediciones UC) 353 pp.
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2015): “Subsidiariedad: mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional”, en ORTÚZAR MADRID, Pablo (edit.), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del Mercado* (Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad) pp. 205-225.
- GARGARELLA, Roberto (2019): Constitution making in the context of plural societies. The “accumulation strategy”. En: ELSTER, JON et al. *Constituent assemblies* (UK.Cambridge).
- GÓMEZ MONTORO, Ángel (2003): “Veinticinco años de derecho de asociación”, *Revista de Derecho Político*, N°58-59: pp. 241-267.
- GUERRA, José Guillermo (1929): La Constitución de 1925 (Santiago. Establecimientos Gráficos Balcells y Co.) 563 pp.
- HALL, Kermit (2005): *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* (second edition) (New York, Oxford) 1239 pp.
- HUNEEUS, Jorge (1890): La Constitución ante el Congreso. Tomo I. Segunda Edición (Santiago. Imprenta Cervantes). 530 pp.
- IRARRÁZAVAL, Ignacio (2020): “Una necesaria colaboración”, *Revista Universitaria* 162, pp 63 – 67.
- IRARRÁZAVAL, Ignacio; SAGREDO, María Paz Y STREETER, Paula (2019): *Un nuevo trato para las organizaciones de la sociedad civil. Desafíos y propuestas* (Santiago, Centro de Políticas Públicas UC) 122 pp.
- IRARRAZAVAL, Ignacio; STREETER, Paula; BRAHM, Sofía y LÓPEZ, Andrea (2017): *Radiografía de las organizaciones de la sociedad civil* (Santiago, Centro de Políticas Públicas UC), pp. 24 – 73.
- IRARRÁZAVAL, Ignacio y STREETER, Paula (2020): *Mapa de las Organizaciones de la Sociedad Civil 2020* (Santiago. Centro de Políticas Públicas UC y Fundación Chile+Hoy), pp. 49.
- KAISER, AXEL (2015): *La tiranía de la igualdad. Por qué el proyecto de la izquierda destruye nuestras libertades y arruina nuestro progreso* (Santiago. Ediciones El Mercurio), pp. 249.
- LARROULET, Cristián (Editor) (1991): *Soluciones privadas a problemas públicos* (Santiago. Ediciones LyD).
- LETELIER WIDOW, Gonzalo (2017): “¿Qué son los principios de la doctrina social?”, *Theologica Xaveriana*, vol. 67, N°183: pp. 85-111.
- LISSIDINI, Alicia; WELP, Yanina; ZOVATTO, Daniel (compiladores) (2014): *Mecanismos de democracia directa y participativa en América Latina* (México. UNAM, IDEA), 346 pp.
- LOO GUTIÉRREZ, Martín (2009): “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°33: pp. 391-426.
- MACCORMICK, Neil (2007): *Instituciones del derecho* (Madrid, Marcial Pons), 393 pp.

MASSINI, Carlos Ignacio (1986): “Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad”, *Revista de Derecho Público*, vol. 1986, N°s 39-40: pp. 51-58.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL y PNUD (2020): *Evolución de la pobreza. 1990 – 2017 ¿Cómo ha cambiado Chile?* (Santiago, sin editorial), 92 pp.

MUJICA, Javier (2014): “Derecho de reunión y libertad de asociación”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (edits), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer) pp. 355-385.

NINO, Carlos (2005): *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional* (Buenos Aires, Astrea), 745 pp.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo II (Santiago, Librotecnia).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): “La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2: pp. 325-370.

OCDE (2017): *Trust and public policy: How better governance can help rebuild public trust* (Paris. OECD Publishing), pp. 158.

ORTÚZAR MADRID, Pablo (2015): “El principio de subsidiariedad. 4 claves para el debate”, Colección claves para el debate Instituto de Estudios de la Sociedad.

ORTUZAR, Pablo; MANSUY, Daniel; ALVARADO, Claudio y otros (2017): *El derrumbe del otro modelo. Una reflexión crítica* (Santiago. IES y Tajamar Editores). 150 pp.

