

El bien común y el Estado social en el nuevo proceso constituyente en Chile

The common good and the social State in the new constituent process in Chile

José Ignacio HERNÁNDEZ G.¹

Resumen: Las bases institucionales y fundamentales aprobadas por el Congreso para regular el nuevo proceso constituyente incluyen una cláusula de bien común, también introducida en el anteproyecto aprobado por la Comisión Experta. Con base en el método histórico y comparado y siguiendo el derecho interamericano, la cláusula del bien común debe interpretarse para sostener dos conclusiones: (i) los mandatos transformadores del Estado social deben interpretarse considerando la capacidad estatal y el principio de progresividad, y (ii) el Estado social debe interpretarse desde la centralidad de la dignidad humana. Esas conclusiones podrían evitar algunos excesos presentes en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Palabras clave: Estado social, bien común, constitucionalismo transformador, principio de subsidiariedad, dignidad humana.

Abstract: The fundamental and institutional bases approved by Congress to regulate the new constituent process include a common good clause introduced in the draft approved by the Expert Commission. Based on the historical and comparative method and following the Inter-American Law, the common good clause should interpret to affirm two conclusions: (i) the transformative mandates of the Social state must be interpreted considering the state capability and the progressiveness principle, and (ii) the Social state must be interpreted based on the human dignity centrality. Those conclusions could avoid some excess in the new Latin-American constitutionalism.

¹ Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela. Profesor invitado en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña. Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School. Correo electrónico: ignandez@gmail.com

Keywords: Social state, common good, transformative constitutionalism, subsidiarity principle, human dignity.

1. Introducción

La Ley N.º 21.533, publicada el 17 de enero de 2023, modificó la Constitución de Chile a los fines de regular el nuevo proceso constituyente. Además de aspectos procedimentales, la reforma constitucional estableció doce bases institucionales y fundamentales que la nueva Constitución debe respetar. Entre ellas, se precisa que “Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común” (artículo 154.4). En junio de 2023, la Comisión Experta aprobó el anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile, que desarrolla la base comentada en sus artículos 1.2 y 2.1. El primero establece que “Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho”; el segundo expresa que el “Estado deberá servir a las personas y a la sociedad y su finalidad es promover el bien común”.

En comparación con la propuesta de Constitución aprobada por la Convención Constitucional en 2022, la principal diferencia es la referencia al bien común como fin del Estado. En efecto, esta propuesta también organizó a Chile como Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1), pero sin directa alusión al bien común. Este fue mencionado solo en relación con específicas materias, relacionadas con la educación (artículo 35.3), el derecho a la ciudad (artículo 52.1) y la corrupción (artículo 170).

El presente artículo indaga sobre cuál es el sentido del bien común dentro de las bases institucionales y fundamentales. La hipótesis de este trabajo es que la inclusión del bien común como una de las bases fundamentales, toma en cuenta la tradición hispanoamericana en torno al bien común. Por lo tanto, el bien común no se emplea en su sentido genérico —como sinónimo de interés general— sino específico —esto es, como el bienestar de la comunidad política fundada en la dignidad humana—. Para demostrar esa hipótesis, el artículo explora, mediante el método histórico y comparado, el uso del bien común en el derecho constitucional hispanoamericano e interamericano, con lo cual este trabajo traza dos objetivos: indagar cuáles son las consecuencias de la incorporación del bien común en las bases, y proponer cómo el bien común podría quedar incorporado a la nueva Constitución.

A estos efectos, la *primera* parte aborda el método comparado e histórico para explicar cuál es el sentido del bien común en el derecho constitucional de América Latina y en la Constitución de Chile de 1980. La *segunda* parte explica cómo el bien común es un valor propio del *corpus iuris interamericano*, en especial, del Protocolo de San Salvador, recientemente ratificado por Chile.

La *tercera* parte analiza, desde el método comparado, el valor constitucional del bien común desde la perspectiva de Argentina, Estados Unidos y Venezuela, para realzar las diferencias que pueden derivar en la interpretación de este valor en lo que respecta al rol del Estado en la economía y su impacto en la Administración Pública del Estado social. La *cuarta* y última parte extrae las principales lecciones que se derivan frente al derecho constitucional de Chile, desde la específica perspectiva del impacto de la cláusula del bien común sobre el Estado social.

2. El bien común en los orígenes y evolución del derecho constitucional en América Latina

El constitucionalismo en lo que hoy día se conoce como América Latina, estuvo especialmente influenciado por la Revolución americana y la Revolución francesa. Así, desde inicios del siglo XIX, los procesos de independencia impulsados por la crisis de la Monarquía española llevaron a la región a organizar a los nacientes —y frágiles— Estados como Repúblicas, a través de Constituciones y otros actos constitucionales que dieron forma, así, al primer constitucionalismo latinoamericano.

Más allá de sus diferencias, hay importantes similitudes en esas primeras Constituciones. Una de esas similitudes es lo que aquí llamamos la cláusula del bien común, que justifica al Gobierno en la promoción del bien común. Esta cláusula, también, impulsó la transformación social del derecho constitucional en América Latina en el siglo XX, incluyendo la Constitución de 1980. Es dentro de esta tradición histórica que debe interpretarse el bien común como una de las bases fundamentales de la nueva Constitución de Chile.

2.1. EL BIEN COMÚN, LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA Y EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Es posible encontrar, en la evolución del derecho constitucional de América Latina, una línea de continuidad en torno al bien común, que inicia con los orígenes del constitucionalismo y se proyecta en las transformaciones del constitucionalismo social.

Así, tal y como ha explicado Allan R. Brewer-Carías, los procesos de independencia en la región hoy conocida como América Latina, tuvieron como rasgo compartido la difusión de textos constitucionales que organizaron a los nacientes Estados como Repúblicas, con base en el principio de separación de poderes, la soberanía popular, la supremacía constitucional

y el reconocimiento de derechos inherentes a la persona². La primera Constitución nacional en español fue aprobada en Venezuela, en diciembre de 1811. Siguiendo a la Declaración de Derechos del Pueblo, aprobada por el Congreso venezolano poco antes, la Constitución dispuso, en su artículo 191, que “los Gobiernos se constituyen para la felicidad común”³. La expresión “felicidad común” fue interpretada por Juan Germán Roscio —uno de los primeros juristas en analizar este primer constitucionalismo— en referencia al bien común, de acuerdo con el concepto que este tiene en la tradición legal clásica⁴. El uso del bien común, en alusión al bienestar de la comunidad política, también está presente en la Constitución de la República de Tunja, aprobada en diciembre de 1811. La Constitución quiteña, de febrero de 1812, dispuso que su principal finalidad es procurar el “beneficio y utilidad común” (artículo 1). La Constitución política del Estado de Cartagena de Indias, de junio de 1812, estableció en su artículo 11 que “el Gobierno es instituido para el bien común, protección, seguridad y felicidad de los pueblos”. En Chile, el preámbulo de la Constitución política del Estado de Chile de octubre de 1822 señaló que “el fin de la sociedad es la felicidad común”.

En nuestra opinión, la coincidencia del lenguaje de este constitucionalismo en torno al bien común puede explicarse, principalmente, por la tradición humanista del derecho indiano, inspirado en el *ius commune europeo*.

En efecto, la formación jurídica del derecho público en América Latina estuvo inspirada en el *ius commune*⁵ presente en el derecho de Castilla, y que fundamentó la tradición humanista del derecho indiano, basado en la concepción según la cual los indígenas eran personas y, por ende, tenían dignidad⁶. La dignidad humana ha sido considerada como uno de los pilares del derecho público en América Latina⁷. De allí que, al seguir el nuevo pensamiento constitucional a partir del siglo XIX, la región adoptó la declaración de derechos inherentes a la persona radicados en su dignidad⁸.

Fue precisamente la defensa de la dignidad humana la que justificó, en el siglo XX, el viaje hacia el constitucionalismo social, a los fines de garantizar el acceso a bienes y servicios

2 Brewer-Carías (2013), p. 83.

3 La Declaración de Derechos del Pueblo, aprobada por el Congreso venezolano en 1811, reflejó esos principios al afirmar que el fin de la sociedad es la felicidad común (artículo 1). Vid. Loreto (2010), p. 151.

