

## EN NOMBRE DEL PUEBLO

### Debate sobre el cambio constitucional en Chile

El sistema político chileno presenta una característica singular: es una de las pocas democracias del mundo donde su Constitución fue diseñada y promulgada en dictadura. Este libro sistematiza el debate político y académico que se desarrolló durante la última campaña presidencial en Chile en torno al establecimiento de una nueva Constitución.

En los artículos y ensayos que aquí se ofrecen, destacadas personalidades participan en una discusión que convoca tanto pasiones como razones. Además de los aspectos relacionados con el origen de la Constitución de 1980, se introducen debates sustantivos sobre los derechos económico-sociales, y también cuestiones más estratégicas sobre la viabilidad política de la reforma. Más allá del debate legal, el tema se abre a la pregunta sobre quiénes detentan, cómo se define y cómo se distribuye el poder.

Claudio Fuentes (Santiago, 1966) es Ph.D. en ciencia política por la Universidad de Carolina del Norte (ICSO). Actualmente se desempeña como director del Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales y como profesor asociado de la misma universidad.

Ediciones Böll Cono Sur

## EN NOMBRE DEL PUEBLO

### Debate sobre el cambio constitucional en Chile

Claudio Fuentes (editor)

## EN NOMBRE DEL PUEBLO

### Debate sobre el cambio constitucional en Chile

El sistema político chileno presenta una característica singular: es una de las pocas democracias del mundo donde su Constitución fue diseñada y promulgada en dictadura. Este libro sistematiza el debate político y académico que se desarrolló durante la última campaña presidencial en Chile en torno al establecimiento de una nueva Constitución.

En los artículos y ensayos que aquí se ofrecen, destacadas personalidades participan en una discusión que convoca tanto pasiones como razones. Además de los aspectos relacionados con el origen de la Constitución de 1980, se introducen debates sustantivos sobre los derechos económico-sociales, y también cuestiones más estratégicas sobre la viabilidad política de la reforma. Más allá del debate legal, el tema se abre a la pregunta sobre quiénes detentan, cómo se define y cómo se distribuye el poder.

Claudio Fuentes (Santiago, 1966) es Ph.D. en ciencia política por la Universidad de Carolina del Norte (ICSO). Actualmente se desempeña como director del Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales y como profesor asociado de la misma universidad.

Ediciones Böll Cono Sur

EN NOMBRE DEL PUEBLO  
Debate sobre el cambio constitucional en Chile

## EN NOMBRE DEL PUEBLO

### Debate sobre el cambio constitucional en Chile

Claudio Fuentes (editor)





EN NOMBRE DEL PUEBLO

EN NOMBRE DEL PUEBLO:  
DEBATE SOBRE EL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN CHILE

© Claudio Fuentes (editor), 2010  
Primera edición: abril de 2010  
ISBN XXX-XXX-XXX-XXX-X

Universidad Diego Portales  
Av. Manuel Rodríguez Sur 415  
Teléfono (56-2) 676 2000  
Santiago – Chile  
[www.udp.cl](http://www.udp.cl)

Diseño: Felicidad  
Impresión: Salesianos Impresores S. A.

**Este libro es un proyecto conjunto del Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO) de la Universidad Diego Portales y de la Fundación Böll**

CLAUDIO FUENTES (EDITOR)

# EN NOMBRE DEL PUEBLO

DEBATE SOBRE EL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN CHILE



# Índice

Prólogo, por Claudio Fuentes .....	9
------------------------------------	---

## POLÍTICA Y CONSTITUCIÓN

*Mauricio Morales*

Antecedentes comparativos político-institucionales para el debate sobre una nueva Constitución en Chile .....	15
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

*Birgit Laubach*

Experiencia comparada sobre debate constitucional: el caso alemán post 1989.....	35
----------------------------------------------------------------------------------	----

*Claudio Fuentes*

Elites, opinión pública y cambio constitucional .....	45
-------------------------------------------------------	----

*José Saldaña*

Reformas constitucionales en el Chile democrático: análisis de tendencias 1992-2008...	85
----------------------------------------------------------------------------------------	----

<i>Comentarios de Jorge Burgos, Jaime Gazmuri y Carlos Ominami</i> .....	113
--------------------------------------------------------------------------	-----

## LEGADO HISTÓRICO

*Verónica Valdivia Ortiz de Zárate*

Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena .....	131
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Comentario de Ana María Stüven</i> .....	155
---------------------------------------------	-----