OVALLE VALDÉS, Alejandra (2015): “¿Subsidiariedad o solidaridad en materia económica?”, en HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y SILVA GALLINATO, María Pía (edits.), *La Constitución Económica* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 223-240.

PELAYO OLMEDO, José Daniel (2007): “El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964”, *Historia constitucional*, N°8: pp. 95-122.

PNUD (2019): *Diez años de auditoría a la democracia: antes del estallido* (Santiago. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo). 187 pp.

PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ: *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*.
PREUB, Ulrich (2013): Associative rights. The rights to the freedoms of petition, assembly and association. En ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (UK, Oxford) 1396 pp.

RAVEAU, Rafael (1939): *Tratado elemental de Derecho constitucional Chileno y Comparado* (Santiago. Nascimento) 704pp.

ROLDÁN, Alcibiades (1913): *Elementos de Derecho Constitucional*. (Santiago, Litografía y Encuadernación Barcelona) 490 pp.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (2013): *El contrato social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (Buenos Aires, Editorial Losada) 370 pp.

RUIZ, Carlos (2020): *Octubre Chileno. La irrupción de un nuevo pueblo* (Santiago. Taurus), pp. 117.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1962): “El principio de función subsidiaria”, *Revista de Estudio Políticos*, N°121: pp. 5-22.

SARMIENTO, Juan Pablo (2016): “La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N°2: pp. 463-486.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. (Santiago. Editorial Jurídica) 374 pp.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2010): *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XIII. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SOTO BARRIENTOS, Francisco (2013): *El desafío de la participación* (Santiago. LOM), pp. 265.

SOTO, Francisco y VIVEROS, Felipe (2016): *Las organizaciones de la sociedad civil desde un marco jurídico e institucional* (Santiago. Centro UC de Políticas Públicas), pp. 45.

SOTO VELASCO, Sebastián (2009): “Subsidios, permisos y condiciones. La doctrina de las condiciones inconstitucionales y su posible aplicación en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 1: pp. 115 – 141.

SOTO VELASCO, Sebastián (2020): *La Hora de la Re-Constitución* (Santiago. Ediciones UC), pp. 258.

SUNSTEIN, Cass (2001): *Designing democracy. What constitutions do* (New York. Oxford), pp. 280.

TIRONI, Eugenio. 2018. Gestión de Controversias. Inspiración, fundamentos, despliegue. En: TIRONI, Eugenio (editor). *Controversias. Fundamentos, desarrollos, críticas* (Santiago. Ediciones Abierta), pp. 360.

VIERA ÁLVAREZ, Christian; BASSA MERCADO, Jaime y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2016): “Una aproximación a la idea de “Constitución económica” y sus alcances en la Constitución chilena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, N°195.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2007): *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo II. (Santiago, Ediciones Universidad Católica).

ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica) 623 pp.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2013): “Los derechos de asociación y reunión: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales”, *Revista de Derecho Público*, vol.79: pp. 207-228.

Jurisprudencia citada:

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009.
- Caso Huilca Tecse vs. Perú, Sentencia de 3 de marzo de 2005.
- Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, Sentencia de 10 de julio de 2007.

Corte Suprema de Estados Unidos:

- NAACP v. Patterson, 357 U.S. 449 (1958).

Tribunal Constitucional Chileno.

- STC 19-1983.

- STC 43-1987
- STC 167-1993
- STC 184-1994
- STC 506-2006
- STC 976-2007
- STC 1295-2008
- STC 2487-2013
- STC 2541-2013
- STC 2626-2014
- STC 2627-2014
- STC 2731-2014
- STC 2787-2015
- STC 3729-2017
- STC 4317-2018
- STC 4549-2018
- STC 5317-2018
- TC 5572-2018

CÓMO CITAR ESTA PUBLICACIÓN

Ovalle, A. y Soto, S. (2021). Sociedad civil y Constitución. Ideas para el debate. Santiago: Centro de Políticas Públicas UC, Sociedad en Acción.



Centro UC
Políticas Públicas