4 Hernández (2012), p. 34 y Ugalde (2007), p. 37.

5 El *ius commune* es una construcción medioeval (siglos XII y XV), basada en la relación entre el derecho positivo —*ius civile*—, el derecho natural y el derecho canónico, que especialmente se extendió en Europa no solo como resultado de la expansión del derecho romano, sino también del derecho eclesiástico. Cfr. De Koninck (1997), p. 64 y Torrent (2017), pp. 240-245.

6 García-Gallo (1974), p. 157 y Labruna (2004), p. 61.

7 Murillo (1992), p. 269.

8 Filippi (2009), p. 17.

considerados esenciales para asegurar una existencia digna, en especial, por medio del reconocimiento de derechos económicos y sociales⁹, cuya satisfacción requiere de ciertas prestaciones garantizadas por el Estado¹⁰.

De esa manera, el derecho constitucional del Estado social contiene mandatos que emplazan al Estado a actuar para promover condiciones de igualdad material indispensables para garantizar la dignidad humana dentro de la comunidad política¹¹. La dignidad humana es, en este sentido, un valor superior que obliga al Estado a actuar y, al mismo tiempo, previene intervenciones abusivas que desnaturalicen la dignidad, en especial, creando vínculos económicos y sociales de dependencia de la persona para con el Estado¹². Bajo el valor del bien común, y siguiendo a Amartya Sen, el desarrollo se define desde la persona y, por ende, como el proceso orientado a expandir las capacidades de las personas que permite el ejercicio pleno de su libertad¹³.

2.2. EL BIEN COMÚN EN LA CONSTITUCIÓN DE CHILE DE 1980

El bien común forma parte de los valores superiores que la Constitución de 1980 reconoce en su artículo 1, y que parten de la centralidad de la dignidad humana. Por consiguiente, el fin del Estado es el servicio a la persona a través de la promoción del bien común. Esto es, que el Estado es el instrumento mediante el cual se procura el perfeccionamiento de la comunidad, tal y como el Tribunal Constitucional de Chile ha señalado en sentencia N.º 2.693, de 13 de octubre de 2015 (considerando 17).

El bien común, en el citado artículo 1, es el fundamento del mandato del Estado de “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, todo lo cual se relaciona con la igualdad efectiva, que debe “lograrse de manera progresiva, atenuando las desigualdades de hecho”¹⁴. Tal es el fundamento de los mandatos de transformación que derivan de la Constitución de 1980 y, en general, de los derechos económicos y sociales¹⁵.

9 Gargarella (2013), p. 140.

10 Los derechos económicos y sociales garantizan el acceso a bienes y servicios considerados esenciales desde la dignidad humana, como los servicios de salud. Desde el punto de vista económico, son derechos de la demanda que solo se satisfacen con la oferta efectiva de los bienes y servicios esenciales, esto es, con las prestaciones llamadas a asegurar condiciones dignas de vida. Cossío (1989), p. 44.

11 Por todos, vid. Von Bogdandy (2015), p. 3.

12 Sotelo (2010), p. 139.

13 Sen (1999), p. 13.

14 Tribunal Constitucional, sentencia N.º 1.273, de 20 de abril de 2010, considerando 63.

15 Nogueira (2009), p. 148.

La inclusión de mandatos de transformación en la Constitución de 1980 permite evaluar críticamente la interpretación que, durante la Convención Constitucional de 2022, consideró que Chile no era un Estado social y que la nueva Constitución debía poner fin al Estado subsidiario¹⁶. En nuestra opinión, Chile ya es Estado social, a pesar de que esta calificación no es expresa en el texto de 1980¹⁷. Así, la forma del Estado social se desprende de los mandatos de transformación y del reconocimiento de derechos económicos y sociales¹⁸. Además, el Estado social no se opone al Estado subsidiario, en tanto la acción social del Estado, bajo la interpretación centrada en la dignidad humana, es la del Estado garante, orientado a crear condiciones que permitan a la comunidad, con sus propias capacidades, satisfacer sus necesidades. Lo opuesto al Estado subsidiario es el Estado que asume el rol central en la dirección de la economía, socavando con ello la dignidad¹⁹.

En resumen, desde la Constitución de 1980 Chile es un Estado social en tanto asume, como cometido, promover condiciones reales o materiales que permitan a las personas, con sus propias capacidades, promover el bienestar de la comunidad, en especial, facilitando el acceso equitativo a bienes y servicios anejos a los derechos económicos y sociales²⁰. Desde el bien común, el Estado social se basa en los principios de subsidiariedad y solidaridad. Por ello, la Constitución económica del Estado social se opone a dos modelos extremos: el modelo económico basado en la primacía de los derechos económicos individuales y el modelo económico basado en la primacía del Estado por medio de mecanismos de planificación central²¹.

16 Por ejemplo, en el portal Diario Constitucional, al comentar esta disposición, se señaló que el Estado social se basa el “rol activo del Estado, que busca facilitar las condiciones necesarias para el mejor desarrollo individual y social de las personas”, con lo cual el “concepto nace como una respuesta al Estado subsidiario, el que se encuentra implícitamente consagrado en la Constitución de 1980” (“Estado Social y democrático de derecho (Artículo N.º 1)”, Diario Constitucional. [Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/nueva-constitucion/principios-generales/estado-social/>]. [Fecha de consulta: 30 de junio de 23].

17 Hernández (2022).

18 Estos mandatos de transformación, ciertamente, son más acotados que los que pueden observarse en otros textos constitucionales, como la Constitución de Colombia de 1991. Pero ello no impide negar la existencia de derechos económicos y sociales en la Constitución de 1980 (Vid. Navarro [2010]), con lo cual la Constitución de 1980 organiza a Chile como Estado social. Vid. Solari (1993).

19 Martín-Retortillo (1991), p. 45.

20 Como ha afirmado el Tribunal Constitucional de Chile, “los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativa” (sentencia N.º 976, de 26 de junio de 2008, considerando 26). Vid. Martínez (2010), pp. 125 y ss. Se ha observado, en todo caso, que no hay en la Constitución de 1980, siquiera de manera implícita, la recepción de la cláusula del Estado social, pues “los derechos sociales contenidos en la Constitución de 1980 son reconocidos no tanto desde el punto de vista de lo que debe hacer el estado en materia prestacional, sino más bien de las libertades reconocidas a los particulares en materia de prestar y escoger los servicios respectivos”. Vid. Poyanco (2017), p. 780. De igual manera, se ha criticado la “interpretación neoliberal” del principio de subsidiariedad. Cfr. Viera (2021), pp. 91 y ss. Sobre las posibles interpretaciones del principio de subsidiariedad, vid. Lagos (2020), pp. 69 y ss.

21 Finnis (2011), pp. 134 y ss., así como Maritain (2012), pp. 47 y ss.

3. El bien común en el derecho interamericano

El derecho interamericano se basa en dos instrumentos jurídicos centrales aprobados en 1948: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración) y la Carta de la Organización de Estados Americanos (Carta OEA). Dentro de este ordenamiento jurídico, encontramos un ordenamiento más específico, que pivota en torno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención), y el Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (Protocolo de San Salvador), que rige a algunos Estados de América Latina y el Caribe, entre ellos, Chile. Este ordenamiento jurídico interamericano pivota alrededor del bien común y permite comprender, mucho mejor, la importancia de ese valor en el constitucionalismo de la región.

3.1. LA DECLARACIÓN AMERICANA Y LA TRADICIÓN HUMANISTA

Durante la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en 1948, fue suscrita la Declaración, pocos meses antes que la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Con ello, la Declaración Americana no es solo un instrumento jurídico fundamental en la región, sino en el avance hacia la universalización de los derechos humanos²².

