

Domingo Lovera: “Si la duda es si el Estado social permite que particulares participen de la provisión de derechos sociales, la respuesta es un absoluto sí”

Para el abogado -asesor de RD- la experiencia comparada muestra que una definición de este tipo suele tener expresión en tres modelos. “Uno puramente estatal, producción mixta, pero sujeto a un régimen público y producción mixta, pero sujeto a regímenes distintos. En ese abanico está justamente hoy día parte de la discusión. Esta será una definición que tome el futuro órgano”, plantea el académico de la UDP. El constitucionalista, además, sostiene que los bordes deben ser sin control judicial.

Juan Manuel Ojeda

El abogado constitucionalista Domingo Lovera -militante de RD- está asesorando a su partido en esta primera etapa de negociaciones para llegar a un acuerdo político que le dé continuidad al proceso constituyente. Lovera, académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, ha sido uno de los asistentes de las reuniones ampliadas que generalmente se han hecho entre todos los partidos en el Congreso de Santiago.

Es un buen testigo del tono de las conversaciones. Por lo mismo, dice, se califica por ahora como un “optimista moderado” respecto de la posibilidad de que salga humo blanco de estas tratativas. “Hay discusiones muy honestas y frontales. Esa es la mejor forma de poder efectivamente llegar a buen puerto en esto”, dice Lovera.

En conversación con **La Tercera**, el abogado entra directamente al nudo principal que tuvo entrapadas las negociaciones para cerrar las bases institucionales que le darán un marco y límites al futuro órgano redactor. Además, fija postura respecto de estos bordes y plantea que deben ser sin control.

¿Existe en alguna experiencia comparada la fórmula “Estado social y democrático de derechos y libertades”, que fue lo planteado por Chile Vamos?

No, yo no he visto ninguna fórmula similar a la de un Estado social de derecho y libertades. La fórmula general, que es muy propia del constitucionalismo europeo, es la del Estado social y democrático de dere-

cho. Entiendo que la preocupación de Chile Vamos es la de incorporar o reservar un espacio para que eventualmente particulares también puedan participar de la provisión de prestaciones sociales. Eso es algo que efectivamente la noción de Estado social de derecho sí permite. Muchas veces tiende a pensarse que cuando se habla de Estado social de derecho o de reconocimiento de derechos sociales se estaría pensando en que el único proveedor de esos bienes va a ser el Estado y eso no es así.

Entonces, ¿la simple definición de Estado social de derecho deja garantizada la participación de privados en materias como previsión, salud o educación?

El mejor ejercicio para entenderlo es si uno mira cómo funciona la gratuidad en el acceso a la educación superior. Ahí es donde está la discusión sobre el modelo, ya que hay un diseño en el cual todos quienes presen servicios sociales, sea público o privado, son parte de un mismo esquema legal y público. Versus otros modelos, como el que tenemos hoy día imperante en Chile, donde hay una parte de ese andamiaje, el público, que se somete a reglas públicas y otro, la provisión privada, que desde luego está regulado por ley, pero se somete a reglas de mercado. Podría decirse que son tres modelos, uno puramente estatal, producción mixta, pero sujeto a un régimen público y producción mixta, pero sujeto a regímenes distintos. En ese abanico está justamente hoy día parte de la discusión. Esta será una definición que tome el futuro órgano porque es parte de las decisiones que se toman cuando se decide la organización

constitucional de un país. Tomar esa decisión ex ante, es justamente impedir que esa deliberación constituyente pueda terminar optando por uno u otro modelo.

Desde su punto de vista, ¿la definición de un Estado social y democrático de derecho, a secas, le deja espacio a la provisión mixta de derechos sociales?

Totalmente. Si la duda es si el Estado social de derecho permite que particulares participen de la provisión de derechos sociales, la respuesta es un absoluto sí.

¿Hay que dejarlo escrito en la Constitución? En Chile Vamos hay voces que suelen hablar del modelo alemán, en que la definición ni siquiera está escrita en la Constitución.