## DERECHO Y CONSTITUCIÓN

*Fernando Atria*

Participación y alienación política: el problema constitucional .....	163
-----------------------------------------------------------------------	-----

*Javier Couso / Alberto Coddou*

Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena .....	191
-----------------------------------------------------------------------	-----

## DERECHOS SOCIALES

*Domingo Lovera*

Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005).....	217
------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Comentarios de Lucas Sierra, Eduardo Aldunate, Jorge Correa Sutil y José Francisco García</i> .....	244
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DEBATE CONSTITUCIONAL EN EL BICENTENARIO

*Carlos Peña*

Debate sobre la Constitución y la República ..... 263

*Carolina Tobá*

Constitución y Bicentenario: la superación de un déficit histórico ..... 267

*Roberto Garretón*

¿Cómo cambiar una Constitución ilegítima?..... 273

*Francisco Zúñiga*

Nueva Constitución para el Bicentenario y operación constituyente ..... 278

*Arturo Fermandois*

De afectos y razones en el debate constitucional ..... 287

*Pablo Ruiz-Tagle*

Patriotismo constitucional en el Bicentenario ..... 292

# Prólogo

La Constitución convoca razones y pasiones. En el caso de Chile, se trata de una de las pocas democracias del mundo que no ha definido su marco institucional en un proceso libre y abierto: una Constitución diseñada en nombre del pueblo pero no por el pueblo. En efecto, los pilares fundamentales del actual sistema político e institucional fueron definidos por el régimen militar a partir de la promulgación de la Constitución de 1980.

Desde antes del restablecimiento de la democracia se evidenciaron importantes transformaciones a la misma. En los años 1989 y 2005 se produjeron los dos principales hitos de reforma constitucional. El primero, producto de una negociación entre el régimen militar y la entonces oposición política y que fue refrendado en un plebiscito nacional; y el segundo, producto de un acuerdo político entre los partidos de la coalición de gobierno de centroizquierda (Concertación) y de la oposición de derecha (Alianza).

Varios hechos destacan del proceso político que ha rodeado el debate sobre la Constitución en Chile. El primero, y quizás el más llamativo, es que las tres principales cartas que han regido a Chile (Constituciones de 1833, 1925 y 1980) fueron el producto de una negociación por parte de un segmento relativamente reducido de la elite nacional. La idea de promover una asamblea constituyente representativa del conjunto de la ciudadanía ha estado prácticamente ausente del diseño constitucional, salvo por un intento limitado en el caso de la de 1925.

El segundo hecho se refiere al descontento de las elites políticas con el actual arreglo constitucional. De las tres Constituciones mencionadas, es la que ha recibido un mayor número de reformas. Pero no sólo eso: una vez materializado el acuerdo político del año 2005, un significativo número de congresistas –de gobierno y oposición– han promovido nuevas reformas en ámbitos tan diversos como régimen político, balance de poder, justicia, derechos económico-sociales, descentralización y fuerzas armadas y seguridad, entre otros. Así, el aparente consenso político alcanzado en el año 2005 fue superado por una explosión de intentos de reforma vigentes a la fecha en el actual Congreso.

La tercera circunstancia, y que precisamente motiva la publicación de este volumen, es el inusitado interés que convocó en las últimas elecciones presi-

denciales el establecimiento de un nuevo arreglo constitucional. Tres de las cuatro candidaturas presidenciales se mostraron entusiastas partidarias de establecer una nueva Constitución. Sus argumentaciones se asociaron al carácter ilegítimo del actual arreglo constitucional, la inexistencia de una ciudadanía que refrendara la norma fundamental que rige los destinos del país y el déficit democrático de varios de los acápites de la misma.

Discutir la necesidad de una nueva Constitución implica no solamente plantearse la cuestión de la legitimidad de la misma –la pregunta sobre si es la Constitución de Pinochet o no–, sino que involucra una reflexión profunda sobre los pilares esenciales que sustentan a la República.

Las contribuciones que se presentan en este volumen están organizadas de la siguiente manera. En la primera parte, se da cuenta del debate político institucional asociado a la nueva Constitución. Mauricio Morales ubica el tema en un marco comparativo, ilustrando que Chile no escapa a una tendencia generalizada en América Latina de debates sobre la carta fundamental. Vincula la cuestión constitucional a un fenómeno político asociado a la crisis de representación que viven muchos países en la región. Realiza un diagnóstico del marco institucional y sus efectos políticos para el caso de Chile.