En tal sentido, la Declaración logró captar los valores y principios compartidos en la región, no solo en relación con América Latina sino también respecto de Estados Unidos. En cierta forma, podría decirse que el constitucionalismo de Estados Unidos y de América Latina se reencuentran en la Declaración, como lo demuestra el énfasis dado en la idea del bien común, y en especial, en el reconocimiento no solo de derechos sino también de deberes de las personas dentro de la comunidad, todo ello, partiendo de la centralidad de la dignidad humana²³.

Así lo reconoce el preámbulo de la Declaración, al recordar que las instituciones políticas —partiendo de la Constitución— tienen por objetivo crear condiciones que permitan a la persona progresar desde la comunidad. Por ello, los derechos derivados de la libertad no se interpretan desde una posición individualista, sino desde su rol a través de la comunidad. De allí que, en suma, la Declaración recoge la tradición humanista del *ius commune*²⁴.

Otra de las principales manifestaciones del bien común es que la Declaración, como tam-

22 Díaz (2016), pp. 361 y ss.

23 Gross (1995), pp. 13 y ss.

24 Por ello —continúa el preámbulo— los “derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. Véase lo que explicamos en Hernández (2023), pp. 165 y ss.

bién lo amplía la Carta, reconoce que la dignidad humana requiere no solo de derechos de libertad, sino también de las condiciones materiales que faciliten el acceso equitativo a bienes y servicios que garantizan una existencia digna, en el marco del desarrollo integral al cual alude el artículo 30 de la Carta. Por ello, el artículo XXVIII de la Declaración dispone que los derechos de la persona deben interpretarse en el marco de “las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

La Declaración es, de esa manera, la piedra fundacional del *corpus iuris interamericano* al resumir valores compartidos en el continente que parten de la centralidad de la persona y su dignidad, la cual solo puede realizarse plenamente a través de la comunidad y las instituciones políticas, tal y como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) concluyó en la Opinión Consultiva OC-10/89, de 4 de julio de 1989²⁵.

3.2. EL BIEN COMÚN COMO VALOR QUE DETERMINA LA INTERPRETACIÓN DEL CORPUS IURIS INTERAMERICANO Y SUS EFECTOS EN CHILE. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

La Convención responde, también, a la centralidad de la dignidad humana, al considerar que de esta derivan derechos que solo pueden alcanzarse plenamente a través de la comunidad organizada de acuerdo con los valores democráticos. Así, de conformidad con su artículo 32.2, “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Según la Corte IDH²⁶:

“Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”.

El bien común solo puede alcanzarse por medio de instituciones políticas democráticas,

25 En la cual se afirma que “puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”. Vid. Buergenthal (1990), pp. 60 y ss.

26 Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N.º 5, párrafo 66. Véase igualmente la Opinión Consultiva OC-28/21, de 7 de junio, sobre la figura de la reelección presidencial, párrafo 125.

esto es, inspiradas en el pluralismo y la centralidad de la dignidad humana. De allí la importancia de la interpretación del bien común desde los valores que derivan de la democracia, con el sentido pluridimensional que esta tiene en la Carta Democrática Interamericana²⁷. El bien común desligado de las instituciones democráticas es contrario al *corpus iuris interamericano*.

Ahora bien, los derechos económicos y sociales reconocidos en el ámbito interamericano son una expresión de la dignidad humana. Así, los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) que han sido reconocidos en el Protocolo, tienen su fundamento último en el bien común, en tanto la dignidad de la persona en la comunidad no puede realizarse a plenitud sin el acceso a bienes y servicios que satisfacen necesidades humanas esenciales. De allí que, de conformidad con el principio de progresividad, los DESCAs son derechos vinculantes, en tanto los Estados tienen el deber de transformar las condiciones materiales de desigualdad, para así crear condiciones efectivas para el pleno desenvolvimiento de la persona, de acuerdo con las justas exigencias del bien común²⁸.

Bajo esta visión, el desarrollo integral al cual alude el artículo 30 de la Carta es el desarrollo humano, o sea, aquel que se orienta a crear condiciones materiales efectivas para que la persona, con sus capacidades, pueda realizarse plenamente. La interpretación de los DESCAs, por ende, se opone a modelos económicos basados en la centralidad del Estado, y en especial, en modelos de planificación central vinculante en los cuales la persona pasa a ser un recipiente pasivo de las prestaciones unilateralmente definidas por el Estado.

Por lo anterior, la ratificación del Protocolo por Chile supuso importantes consecuencias jurídicas²⁹. No podría afirmarse, en todo caso, que solo a partir de esa ratificación, Chile quedó vinculado al respecto de los derechos económicos y sociales. En realidad, como explicamos, esos derechos están reconocidos en la Constitución de 1980, pero, además, ellos derivan también de la Convención, tal y como la Corte IDH lo ha reconocido, entre otras, en sentencia de 1 de octubre de 2021³⁰. Así, la Corte conoció de la denuncia en contra de Chile por violación al derecho a la salud y a la seguridad social, ambos previstos en la Constitución de 1980. Tal sentencia se fundamentó en el artículo 26 de la Convención, de la cual Chile es Estado parte, aun cuando para ese momento no era Estado parte del Protocolo.

El principal efecto jurídico del Protocolo es la ampliación de los deberes jurídicos que

27 Morales (2021), pp. 15 y ss. Y Nieto (1990), pp. 45 y ss.

28 Carbonell y Mac-Gregor (2014), pp. 55 y ss.

29 Decreto N.º 244, que promulga el Protocolo de San Salvador, publicado el 25 de octubre de 2022.

30 Corte IDH: Caso *Vera Rojas y otros vs. Chile*, Serie C No. 439 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 32 al 35.

Chile debe cumplir en relación con los DESCAs, pues bajo el principio de progresividad, estos se uniformaron en torno al catálogo de derechos —bastante ambicioso— del derecho interamericano³¹.

Este fue un cambio trascendental. Así, la aspiración por ampliar el contenido de los mandatos positivos que el Estado chileno debe cumplir en relación con los derechos económicos y sociales, tomando en cuenta el catálogo ciertamente limitado derivado de la Constitución de 1980, fue ya cumplido con la ratificación del Protocolo. Hoy día, la Constitución económica en Chile —que integra al *corpus iuris interamericano*— se ha nivelado al común denominador del derecho constitucional de América Latina, derivado del Protocolo. De allí que, para cumplir con el valor del bien común en el marco de la cláusula del Estado social, no es necesario ampliar ambiciosamente el catálogo de estos derechos, sino más bien complementar a los DESCAs derivados del Protocolo.

Para ello, y de acuerdo con la base fundamental según la cual “Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común”, debe darse mayor importancia al principio de progresividad. Este principio reconoce que el cumplimiento efectivo de los DESCAs requiere de una adecuada capacidad estatal y, también, de capacidades en el sector privado. El derecho constitucional en América Latina, en especial a partir de la Constitución de Venezuela de 1999, ha ampliado notablemente el número de derechos económicos y sociales y de mandatos de transformación que el Estado debe cumplir, sin encargarse de generar condiciones institucionales favorables para crear capacidades estatales. De ello ha derivado la fragilidad de ese derecho, pues en la práctica América Latina es considerada la región más desigual del mundo, como ahondamos en la cuarta sección.

4. El bien común desde el derecho constitucional comparado

En América Latina, la expresión bien común aparece en diversas Constituciones, y en contextos distintos. Así, el bien común es reconocido, en algunos casos, como uno de los valores centrales de la Constitución asociados a la centralidad de la persona humana. El artículo 1 de la Constitución de El Salvador, de este modo, reconoce a la persona “como el origen y fin del Estado”, el cual está organizado para la consecución de varios fines, entre ellos, el bien común, tal y como también hace la Constitución de Nicaragua en su artículo 4. En similar sentido, este valor es mencionado en el preámbulo, al enunciar los fines superiores a los cuales se orienta la Constitución, como sucede en Honduras y Venezuela. En otros casos el bien

31 Ferrer Mac-Gregor (2019), pp. 345 y ss. Uno de los temas pendientes en la interpretación del derecho constitucional en América Latina, desde el prisma de la Convención, es precisamente el principio de progresividad. En nuestra opinión, este debe vincularse con la capacidad del Estado y del sector privado para ofrecer bienes y servicios anejos a los DESCAs.

común es uno de los parámetros que permite ponderar limitaciones a los derechos, como es el caso de la propiedad, en el artículo 70 de la Constitución del Perú, o en el artículo 333 de la Constitución de Colombia. En Ecuador, este valor justifica los deberes de las personas en la sociedad (numeral 7, artículo 83).