Si miras el Reino Unido, es un Estado que no tiene una Constitución escrita propiamente tal, pero tiene una rica tradición en servicio social. Lo mismo pasa con la Carta de Derechos y Libertades de 1982 de Canadá, que tampoco tiene manifestaciones demasiado explícitas en materia de derecho social, pero que también tienen un Estado social de derecho instalado. La pregunta apunta entonces a si estamos en una tradición de servicio público social similar a la de los países europeos anglosajones como para prescindir del reconocimiento expreso de esos derechos en nuestros textos constitucionales. Yo diría que no, y por eso en la región los derechos sociales suelen aparecer de manera explícita y no se deja solamente como una fórmula general. No somos parte de esa tradición y, por lo tanto, prime-



► El abogado Domingo Lovera se considera, por ahora, como un "optimista moderado" respecto de las tratativas constituyentes que se desarrollan en el Congreso.

ro necesitamos instalar constitucionalmente esos derechos para luego desarrollarlos.

Si el concepto es compatible con esta preocupación de Chile, ¿la discusión es artificial o no?

Yo creo que podría ser artificial o podría buscarse alguna fórmula en que, sin delimitar o sin definir de antemano cuál es el modelo de provisión de derechos sociales, se le ponga a la futura Convención, por ejemplo, la tarea de al menos considerar la opción. Es decir, podría ser algo así como que la Convención deberá establecer un Estado social de derecho, sin perjuicio de considerar cuál es el rol que le cabe a la provisión particular de prestaciones sociales. Eso es algo que se le encomienda a la Convención. Lo tendrá que considerar, discutir y votar. Se puede aprobar, rechazar o también se puede buscar alguna fórmula intermedia, pero le colocas la tarea deliberativa.

Cuando se cierren las bases institucionales va a caer de cajón la pregunta sobre si tienen que tener control o no. El abogado Jorge Barrera, quien asesora a la UDI, decía que si fuera por él, los bordes deben tener control judicial.

Yo pienso lo contrario, deben ser sin control. Para que el acuerdo entre las fuerzas políticas sea posible, los principios orientadores van a tener que ser irremediamente de carácter más bien general y menos detallado. La idea es que el futuro órgano tenga ciertos contornos o márgenes dentro de los cuales pueda moverse. Si el acuerdo es como yo creo que debiese ser, uno más bien de acuerdos generales y de principios, veo problemático que uno delegue la definición de la concreción de esos principios a un órgano judicial. La tarea de la concreción y la forma en que se van a detallar esos principios es la que la ciudadanía le va a encargar al ór-

gano constituyente. Hay buenas razones para evitar que se judicialice.

¿Por qué? ¿Cuáles son esas razones?

La primera es una de orden democrático. Uno podría preguntarse, ¿por qué personas que no están electas, que no son elegidas por nadie, van a terminar definiendo una cuestión de carácter constituyente? Hay una segunda razón que es política. Me cuesta pensar que hoy día las fuerzas políticas con representación en el Congreso quieran, a la hora de las definiciones más preocupantes y relevantes, delegar esta cuestión a un órgano judicial que además tampoco se sabe hacia dónde va a salir jugando o qué es lo que va a terminar decidiendo. La tercera razón apunta a no crear un campo propicio para acusaciones cruzadas entre los y las integrantes del futuro de la Constituyente, de estar siempre mirando esto como límites que la otra parte va a estar rebasando o infringiendo.

¿Eso podría dar espacio a ocupar mañosamente el control judicial?

Desde la práctica comparada lo que uno observa, por ejemplo en Estados Unidos, un país en donde la Corte Suprema está muy presente en la interpretación constitucional, el control muchas veces lo que hace es alentar conductas irresponsables. Si tú como integrante, en este caso del Parlamento pero aquí podría ser del futuro órgano constituyente, sabes que hay alguien que después va a venir a arreglar el entuerto, bueno, entonces yo prefiero hablarles a mis electores y a mis electoras, voy con el tejo pasado, presento propuestas irresponsables, pero que, sin embargo, me dejan bien parado frente a mi electorado. Luego digo que esto lo va a resolver un tribunal. Más tarde, cuando me vaya mal, voy a culpar duramente al tribunal, ya que fueron los jueces y no yo el que terminó decidiendo esta cuestión. ●