Birgit Laubach expone la experiencia del debate constitucional de Alemania con motivo a su reunificación en 1989. Se aborda un caso de cambio constitucional concreto, el cual, tal como lo sostiene la autora, no sólo se tradujo en una reflexión sobre las bases jurídicas y normativas de la Alemania unificada, sino también en un “testimonio de un gran compromiso por parte de la sociedad civil”. Birgit Laubach focaliza su atención en las dinámicas e instancias de inclusión de los actores sociales en el debate constitucional alemán.

Claudio Fuentes, en tanto, provee una contextualización para el debate actual sistematizando las reformas ocurridas en el período 1989-2005 y mostrando la posición de los actores políticos respecto de establecer una nueva Constitución. Concluye que, si bien existe un amplio segmento de la elite de centroizquierda partidaria de un nuevo pacto constitucional, dicha elite se muestra dividida respecto de la mejor estrategia para avanzar en tal transformación. Quizás sea precisamente esta división en las estrategias la que ha reducido las opciones de avanzar en un camino que conduzca al establecimiento de un nuevo pacto constitucional democrático. Asimismo, entrega los resultados de la Encuesta Nacional ICSO-UDP (octubre de 2009), rompiendo el mito asociado a que la ciudadanía no estaría interesada en estos temas. La opinión pública nacional se muestra sensible al tema y abierta a participar de las decisiones sobre una nueva Constitución.

José Saldaña, en su capítulo, sistematiza las iniciativas de reforma constitucional que han sido presentadas en el Congreso de Chile entre 1992 y 2008. En un inédito trabajo, demuestra que después de 2006 se produce una explosión de iniciativas parlamentarias para reformar la Constitución y entrega antecedentes sobre la inclinación temática de los distintos partidos en torno a este campo de acción política. Asimismo, analiza el proceso legislativo de aprobación, concluyendo que –como podríamos suponer en un sistema presidencialista– el Ejecutivo cuenta con las mayores herramientas y con los mejores resultados en términos de aprobación de una reforma de carácter constitucional. Es decir, la definición de la agenda está fuertemente definida por quién controle el Ejecutivo.

Al final de esta primera parte, se incorporan los comentarios del diputado Jorge Burgos, y los senadores Jaime Gazmuri y Carlos Ominami, quienes, enfrentados a la pregunta sobre la necesidad de una nueva Constitución, entregan diferentes pero agudas perspectivas para responder a esta interrogante.

En la segunda parte, Verónica Valdivia Ortiz de Zárate invita a realizar un recorrido histórico comparando los procesos de formulación de las Constituciones de 1833, 1925 y 1980. Remarca en su trabajo el contexto de crisis política que rodeó la elaboración de las tres Constituciones y el rol central que han tenido las elites en el diseño constitucional.

En la tercera parte, Fernando Atria y Javier Couso / Alberto Coddou discuten la dimensión jurídica-institucional de la actual Constitución. Atria plantea una vinculación entre la crisis de participación ciudadana y el problema constitucional. Couso / Coddou dan cuenta de lo que a juicio de ellos constituyen las asignaturas pendientes de la reforma constitucional en Chile –el Tribunal Constitucional, las leyes de supermayorías y el sistema electoral binominal–.

En la cuarta parte, Domingo Lovera introduce la discusión sobre los derechos sociales presentes en la carta magna preguntándose cuántos derechos resiste la carta magna. Este trabajo es comentado por Lucas Sierra, Eduardo Aldunate, Jorge Correa Sutil y José Francisco García.

En la parte final de este volumen, presentamos las reflexiones de una serie de actores sociales, políticos y académicos a propósito del debate sobre el eventual establecimiento de una nueva Constitución en la República. Carlos Peña, Carolina Tohá, Roberto Garretón, Francisco Zúñiga, Arturo Fermandois y Pablo Ruiz-Tagle, con provocativas intervenciones, nos ilustran de diferentes facetas y visiones del debate constitucional en Chile.

El volumen es el producto de un proyecto auspiciado por la Fundación Böll y desarrollado por el Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO)

de la Universidad Diego Portales. En este marco se invitó a especialistas para realizar contribuciones específicas y se organizaron cuatro talleres para discutir dichos trabajos. En el mes de agosto de 2009 se organizó el seminario abierto “¿Una nueva Constitución para la República?”, donde se invitó a una pluralidad de actores académicos, políticos y del mundo social para debatir sobre el tema, actividad que contó con la participación de más de doscientas personas. Dicho seminario fue coorganizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y contó con el auspicio de la Fundación Böll y el Instituto Igualdad.