El método comparado permite apreciar, mejor, el sentido de la base fundamental del bien común en Chile. Para ello, tomaremos tres ejemplos que ayudan a distinguir las distintas aristas que el bien común tiene en el derecho constitucional. En Argentina, y a pesar de que no hay en la Constitución mención alguna en este sentido, el bien común ha sido considerado un valor que determina el techo moral de la Constitución. En Estados Unidos, una técnica de interpretación similar ha sido empleada para proponer una nueva interpretación de la Constitución. En Venezuela, el bien común fue tergiversado en el marco de la retórica populista, lo que contribuyó a crear una emergencia humanitaria compleja como consecuencia del colapso institucional del país.

4.1. EL EJEMPLO DE ARGENTINA: EL BIEN COMÚN Y EL TECHO IDEOLÓGICO DE LA CONSTITUCIÓN. SU PROYECCIÓN EN LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el derecho constitucional de Argentina, el bien común ha sido considerado como un valor que permite orientar la interpretación de la Constitución. De esa manera, la interpretación constitucional no puede basarse solo en el método textualista, esto es, en la lectura rígida de la Constitución a partir de su texto expreso. Pues junto a las reglas escritas y los principios, los valores constitucionales facilitan una interpretación dinámica que, sin embargo, evita los excesos que pueden derivar en mutaciones constitucionales ilegítimas³².

En efecto, la solución frente al método de interpretación literal no puede ser la interpretación maleable de la Constitución de acuerdo con las preferencias del intérprete, y en concreto, de la justicia constitucional. Tal método abre las puertas para interpretaciones que se aparten no solo de los valores y principios constitucionales, sino incluso del propio texto de sus reglas. De allí que la interpretación flexible de la Constitución para solucionar las lagunas que dejan sus reglas y principios debe responder a los valores constitucionales. En Argentina, esto ha llevado a Santiago a concluir que el bien común es el techo moral de la Constitución³³.

El bien común es un valor constitucional que, al justificar la existencia del Gobierno, otorga elementos que facilitan la interpretación constitucional. En tanto valor teleológico, el bien

32 Sagüés (1998), pp. 129 y ss. Del autor, véase también Sagüés (2016), pp. 343-350.

33 Santiago (2002), pp. 125-150.

común permite al intérprete de la Constitución construir una solución que parta de la centralidad de la dignidad humana, entendida no en el sentido individualista de la libertad, sino en función al desarrollo de la comunidad a través de la cual la persona se realiza.

Así, el bien común permite distinguir las mutaciones constitucionales legítimas de las ilegítimas, en concreto, aquellas que desnaturalizan a la persona, al desplazar el rol de su dignidad humana. Esto hace del valor del bien común una herramienta práctica de primer orden para prevenir lo que se ha llamado el constitucionalismo abusivo, o sea, el uso de formas constitucionales para fines contrarios a los valores constitucionales y en concreto, a la dignidad humana³⁴.

Una de las principales implicaciones del valor constitucional del bien común lo encontramos en el derecho administrativo, que es en suma derecho constitucional implementado. Como ha señalado Juan Carlos Cassagne, el fundamento del derecho administrativo es el bien común, todo lo cual coloca en el centro de la actividad administrativa a la persona³⁵. De allí la creciente importancia que han tenido los estándares de la buena administración que, desde el bien común, realzan la calidad de la Administración pública³⁶. Esto último es especialmente importante si recordamos que la implementación de los mandatos de transformación derivados de derechos económicos y sociales pasa, necesariamente, por la Administración pública, de lo cual se concluye que la calidad de esta incide en la calidad de las políticas orientadas a promover el desarrollo humano integral. Bajo la interpretación constitucional del bien común, la Administración cumple con los mandatos de transformación del Estado social desde la centralidad de la persona³⁷.

4.2. EL EJEMPLO DE ESTADOS UNIDOS: LA PROPUESTA DEL CONSTITUCIONALISMO DEL BIEN COMÚN

Durante el siglo XX, el derecho constitucional en América Latina y en Estados Unidos tomó rumbos distintos. En efecto, en América Latina, como vimos, la Constitución fue modificada para dar cabida al constitucionalismo social y al reconocimiento de mandatos de transformación, que, con el tiempo, fueron haciéndose cada vez más ambiciosos. La Constitución de Estados Unidos no fue nunca modificada en este sentido, todo lo cual llevó a centrar la atención en la interpretación de la Constitución por la Corte Suprema de Justicia.

34 Landau (2013), pp. 189 y ss. Recientemente, puede verse a Collot (2022), pp. 23 y ss.

35 Cassagne (2021), pp. 1 y ss.

36 Galli (2021), pp. 47 y ss. Véase en general a Meilán (2013).

37 Santiago (2001), pp. 239 y ss., quien señala que “la persona es inseparable de la sociedad humana en la que vive y se desarrolla” (p. 261), de lo cual resulta que la persona se realiza en la comunidad por medio del principio de solidaridad. Es por ello que el bien común se opone a dos extremos: el individualismo y el totalitarismo.

La Constitución económica en Estados Unidos fue inicialmente interpretada desde la primacía de los derechos económicos individuales, en lo que se conoce como la era Lochner. Esta interpretación cambió cuando la Corte tuvo que enfrentarse a las políticas de bienestar desplegadas en el marco del New Deal, y que se reflejaron en leyes que empoderaban a la Administración de amplios cometidos socioeconómicos. Finalmente, la Corte toleró esta ampliación, a partir de una interpretación restrictiva del principio de no-delegación, el cual delimita el ámbito de funciones del Poder Legislativo y Ejecutivo³⁸.

Esto dio paso a una interpretación progresiva de la Constitución, o constitucionalismo viviente, que derivó en la expansión de derechos individuales, en muchos casos, basados en una interpretación sustantiva de la cláusula del debido proceso, tal y como sucedió con el aborto³⁹. Frente a esta interpretación progresiva, se propuso como alternativa el originalismo, que predica que la Constitución debe ser interpretada de manera textual, y en caso de duda, solo puede tenerse en cuenta su intención original⁴⁰. Bajo esta interpretación, el moderno Estado administrativo surgido para cumplir con mandatos de transformación, difícilmente podría encuadrarse en el sentido original de la Constitución⁴¹.

Adrian Vermeule ha propuesto una tercera técnica de interpretación constitucional, llamada constitucionalismo del bien común⁴². Para el jurista, el derecho de Estados Unidos está informado por la tradición legal clásica que define a la ley en función del bien común. Por ello, la Constitución debe ser interpretada en función al valor del bien común, lo que permite su adaptación a circunstancias cambiantes, pero sin los riesgos derivados del constitucionalismo viviente, y que podría degenerar en activismo judicial. El constitucionalismo del bien común, bajo esta visión, daría cabida a los principios de solidaridad y subsidiariedad, que permiten enmarcar al moderno Estado administrativo en el valor del bien común.

La propuesta del constitucionalismo del bien común ha generado un debate, en especial, por quienes apoyan la interpretación originalista de la Constitución⁴³. Este debate, todavía en evolución, coloca en evidencia las tensiones constitucionales que se generan en Estados Unidos frente a la Constitución codificada según los moldes del Estado liberal y la realidad del Estado administrativo basado en políticas de bienestar. De allí que una expresión concreta de esta interpretación es la propuesta de justificar y limitar al moderno Estado administrativo, con base en lo que se denomina principios de moralidad interna, esto es, preceptos generales

38 Gillman (1993), pp. 45 y ss.

39 Entre otros, vid. Strauss (2010), pp. 33 y ss. Véase también Strauss (1997), pp. 877 y ss.

40 Por todos, vid. Scalia (1997), pp. 3 y ss.

41 Lawson (1994), pp. 1231 y ss. y Hamburger (2014), pp. 377 y ss.

42 Vermeule (2022), pp. 1-25.

43 Baude y Stephen (2023), p. 32.

que justifican la acción administrativa previniendo su arbitrariedad⁴⁴. Estos principios son, en realidad, principios generales del derecho administrativo, tal y como se les conoce en América Latina, especialmente relacionados con los estándares de la buena administración y el bien común⁴⁵.