Desde ya, agradecemos a todas las personas e instituciones que entusiastamente se sumaron a esta iniciativa, que no tuvo otro objetivo que permitir el debate abierto y plural de las diversas dimensiones del debate. Agradecemos en forma especial a la Fundación Böll, que permitió la concreción de este esfuerzo, y a los autores y autoras de este libro, que desde el inicio del proyecto se mostraron interesados en compartir sus reflexiones y opiniones en forma amplia y franca. Finalmente, quisiéramos destacar el esfuerzo del equipo del ICSO –José Saldaña (asistente de investigación), Daniela González (periodista) y Francisco Chacón (asistente de dirección)–, que se hizo cargo de diversos ámbitos logísticos y de apoyo para el éxito de este proyecto.

Este volumen sistematiza las razones asociadas al tema del cambio constitucional. No caben dudas de que la coyuntura del Bicentenario ha sido un hito que ha estimulado la reflexión sobre nuestro pasado, las instituciones que nos rigen y el impacto que ellas tienen en nuestras vidas. Como lo indicábamos, cuando se debate sobre la Constitución no sólo se discute sobre su legitimidad. La discusión implica cuestionarse sobre temas asociados al derecho de propiedad, el régimen político, el balance de poder entre Ejecutivo y Legislativo, la pertinencia de incluir derechos económicos, sociales y culturales en la carga magna, o el debate sobre familia, libertad, igualdad, derechos y deberes.

El debate sobre la Constitución no es un problema legal o simplemente técnico, sino más bien uno sobre la distribución de poder en una sociedad. Y en Chile parece ser ése el tema pendiente: la pregunta sobre quiénes detentan, cómo se define y cómo se distribuye el poder.

*Claudio Fuentes*

*Director del Instituto de Investigación  
en Ciencias Sociales (ICSO)  
de la Universidad Diego Portales*

*Santiago, marzo de 2010*

# POLÍTICA Y CONSTITUCIÓN



# Antecedentes comparativos político-institucionales para el debate sobre una nueva Constitución en Chile

Mauricio Morales<sup>1</sup>

*Universidad Diego Portales*

Como señala Negretto (2008: 38), todos los países de América Latina han experimentado cambios a sus Constituciones entre 1978 y 2005. Para el autor, existen tres vías que explican las reformas: cambio de régimen (de autoritarismo a democracia, o viceversa), crisis políticas que conducen a graves problemas de inestabilidad y deseos de incrementar el poder de algún líder o partido en términos de ventaja electoral. Pero, ¿qué implica una reforma constitucional o, para el caso chileno, una nueva Constitución?, ¿cuál es el impacto estimado de estos cambios sobre la democracia y la calidad de la democracia?, en qué medida una nueva Constitución puede contribuir a mejorar el sistema representativo que actualmente rige en Chile?

Sería estéril preguntarse por los cambios a la Constitución chilena sin antes evaluar el efecto que dichos cambios tienen sobre la democracia. Desde el neoinstitucionalismo empírico y de la elección racional (Peters, 2003), sabemos que las instituciones generan efectos sobre el desempeño político y económico de los gobiernos y, a la vez, son generadas por actores racionales (North, 1990). En ese sentido, construir instituciones no sólo invita a un análisis específico de sus características, sino principalmente de sus efectos.

De igual forma, es inadecuado comenzar el debate discutiendo sobre el mecanismo de reforma constitucional antes que su contenido. En eso hay un consenso más o menos amplio. Entonces, en esta exposición comento, en perspectiva comparada, los formatos de reforma o cambio constitucional en América Latina, especulando sobre el efecto que dichas modificaciones tienen sobre la democracia y, particularmente, sobre la calidad de la democracia y el sistema representativo en Chile.

<sup>1</sup> Agradezco a Carlos Cantillana por la recopilación de parte importante de los datos que se muestran en este trabajo. Por cierto, la responsabilidad del contenido radica exclusivamente en el autor.

En este capítulo planteo cuatro temas. Primero, reviso panorámicamente los procesos de reformas constitucionales o de nuevas Constituciones en América Latina como antecedente general. En segundo lugar, planteo la idea de que una nueva Constitución no puede ni debe basarse única y exclusivamente en criterios jurídicos o políticos de corto plazo. Es indispensable analizar el contexto de crisis de representación con el fin de sugerir reformas que conduzcan a corregir algunos de esos problemas. Asociado a esto, sostengo que la idea de una nueva Constitución no resuelve por sí misma algunos de los problemas vinculados a la baja calidad de la democracia chilena, particularmente en lo que se refiere al reforzamiento del proceso de rendición de cuentas o *accountability*, pero que sí puede contribuir a tales objetivos. En tercer lugar, preciso algunas cuestiones en torno a los efectos del binominal sobre el sistema representativo. Si bien existe cierto consenso respecto a que genera altas tasas de desproporcionalidad, *malapportionment* (desequilibrio entre el porcentaje de escaños y de población para cada unidad geográfico-electoral), y además tiene como pecado de origen el *gerrymandering* (demarcación de distritos electorales a la medida del diseñador; ver Navia y Rojas, 2005), no sucede lo mismo a nivel de selección de candidatos (Siavelis y Morgenstern, 2008). A mi juicio, la discusión no pasa, por ejemplo, por limitar el período de reelección de diputados y senadores, sino que en establecer un sistema más competitivo que trate de equilibrar la lógica de la eficiencia y la legitimidad en la toma de decisiones. Finalmente, evalúo algunas cuestiones asociadas al presidencialismo, discutiendo el sistema de segunda vuelta, el período de mandato presidencial y algunos factores institucionales que subraya la teoría.

### **Reformas y nuevas Constituciones en América Latina**

Como señalé basándome en Negretto (2008), América Latina ha sido escenario de un extenso proceso de reformas constitucionales o del establecimiento de nuevas Constituciones. Los formatos de decisión para optar o rechazar los cambios han sido tanto de asambleas constituyentes como de referéndum consultivo. Durante los últimos años, destacan las nuevas Constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Todas ellas tuvieron una intención refundacional en términos de modificación del régimen político, incorporando además reformas posteriores consistentes en la reelección presidencial (en Venezuela se instituyó la reelección indefinida). Sin embargo, esto último no es propio de gobiernos de izquierda en la región o, más específicamente, de aquellos que velan por el “socialismo del siglo XXI”. Recien-

temente, el Presidente colombiano Álvaro Uribe buscó instituir la reelección, iniciativa que finalmente no fue aprobada.

Sea cual sea la tendencia política de los gobiernos respecto al cambio constitucional, desde los 90 en adelante las propuestas de reforma han sido relativamente exitosas (ver tabla 1). Ya sea por asamblea constituyente o por referéndum (que, según Altman 2005, siguiendo la literatura sobre mecanismos de democracia directa, serían plebiscitos), las iniciativas, incluyendo aquellas que promueven nuevas Constituciones, han sido aprobadas. Indudablemente, como señalé, aquellas enmiendas que proponen la reelección indefinida de los mandatarios generan mayor polémica. Esto, porque frecuentemente son vistas como mecanismos de fortalecimiento de las ventajas partidistas de los gobiernos incumbentes, disminuyendo así las probabilidades de alternancia en el poder.

Tales cambios se enmarcan en una extendida crisis de representación reflejada tanto en la desafección de los ciudadanos hacia las instituciones democráticas como en el distanciamiento evidente de los partidos políticos. Ante este escenario, algunos actores ejercen presión para establecer sistemas más inclusivos, ya sea mediante la institución de las segundas vueltas o a través de sistemas electorales más permisivos basados en fórmulas proporcionales. El problema que luego se produce en sistemas escasamente institucionalizados es que, al dar paso a la inclusión, es posible generar olas de polarización en el marco de la competencia multipartidista. En ese sentido, la tradición de estudios sobre los problemas del presidencialismo justamente puntualiza en los efectos nocivos para la estabilidad democrática cuando conviven sistemas presidenciales con sistemas multipartidistas (Linz, 1994; Mainwaring, 1993). Otra corriente, en tanto, señala que algunas de las críticas de Linz hacia el presidencialismo podrían, incluso, transformarse en atributos, tales como los mandatos fijos y la votación separada de Presidente y Congreso (ver Shugart y Carey, 1992).

**TABLA 1**  
**Reformas y nuevas Constituciones en América Latina (1991-2009)**

País	Año	Tipo de modificación	Mecanismo utilizado	Resultado
Argentina	1994	Reforma constitucional	Convención nacional constituyente	Aprobada
Bolivia	2009	Nueva Constitución	Referéndum	Aprobada
Colombia	1991	Nueva Constitución	Asamblea nacional constituyente	Aprobada