4.3. EL EJEMPLO DE VENEZUELA: EL CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO-POPULISTA Y LA DESNATURALIZACIÓN DEL BIEN COMÚN

Los cambios introducidos en el derecho constitucional de América Latina durante el siglo XX, mediante enmiendas, reformas y procesos constituyentes, alcanzaron un hito importante con la Constitución de Venezuela aprobada en 1999. Esta Constitución amplió notablemente los mandatos de transformación del Estado social, en especial, con un extenso catálogo de derechos económicos y sociales. La promoción de condiciones reales de igualdad se extendió incluso a la democracia, al considerarse que, junto a las bases constitucionales del Gobierno representativo, era necesario ampliar los cauces de participación ciudadana, por medio de mecanismos de democracia directa, incluso, en el modelo económico⁴⁶.

Este diseño constitucional, que influyó a las Constituciones de Bolivia y Ecuador, ha sido calificado por un sector de la doctrina como “nuevo constitucionalismo latinoamericano”⁴⁷. Lo “nuevo” de este modelo no es, aclaramos, el constitucionalismo social, pues lo cierto es que, en la región, tal constitucionalismo fue adoptado en México, en 1917. Lo novedoso del modelo constitucional venezolano es el intento de replantear las bases republicanas del Gobierno basadas en la democracia representativa, por un modelo de democracia participativa en el cual la igualdad material se alcanza, en especial, empoderando a sectores excluidos a través del ejercicio de actividades económicas mediante formas asociativas populares⁴⁸.

El resultado de este modelo fue una Constitución económica basada en el predominio del Estado, y en la cual el reconocimiento de derechos económicos individuales quedó atemperado por amplios e indeterminados títulos de intervención pública en la economía, que fueron interpretados por la justicia constitucional desde una visión estatista, que redujo notablemente las garantías jurídicas de la libertad de empresa⁴⁹. Todo ello contribuyó a una crisis económica solo comparable con países que han atravesado guerras, y que ha degenerado en una emer-

44 Sunstein y Vermeule (2020), p. 144.

45 Hernández (2021), p. 289.

46 Martínez Dalmau (2004), pp. 27 y ss.

47 Viciano y Martínez Dalmau (2013), pp. 63 y ss.

48 Palacios (2006), pp. 84 y ss.

49 Brewer-Carías (2014), pp. 175 y ss.

gencia humanitaria compleja⁵⁰.

El nuevo constitucionalismo en Venezuela se apartó de las exigencias de la sociedad democrática, a los fines de asumir el bien común desde la predominancia del Estado. El resultado fue la desnaturalización del bien común, aplicado como el interés general unilateralmente interpretado desde y para el Estado, además, por medio de la retórica populista. Por ello, hemos calificado a este modelo como derecho constitucional autoritario-populista, en el sentido que las políticas autoritarias fueron abusivamente asumidas bajo formas constitucionales y apoyadas en el discurso populista⁵¹.

5. Algunas lecciones para la interpretación de la cláusula del bien común en el nuevo proceso constituyente de Chile

El estudio histórico y comparado del bien común, en especial, desde la perspectiva del derecho interamericano, permite concluir que la base fundamental según la cual “Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común”, genera importantes consecuencias jurídicas. Estas consecuencias, en nuestra opinión, no responden a una transformación de Chile como Estado social, pues lo cierto es que, incluso bajo la Constitución de 1980 —y tanto más, luego de la ratificación del Protocolo—, Chile es un Estado social, en el sentido que asume como cometido —tutelable judicialmente— la garantía de acceso a bienes y servicios esenciales, y que otorgan contenido concreto a los derechos económicos y sociales orientados al bien común. Más bien, las consecuencias apuntan a una dimensión cualitativa, esto es, acerca de las características que las instituciones políticas —y en especial, la Administración pública— deben tener para lograr la materialización de esta cláusula del bien común.

En concreto, queremos destacar dos consecuencias, que toman en cuenta las experiencias comparadas examinadas. La primera consecuencia es el carácter vinculante que la cláusula del bien común tiene, en especial, en la interpretación de la Constitución y de los mandatos positivos que de ella derivan, considerando la capacidad estatal y el principio de progresividad. La segunda consecuencia es la necesidad de partir siempre de la primacía de la dignidad humana, para contener interpretaciones abusivas de la Constitución.

50 Corrales (2022), pp. 21 y ss.

51 Hernández (2018). Sobre la relación entre derecho constitucional y populismo, véase en especial a Tushnet y Bugarić (2021), pp. 9 y ss.

5.1. LA CLÁUSULA DEL BIEN COMÚN Y LA CAPACIDAD ESTATAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE CHILE

La existencia de mandatos positivos de transformación no es un atributo exclusivo del derecho constitucional en América Latina. En realidad, esos mandatos —especialmente desde la perspectiva del deber del Estado de remover los obstáculos que impiden condiciones de efectividad de igualdad— fueron recogidos ampliamente luego de la Segunda Guerra Mundial en Europa⁵². Lo que caracteriza a la región es la amplitud con la cual esos mandatos fueron expresamente reconocidos, junto con el extenso catálogo de derechos económicos y sociales⁵³. La Constitución de Venezuela, como explicamos, amplió este listado, expandiendo con ello los cometidos que el Estado debía atender.

El proyecto de Constitución aprobado por la Convención Constitucional de Chile, en 2022, respondía a este modelo ciertamente ambicioso. Esto dio lugar a lo que consideramos un modelo cuantitativo, en el que los mandatos de transformación se caracterizan por su número. El resultado —inevitable— es la ampliación de los cometidos del Estado en la economía, en especial, desde el nivel nacional. A partir del caso comparado de Venezuela, es innegable que el diseño institucional de la Constitución de 1999, al fortalecer el presidencialismo, creó condiciones favorables para las políticas arbitrarias que desembocaron en la emergencia humanitaria compleja⁵⁴.

Además, el modelo cuantitativo tiende a limitarse al ámbito *iure*, considerando que mientras mayor sea el número de mandatos constitucionales de transformación, mejores serán las condiciones para asegurar una existencia digna. Esta visión es reforzada por el principio que afirma el carácter vinculante de los mandatos de transformación y, en concreto, de los DESCAs, ampliado con su tutela judicial, especialmente, a cargo de la justicia constitucional, cuyo ámbito tiende a expandirse. No pretendemos negar, por supuesto, el carácter vinculante de los mandatos de transformación. Ello es una condición necesaria, en particular, para controlar las indebidas omisiones en las que incurra el Estado —a través del Poder Legislativo y Ejecutivo— en el cumplimiento de estos mandatos⁵⁵. Pero el control judicial de estas omisiones

52 Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 3 de la Constitución de Italia de 1947, corresponde a la “República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”. Cfr. Giannini (1999), pp. 198 y ss.

53 Von Bogdandy (2017), pp. 27 y ss.

54 Rachadell (2015), pp. 120 y ss.

55 La Constitución —y también, como vimos, el derecho interamericano— contiene mandatos que emplazan al Estado a actuar. Algunos de esos mandatos se dirigen al legislador, para dictar las leyes bajo las cuales la Administración pública y el sector privado deberán cumplir su rol prestacional. De allí la importancia del control judicial de las omisiones legislativas. Vid. Bazán (2014), pp. 93 y ss. En este sentido, el artículo 25 del anteproyecto de Constitución aprobado por la Comisión Experta acota que el control judicial no podrá derivar en la definición de políticas públicas. Otras normas crean mandatos que empoderan a las personas en su rol de demandantes de bienes y servicios: tal es el caso de los derechos económicos y sociales, que en especial vinculan a la Administración y justifican la tutela judicial de la inactividad administrativa. Vid. Urosa (2003), pp. 23 y ss.

solo derivará en una sentencia de condena que únicamente podrá ser cumplida —incluso forzosamente— si existen adecuadas capacidades en el Estado y en la sociedad. Todo lo anterior, además, eleva los riesgos del activismo judicial, especialmente, en el ámbito de la justicia constitucional⁵⁶.