Ecuador	2008	Nueva Constitución	Referéndum	Aprobada
Nicaragua	1995	Reforma constitucional	Asamblea nacional	Aprobada
Nicaragua	2005	Reforma constitucional	Asamblea nacional	Aprobada
Paraguay	1992	Nueva Constitución	Convención nacional constituyente	Aprobada
Perú	1993	Nueva Constitución	Referéndum	Aprobada
Rep. Dominicana	1994	Reforma constitucional	Asamblea nacional	Aprobada
Rep. Dominicana	2002	Reforma constitucional	Asamblea nacional	Aprobada
Venezuela	1999	Nueva Constitución	Referéndum	Aprobada
Venezuela	2007	Modificación a la Constitución de 1999	Referéndum	No aprobada
Venezuela	2009	Enmienda constitucional	Referéndum	Aprobada

Fuente: Elaboración propia con información de Georgetown University Political Database of the Americas (Venezuela, Perú, Paraguay, Nicaragua, República Dominicana, Colombia y Argentina), <http://pdba.georgetown.edu>; Corte Nacional Electoral de Bolivia (CNE), <http://www.cne.org.bo>; “Reformas constitucionales en República Dominicana”, en *El Nuevo Diario*, 16 de octubre de 2006, disponible en [www.elnuevodiario.com.do/app/article.aspx?id=36403](http://www.elnuevodiario.com.do/app/article.aspx?id=36403); “Reformas constitucionales en América Latina”, en BBC Mundo, 25 de junio de 2000, disponible en [www.bbc.co.uk/mundo/america\\_latina/2009/06/090625\\_1200\\_reformas\\_constituciones\\_pea.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2009/06/090625_1200_reformas_constituciones_pea.shtml); Álvarez, G., y Vintró, J., “Reformas constitucionales y evolución política en Nicaragua 1995-2003”, 2006, *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1, pp. 561-576, Madrid, disponible en [www.en.us.es/cide/Ponencias/momentos/GabrielAlvarez.pdf](http://www.en.us.es/cide/Ponencias/momentos/GabrielAlvarez.pdf); Consejo Nacional Electoral de Venezuela (CNE), [www.cne.gov.ve](http://www.cne.gov.ve); Santos, G., “Referéndum constitucional de Venezuela 2009”, Servicios de Investigación y Análisis, 2009, México, D. F., disponible en [www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-05-09.pdf](http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-05-09.pdf)

## Una nueva Constitución frente a la crisis de representación en Chile

Siguiendo la literatura contemporánea respecto a la crisis de representación en América Latina, uno de los enfoques más actuales es el ofrecido por Mainwaring (2006). La tesis central es que las crisis políticas o inestabilidades de la región no se explican por los diseños institucionales del presidencialismo, sino que más bien obedecen a problemas de ineficiencia estatal en la provisión de bienes públicos. Entonces, y de acuerdo a este enfoque, los cambios constitucionales no tendrían un efecto causal inmediato sobre la calidad de la democracia. Antes bien, las crisis se explican por las dificultades de estatalidad reflejadas en la existencia de territorios donde la aplicación de la ley está ausente o donde priman relaciones de violencia (ver Brinks, 2008). En palabras de O'Donnell (1994), serían las zonas marrones. De este modo, los problemas políticos para América Latina se ligan tanto a problemas de gobernabilidad como de estatalidad.

En este escenario regional es posible ubicar el caso chileno. Catalogado como uno de los sistemas de partidos más estables de la región (Mainwaring y Scully, 1995; Payne et al., 2003), se convive con bajos niveles de volatilidad electoral, pero también con bajos niveles de identificación partidaria (ver gráfico 1). Es decir, si bien la evidencia fortalece la idea de contar con un sistema de partidos estable en términos de apoyos ciudadanos, se debe considerar el alto porcentaje de población que, estando en edad de votar, no se ha inscrito en el registro electoral y que probablemente, y a pesar de la pronta puesta en marcha de un sistema voluntario, tampoco lo haga. Adicionalmente, Chile presenta un bajo nivel de satisfacción con la democracia en comparación con el resto de los países de la región, pero siempre es destacado por sus altos niveles de estabilidad política, desempeño económico y paz social. Para Mainwaring y Scully (2008: 142), esto se explica porque “cuando un gobierno democrático es exitoso en una serie de tareas, este éxito produce nuevas expectativas y demandas, y en algunos casos incluso nuevos derechos. Los ciudadanos pueden dar por sentados los éxitos del pasado reciente y exigir nuevos tipos de logros y orientaciones”.

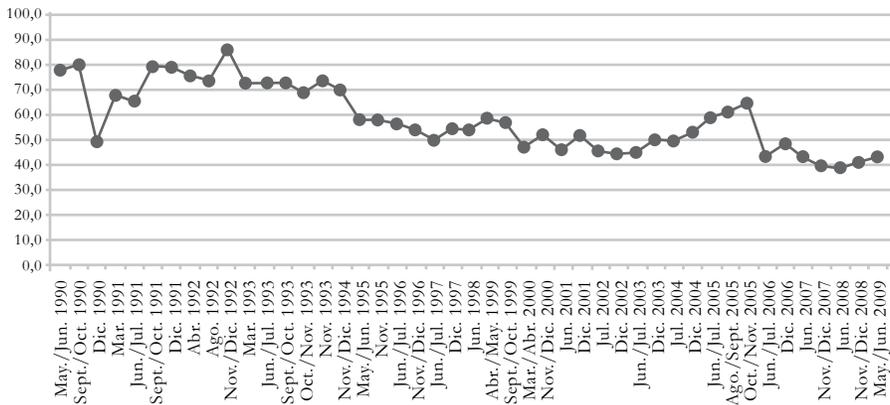
A lo anterior se adiciona el establecimiento del voto voluntario con inscripción automática. Sobre este último punto, pocos podrían estar en desacuerdo, pero la implementación del voto voluntario, desde mi perspectiva, es altamente nociva para impulsar la participación electoral. Como señala parte importante de la teoría (Lijphart, 1997), generalmente son los más educados quienes en mayor medida participan. Ahora que el voto es voluntario, esta tendencia podría agudizarse generando menor inclusión.

Entonces, tenemos un sistema caracterizado por altos grados de desafección. Si se consideran algunas definiciones sobre democracia y calidad de la democracia (ver Molina y Levine, 2007), Chile sería un país democrático, pero con una democracia de baja intensidad. O sea, se cumple con los requisitos establecidos por Dahl (1971) en términos de participación y competencia, existe el derecho a participar y hay más de dos partidos relevantes en competencia más allá de la vigencia de un sistema electoral restrictivo. No obstante, algunos indicadores de calidad de la democracia elaborados por Altman y Pérez-Liñán (2002) señalarían una caída tanto de la participación como de la competencia. El porcentaje de personas en edad de votar y que efectivamente lo hacen de manera válida bajó de aproximadamente el 90% en 1989 a cerca del 50% en las últimas municipales, de 2008. Por otro lado, hoy existe cierto consenso respecto al efecto del sistema electoral sobre la competencia. En lugar de acentuar la incertidumbre sobre los resultados, provoca el efecto opuesto. Es decir, en la mayoría de los distritos ya sabemos, más o menos, qué ocurrirá.

Pues bien. Estaríamos más o menos de acuerdo con que Chile cumple con los estándares democráticos que, por ejemplo, exigen algunos indicadores de amplio uso como Freedom House, Polity IV o ACLP (ver Munck, 2009). Esto, más allá de las herencias autoritarias o de las críticas en torno al proceso de redemocratización (Moulian, 1997; Garretón, 1999; Cañas, 1997, entre otros), particularmente respecto a la vigencia de algunos enclaves autoritarios. Los problemas, claramente, están alrededor del concepto de calidad de la democracia (Altman, 2006).

Todo lo anterior corresponde al telón de fondo que, a mi juicio, debe ser considerado antes de implementar cualquier reforma a la Constitución o el diseño de una nueva carta fundamental. Si bien, como he dicho, no se puede atribuir al diseño institucional todos los males del sistema político, también es cierto que reformas profundas particularmente respecto a los procesos de representación podrían contribuir al incremento de la calidad de la democracia. Lo que quiero subrayar es que las reformas constitucionales pueden ser condiciones necesarias pero no suficientes por sí mismas para avanzar en este proceso. También se requiere de actores propensos al cambio y dispuestos a incrementar los niveles de competencia. Me refiero en particular a los partidos.

**GRÁFICO 1**  
Evolución de la adhesión a partidos (1989-2008)



Fuente: Elaboración propia con datos de la serie de encuestas CEP.