Esta visión formal es, por ende, no solo limitada en cuanto a sus efectos reales sobre el desarrollo inclusivo, sino que también ella entraña importantes riesgos, en términos de interpretaciones extensivas de los mandatos de transformación y los DESCAs que, en suma, creen condiciones propicias para intervenciones arbitrarias. En nuestra opinión, esta visión debe complementarse con la importancia de incorporar mecanismos jurídicos que permitan diagnosticar áreas de fragilidad estatal que puedan condicionar adversamente el cumplimiento de los mandatos de transformación. Desde el bien común, es preciso pasar a un modelo cualitativo, en el cual lo determinante no sea el número de mandatos de transformación y de derechos económicos y sociales, sino la capacidad del Estado de crear condiciones favorables para su cumplimiento y, en especial, para la oferta de bienes y servicios esenciales, todo ello de acuerdo con el principio de progresividad.

En el anteproyecto de Constitución aprobado por la Comisión Experta, el número de mandatos de transformación y de derechos económicos y sociales es más acotado en relación con la propuesta de 2022, pero mucho más amplio que los derivados del texto de 1980⁵⁷. Este cambio justifica afinar la interpretación de estos mandatos, no desde un enfoque cuantitativo, sino más bien cualitativo, basado en el principio de progresividad⁵⁸.

En América Latina los mandatos de transformación y los DESCAs son vinculantes en el ámbito *de iure*, pero su vigencia práctica —en el ámbito *de facto*— se enfrenta a importantes obstáculos, en especial, derivados de la fragilidad estatal, como lo acredita la arraigada desigualdad en la región. Esta es una de las principales lecciones que el COVID-19 ha dejado en América Latina, pues a pesar de contar con cerca del 8 % de la población mundial, la región aportó aproximadamente el 30 % de las muertes por la pandemia. Una causa que explica esta desproporción es que, a pesar del ambicioso marco jurídico *de iure*, la región no contaba con la capacidad estatal necesaria para cumplir con los cometidos económicos y sociales que la

56 García (2016), pp. 93 y ss.

57 El proceso constituyente chileno ha generado un interesante debate comparado sobre los derechos económicos y sociales. Por ejemplo, véase a Martínez *et al.* (2022), pp. 337 y ss.

58 Este principio es reconocido en el artículo 24 del anteproyecto de Constitución aprobado por la Comisión Experta, en concreto, por su literal a. El desarrollo progresivo de los derechos económicos y sociales se determina en función a la capacidad del Estado y del sector privado, lo cual requiere darle relevancia constitucional al tema de la capacidad estatal, usualmente tratado en las ciencias económicas. Así se reitera en el artículo 1.1, el cual alude al desarrollo progresivo de los derechos sociales.

pandemia creó⁵⁹. Desde el bien común, por ello, es preciso pasar de la teoría del derecho constitucional transformador a la práctica de la efectividad de los mandatos de transformación, basados en la centralidad de la persona y su dignidad.

Finalmente, el bien común también exige modular el impacto económico de los mandatos de transformación. Así, aun cuando pueda resultar obvio, debe tomarse en cuenta que el cumplimiento de estos mandatos requiere del adecuado espacio fiscal, pues los derechos económicos y sociales tienen un costo⁶⁰. Sin ponderar este elemento, el reconocimiento de mandatos de transformación más allá de la capacidad financiera no solo agravará la fragilidad estatal sino que, además, podrá crear incentivos para desórdenes macroeconómicos que, como la inflación, resultan nocivos al bien común⁶¹.

5.2. LA PRIMACÍA DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO ANTÍDOTO AL DERECHO CONSTITUCIONAL AUTORITARIO-POPULISTA. UNA PROPUESTA DE NORMA SOBRE EL BIEN COMÚN

La ampliación del número de mandatos de transformación y de sus derechos anejos, como vimos, amplía los cometidos del Estado y, en concreto, de la Administración pública. Esto genera incentivos para desplegar un modelo estatista de desarrollo, tanto más si —como suele suceder en América Latina— los bienes y servicios anejos a estos mandatos se consideran servicios públicos y, por ello, actividades administrativas, sometidas a un régimen exorbitante del derecho privado. Esta visión estatista, impulsada por el activismo de la justicia constitucional, parte de la rivalidad entre el sector público y privado, lo que puede relegar a este a un rol más bien secundario. Esta visión estatista del derecho constitucional suele plasmarse en una visión del derecho administrativo autoritativo, o sea, basada en la autoridad unilateral de la Administración pública, a quien corresponde tutelar el interés público general, entendido como la agregación de intereses individuales⁶². Bajo esta percepción de agregación, se crean incentivos institucionales para medidas autoritarias basadas en la voluntad popular, esto es, en políticas autoritario-populistas.

El bien común es el principal antídoto frente a este riesgo⁶³. Así, hay que recordar que el bien común no es la agregación de intereses individuales, sino el bienestar de toda la comu-

59 Hernández (2022), pp. 294 y ss.

60 Holmes y Sunstein (1999), pp. 35 y ss.

61 En el anteproyecto de Constitución aprobado por la Comisión Experta se establece el principio de equilibrio presupuestario (artículo 146.1), cuya interpretación, desde el bien común, apunta al principio de progresividad.

62 El derecho administrativo autoritativo es aquel que descansa en la definición unilateral del interés público por la Administración, con base en privilegios y prerrogativas. De allí que el interés público es la principal justificación de tal derecho. Cfr. Escola (1989), pp. 33 y ss.

63 Santiago (2020), pp. 175 y ss.

nidad, concebida como una asociación libre de personas que realizan su dignidad a través de ella. Bajo esta perspectiva, la intervención administrativa solo se justifica en función al bien común, partiendo de la centralidad de la persona y su dignidad⁶⁴. Esto realza la conexión entre el bien común y los estándares de la buena administración, y la valoración cualitativa de la actividad administrativa⁶⁵. Partiendo de los principios de eficacia y eficiencia, esta valoración cualitativa favorece el análisis costo-beneficio de la actividad administrativa⁶⁶.

Por ende, desde el bien común, el sistema económico constitucionalizado en el anteproyecto puede describirse como economía social de mercado. Así, por un lado, la Constitución garantiza los derechos económicos que permiten el funcionamiento de los mecanismos de mercado y con ello, permiten a la sociedad organizarse para satisfacer sus propias necesidades⁶⁷. Pero al mismo tiempo, corresponde al Estado garantizar condiciones de acceso equitativo a bienes y servicios necesarios para asegurar una existencia digna⁶⁸. Aquí es importante tomar en cuenta que, en el derecho interamericano, el Estado puede cumplir ese rol garante por medio de dos funciones: (i) la ordenación y limitación de la oferta de bienes y servicios por la iniciativa privada, y (ii) la oferta directa de bienes y servicios, incluyendo la actividad de fomento y la actividad prestacional. Pero, en cualquier caso, el bien común requiere partir de la complementariedad entre el sector público y el sector privado⁶⁹.

En tal sentido, el desarrollo de la base del bien común en la nueva Constitución podría incluir a este valor como el componente esencial del Estado social, de la siguiente manera:

“Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho al servicio de las personas. Su finalidad es promover el bien común desde la centralidad de la dignidad humana”.

En esta norma, el bien común se incardina con la fórmula del Estado, no solo en cuanto al Estado de derecho y democrático, sino también en cuanto al Estado social. En este último sentido, el bien común es un valor que impone límites a la acción social del Estado, impi-

64 Soto Kloss (1987), pp. 49 y ss.

65 Moraga (2017), p. 333. Así lo establece el artículo 110.1 del anteproyecto de Constitución aprobado por la Comisión Experta, conforme al cual “la Administración pública está al servicio de las personas y de la sociedad”. En general, vid. Espinoza y Cornejo (2020), pp. 49 y ss.

66 Sunstein (2018), pp. 67 y ss.

67 La libertad de empresa está reconocida en el numeral 31 del artículo 16. El numeral 34, por su parte, garantiza la propiedad. Finalmente, el numeral 36 reconoce el derecho a acceder a bienes y servicios de manera libre. Estas normas fundamentales contienen, así, el marco institucional de los mecanismos de mercado.

68 El artículo 2.2 establece como cometidos estatales la promoción de condiciones de justicia y solidaridad, en consonancia con el desarrollo progresivo de los derechos sociales (artículo 1.1), y de acuerdo con el principio de sostenibilidad (artículo 12).

69 Corte IDH: Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párrafo 92.

diendo intervenciones excesivas que desnaturalicen la dignidad, pero previniendo omisiones estatales que hagan ineficaces los mandatos de transformación. La centralidad de la dignidad humana, además, realza la complementariedad entre el sector público y privado, y el doble rol de la subsidiariedad: como límite a la intervención del Estado en resguardo a la dignidad, pero como emplazamiento a la intervención del Estado para garantizar la dignidad, en especial, allí cuando la desigualdad atente contra la realización material y espiritual de la comunidad.

6. Conclusiones

En la evolución del derecho constitucional de América Latina, Chile podría ser un episodio más del nuevo constitucionalismo latinoamericano, o un capítulo nuevo que establezca un diseño institucional que cree condiciones favorables para promover el desarrollo inclusivo desde la centralidad de la persona y su dignidad. La diferencia entre una y otra posibilidad se encuentra, en nuestra opinión, en la cláusula del bien común.

El bien común es, así, un valor constitucional arraigado en los orígenes del derecho constitucional en América Latina, y que justificó también el advenimiento del constitucionalismo social por medio de mandatos de transformación y, más en concreto, derechos económicos y sociales que garantizan el acceso equitativo a bienes y servicios esenciales a la existencia digna. La Constitución de Chile, de 1980, contiene mandatos acotados de transformación, especialmente si se comparan con la evolución posterior del derecho constitucional en la región, tanto más desde el “nuevo constitucionalismo” surgido con ocasión a la Constitución de Venezuela de 1999. Estas diferencias, en todo caso, se redujeron a resultas de la ratificación del Protocolo de San Salvador, que ha supuesto, así, una importante modificación en la Constitución Económica de Chile.

Luego del rechazo del proyecto de Constitución aprobado por la Convención Constitucional en 2022, la Ley N.º 21.533 estableció, como una de las bases institucionales y fundamentales, que “Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común”. La cláusula del bien común, en nuestra opinión, informa no solo a toda la Constitución —actuando como su techo moral, de acuerdo con la doctrina argentina— sino que, además, es especialmente relevante en relación con las cláusulas económicas y la configuración del Estado social. Como lo demuestra el caso venezolano, la ampliación de mandatos de transformación y de derechos económicos y sociales puede generar graves desviaciones no solo en términos de regresión democrática, sino también de desigualdad, en la medida en que se adopte una interpretación expansiva del rol del Estado en la economía, interpretación impulsada, además, por el activismo judicial. Pero incluso fuera de Venezuela, lo cierto es que

el derecho constitucional en América Latina no ha logrado materializar su promesa de transformación, al punto que la región es la más desigual del mundo. Para corregir esta situación, la cláusula del bien común debe promover una interpretación cualitativa de los mandatos de transformación, además, interpretados desde la centralidad de la dignidad.

De esa manera, el bien común tiene, en resumen, dos grandes consecuencias jurídicas desde el anteproyecto constitucional de Chile. La primera es que permite incorporar, al estudio del derecho constitucional, la fragilidad estatal como condicionante adversa a la promoción del desarrollo inclusivo, todo ello de acuerdo con el principio de progresividad. El propósito final es, así, cerrar la brecha entre el ámbito transformador *de iure* y el ámbito de la desigualdad *de facto*. La segunda consecuencia es la centralidad de la dignidad humana, de acuerdo con el principio según el cual el sector público y privado no son rivales, sino complementarios. Desde el derecho administrativo —a través del cual se implementan los mandatos de transformación— esto supone definir a la Administración pública desde el servicio de las personas y los estándares de la buena administración.

Bibliografía citada

Baude, William y Sachs, Stephen (2023): “The Common-Good Manifesto”, in *Harvard Law Review* (N.º 136), pp. 861-906.

Bazán, Víctor (2014): *Control de las omisiones legislativas inconstitucionales e inconvencionales* (Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung).

Bogdandy, Armin von (2017): “Ius Constitutionale Commune in America Latina: Observations on Transformative Constitutionalism”, en AA.VV., *Transformative Constitutionalism in Latin America* (Oxford, Oxford University Press) pp. 27-41.

Brewer-Carías, Allan (2012): “On the meaning and importance of the book: Interesting official documents relating to the United Provinces of Venezuela, published in London in 1812”, en AA.VV., *Documentos Constitucionales de la Independencia de Venezuela 1811. Constitutional documents of the Independence of Venezuela 1811* (Caracas-Editorial Jurídica Venezolana) pp. 41-68.

Brewer-Carías, Allan (2013): *El constitucionalismo hispanoamericano pre-gaditano 1811-1812* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).

- Brewer-Carías, Allan (2014): *Estado totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela* (Caracas, Fundación de Derecho Público).
- Brinks, Daniel *et al.* (2019): *Understanding Institutional Weakness. Power and design in Latin American institutions* (Cambridge, Cambridge University Press).
- Buergenthal, Thomas *et al.* (1990): *La Protección de los derechos humanos en las Américas* (Madrid, Editorial Civitas).
- Busso, Matías y Messina, Julián (2020): “Sociedades fracturadas”, en AA.VV., *La crisis de la desigualdad: América Latina y el Caribe en la encrucijada* (Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo).
- Carbonell, Miguel (2007): *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos* (Madrid, Trotta).
- Carbonell, Miguel y Mac-Gregor, Eduardo (2014): *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa* (México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM).
- Cassagne, Juan Carlos (2021): “Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal”, en *El Derecho* (N.º 15.191), pp. 1-8.
- Collot, Pierre-Alain (2022): “Propos introductifs. Constitutionnalisme abusif et régimes hybrides”, en AA.VV., *Le constitutionnalisme abusive en Europe* (Paris, Mare & Martin) pp. 23-45.
- Corrales, Javier (2022): *Autocracy rising. How Venezuela transitioned to authoritarianism* (Washington, D.C., Brookings Institution Press).
- Cossío Díaz, José Ramón (1989): *Estado social y derechos de prestación* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- De Koninck, Charles (1997): *On the primacy of the common good against the personalists and the principle of the new order* (Northfield, Thomas Aquinas College).
- Díaz, Álvaro Paúl (2016): “La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios”, en *Revista de Derecho* (N.º XLVII), pp. 361-395.

- Escola, Héctor (1989): *El interés público como fundamento del Derecho administrativo* (Buenos Aires, Ediciones Depalma).
- Espinoza, Izaskun y Cornejo, Camino (2020): “El derecho a una buena Administración Pública en las Constituciones a propósito del debate constitucional chileno”, en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (N.º 93), pp. 49-84.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2019): “La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad (a propósito del caso Cuscul Pivara vs. Guatemala)”, en AA.VV., *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales* (Salvador, Editora JusPodium) pp. 345-365.
- Filippi, Alberto (2009): “Introducción histórica”, en AA.VV., *Principios generales del Derecho Latinoamericano* (Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires) pp. 17-32.
- Finnis, John (2011): *Natural Law & Natural Rights* (Oxford, Oxford University Press).
- Galli Basualdo, Martín (2021): “A propósito de la buena administración y el objetivo global del desarrollo sostenible”, en *Dignitas. Derecho humano a la buena administración pública* (N.º 41), pp. 47-69.
- García Jaramillo, Leonardo (2016): *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional* (Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro).
- García-Gallo, Alfonso (1974): “La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII”, en *Anuario de historia del derecho español* (N.º 44), pp. 157-200.
- Gargarella, Rafael (2012): *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution* (Oxford, Oxford University).
- Giannini, Massimo Severo (1999): *Diritto Pubblico Dell' economia* (Bologna, Il Molino).
- Gillman, Howard (2001): *The Constitution Besieged. The rise and Demise of Lochner Era. Police Powers Jurisprudence* (Durham, Duke University Press).
- Gross Espiell, Héctor (1995): *Derechos humanos y vida internacional* (México D.F., Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México).

Hamburger, Philip (2014): *Is Administrative Law Unlawful?* (Chicago, University of Chicago Press).

Hernández G., José Ignacio (2006): “Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Tomo I), pp. 262-290.

Hernández G., José Ignacio (2022): *La pandemia de la COVID-19 y el Derecho Administrativo en América Latina. Un estudio sobre la fragilidad de las Administraciones Públicas* (Bogotá, Tirant lo Blanch-Universidad del Rosario).

Hernández G., José Ignacio (2012): “El pensamiento constitucional de Juan Germán Roscio y Francisco Javier Yanes”, en AA.VV., *Documentos constitucionales de la Independencia* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana) pp. 1-34.

Hernández G., José Ignacio (2018): “Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience”, en *Int’l J. Const. L. Blog*, 14 de diciembre de 2018. [Disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience/>]. [Fecha de consulta: 28 de junio de 2023].

Hernández G., José Ignacio (2021): “La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina”, en *Revista de Administración Pública* (N.º 215), pp. 289-326.

Hernández G., José Ignacio (2022): “La cláusula del estado social en la nueva constitución de Chile”, en *IberICONnect*, 11 de mayo de 2022. [Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2022/04/la-apariencia-y-realidad-de-la-imparcialidad-en-el-caso-de-pavez-c-chile-consecuencias-para-la-validez-del-fallo/>]. [Fecha de consulta: 29 de junio de 2023].

Hernández G., José Ignacio (2023): “El Derecho Administrativo Interamericano, la dignidad humana y el bien común”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Dr. Augusto Durán Martínez* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria) pp. 165-196.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass (1999): *The cost of rights. Why liberty depends on Taxes*

(Nueva York, W.W. Norton & Company).

Labruna, Luigi (2004): “Tra Europa e America Latina; principio giuridici, tradizione romanística e ‘humanitas’ del Diritto”, en *Revista da Faculdade de Direito* (N.º 99), pp. 61-84.

Lagos Torres, Alejandro (2020): “El vilipendiado principio de subsidiariedad en Chile: Antología de malentendidos”, en *Derecho Público Iberoamericano* (N.º 16), pp. 69-105.

Landau, David (2013): “Abusive Constitutionalism”, en *U.C. Davis Law Review* (N.º 47, 1), pp. 189-260.

Lawson, Gary S. (1994): “The Rise and Rise of the Administrative State”, en *Harvard Law Review* (N.º 107), pp. 1231-1254.

Loreto, Irene (2010): *Algunos aspectos de la historia constitucional venezolana* (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales).

Maritain, Jacques (2012): *The person and the common good* (Indiana, University of Notre Dame Press).

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (1991): *Derecho Administrativo Económico. Tomo I*, (Madrid, La Ley).

Martínez Dalmau, Rubén (2004): “El proceso constituyente venezolano de 1999: un ejemplo de activación democrática del poder constituyente”, en A.A. V.V., *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela* (Valencia, Vadell Hermanos) pp. 27-43.

Martínez Estay, José Ignacio (2010): “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, en *Estudios Constitucionales* (Año 8, N.º 2), pp. 125-166.

Martínez, José Ignacio *et al.* (2022): “¿Se pueden garantizar los derechos sociales? Una propuesta para la nueva Constitución Chilena”, en *Revista de Derecho Público* (N.º 114), pp. 337-357.

Mazzuca, Sebastián (2021): *Latecomer State Formation: Political Geography and Capacity Failure in Latin America* (New Haven, Yale University Press).

- Meilán Gil, José Luis (2013): “El paradigma de la buena administración”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña* (N.º 17), pp. 233-257.
- Moraga, Claudio (2017): “Derecho a una buena administración en Chile”, en AA.VV., *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana) pp. 317-334.
- Morales, Mariela (2022): “El test democrático interamericano como instrumento de interamericanización”, en AA.VV., *Test democrático interamericano frente al COVID-19* (Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro) pp. 15-32.
- Murillo Rubiera, Fernando (1992): *América y la dignidad del hombre* (Madrid, Colección MAPFRE).
- Navarro Beltrán, Enrique (2010): “Protección constitucional de los derechos sociales en Chile”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Año XVI), pp. 273-288.
- Nieto Navia, Rafael (1990): “Democracia y bien común como marco para los derechos humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (N.º 12), pp. 45-62.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales* (Año 7, N.º 2), pp. 143-205.
- Palacios Romero, Francisco (2006): “La ruptura constitucional del Estado precario: los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo iberoamericano. La especificidad del caso venezolano”, en *Ágora. Revista de Ciencias Sociales* (N.º 14), pp. 84-124.
- Poyanco Bugueño, Rodrigo (2017): “El principio de Estado Social en la Constitución Chilena”, en AA.VV., *O Dereito actual e as Novas fronteiras jurídicas* (Sao Pablo, Centro de Investigação Jurídica Aplicada) pp. 765-794.
- Rachadell, Manuel (2015): *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).
- Sagüés, Néstor (1998): *La interpretación judicial en la Constitución* (Buenos Aires, Depalma).
- Sagüés, Néstor (2016): *La Constitución bajo tensión* (Querétaro, Instituto de Estudios Consti-

tucionales del Estado de Querétaro).

Santiago, Alfonso (2001): “El concepto del bien común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución”, en *Colección* (N.º 7-12), pp. 239-316.

Santiago, Alfonso (2002): *Bien común y derecho constitucional* (Buenos Aires, Editorial Ábalo de Rodolfo Depalma).

Santiago, Alfonso (2020): “Algunos desafíos del Derecho Constitucional del siglo XXI”, en *Prudentia Iuris* (número aniversario), pp. 175-188.

Scalia, Antonin (1997): *A matter of interpretation* (New Jersey, Princeton University Press).

Sen, Amartya (1999): *Development and freedom* (Nueva York, Anchor Books).

Solari Alliende, Enzo (1993): “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 20, N.º 2-3), pp. 333-344.

Sotelo, Ignacio (2010): *El Estado Social: antecedentes, origen, desarrollo y declive* (Madrid, Trotta).

Soto Kloss, Eduardo (1987): “La dignidad de la persona, fundamento de los derechos humanos. Antecedentes veterotestamentarios”, en *Revista de Derecho Público* (N.º 41-42), pp. 49-75.

Strauss, David (2010): *The living constitution* (Oxford, Oxford University Press).

Strauss, David A. (1997): “Common Law Constitutional Interpretation”, en *University of Chicago Law Review* (N.º 63), pp. 877-935.

Sunstein, Cass (2018): *The cost-benefit revolution* (Cambridge, The MIT Press).

Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian (2020): *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state* (Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press).

Torrent, Armando (2017): *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del Derecho: Derecho Romano-Ius Commune-Derecho Europeo* (Madrid, Edisofer).

- Tushnet, Mark y Bugarcic, Bojan (2021): *Power to the People* (Oxford, Oxford University Press).
- Ugalde, Luis (2007): *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio* (Caracas, bid & co. Editor-Universidad Católica Andrés Bello).
- Urosa, Daniela (2003): *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano* (Caracas, FUNEDA).
- Vermeule, Adrian (2022): *Common good constitutionalism* (Medford, Polity).
- Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén (2013): “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, en *El Otro Derecho* (N.º 48), pp. 63-80.
- Viera Álvarez, Christian (2021): “El caso chileno: de la Constitución neoliberal a la Constitución social y democrática”, en *Hybris* (Vol. 12, número especial), pp. 91-133.
- Von Bogdandy (2015): “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado* (N.º 34), pp. 3-50.