### Notas sobre el sistema representativo en Chile

Respecto a los sistemas electorales para elección de congresos o asambleas, parte de la tradición en estudios sobre los sistemas presidenciales señala que la emergencia de sistemas electorales proporcionales podría ser más un problema

que una virtud. Esto, porque tales sistemas tenderían a incrementar las dosis de fragmentación en los sistemas de partidos generando así escasos contingentes legislativos para los presidentes. De esa forma, se consagraría la difícil combinación entre presidencialismo y multipartidismo que apuntó Mainwaring (1993). Si bien es cierto que los presidencialismos de minoría pueden ser objeto de inestabilidad política, un modo de solución pasa por la formación de coaliciones sólidas que acompañen la gestión presidencial, promoviendo un incremento en el contingente legislativo del Presidente (Chasquetti, 2002). Este debate entre los formatos institucionales muchas veces se asocia al *trade off* entre representación y eficacia en la toma de decisiones. Supuestamente, los sistemas mayoritarios favorecerían la toma de decisiones rápida, mientras que los proporcionales, por involucrar una mayor cantidad de actores, favorecerían la representación. Para Negretto (2008: 45), “es posible argumentar que en sociedades plurales, como son la mayor parte de las que existen en América Latina, un sistema multipartidista permite tomar decisiones políticas más representativas y generar por tanto mayor apoyo entre la población”.

La dimensión representativa tiene un impacto directo sobre los niveles de *accountability* vertical o rendición de cuentas. Sin embargo, y como subraya Negretto (2008), tal dimensión sufre cuando los sistemas de partidos son débiles o escasamente institucionalizados de acuerdo a la clasificación original de Mainwaring y Scully (1995). Aunque Chile aparece con altos niveles de institucionalización en estas mediciones (ver además Payne et al., 2003), la evidencia acusa cierta debilidad. En primer lugar, como señalé, existe un preocupante incremento de la no inscripción en los registros electorales y de la abstención. En segundo lugar, el nivel de adhesión partidaria ha caído sistemáticamente, de acuerdo a los resultados de las encuestas de opinión. En tercer lugar, se observa un paulatino incremento de las opciones “independientes” en las contiendas políticas. En cuarto lugar, se advierte un aumento en las tasas de votación cruzada considerando elecciones presidenciales/parlamentarias y alcaldes/concejales. Es decir, cuatro indicadores centrales para medir institucionalización se encuentran claramente deprimidos en el contexto chileno actual. Siguiendo a Zucco (2009), Chile clasificaría dentro de los sistemas de partidos “hidropónicos”, dada la existencia de cierta estabilidad en los patrones de votación (baja volatilidad), pero con partidos cada vez más distantes de la ciudadanía en términos de la generación de raíces sociales.

En este marco, uno de los debates más fructíferos de la literatura politológica chilena gira en torno a los efectos que genera el binominal. Algunos sostienen que ha favorecido políticas centrípetas, reduciendo la fragmentación par-

tidaria (Rahat y Snjeider, 1998; Guzmán, 2006), mientras que otros sostienen que, por su fórmula de cálculo y una magnitud de distrito constante fijada en dos escaños, no genera incentivos para que partidos y candidatos avancen hacia el votante mediano y, por el contrario, disputen por alcanzar el tercio que les permita lograr un cupo. De esa forma, el sistema produce más polarización que competencia centrípeta (Magar et al., 1998; Navia, 2005). Sin embargo, y más allá de la discusión técnica, lo que produce el binominal es una administración centralizada de la competencia de acuerdo a dos grandes coaliciones que, salvo algunas excepciones de doblaje, se reparten la representación en el Congreso. De este modo, si bien existe competencia por la obtención de escaños, el nivel de competitividad es muy bajo. En otras palabras, muchas veces es más o menos fácil predecir el resultado electoral en cada uno de los distritos y circunscripciones, o, al menos, pronosticar la composición del Congreso de acuerdo a las dos grandes coaliciones.

Son criticables también algunos efectos del sistema electoral en términos de desproporcionalidad y *malapportionment*. En este último caso, no se respeta el ideal democrático estipulado por Dahl (1971) en torno a “una persona, un voto”. Más allá de estas precisiones técnicas, lo concreto es que un cambio institucional mayor debe incorporar la eliminación de este sistema. Es razonable pensar que existen escasos incentivos para que los representantes opten por el cambio, dado un esquema de acostumbramiento. Entonces, una reforma que elimine el sistema binominal es altamente deseable en un contexto de una nueva Constitución. De hecho, resultaría impensable una nueva Constitución que pase por alto un cuello de botella tan evidente para la representación ciudadana.

El otro punto a destacar sobre el binominal corresponde a sus efectos sobre la selección de candidatos. El binominal es uno de los buenos ejemplos respecto a cómo los partidos y coaliciones administran la competencia electoral mediante ese proceso selectivo. Esto, indudablemente y dada la fórmula del sistema, genera bajos incentivos a los ciudadanos para asistir a las urnas. Como señalé, parte importante de los distritos tienen un resultado altamente predecible. Entonces, los diputados en ejercicio, a fin de asegurar su repostulación, votan en función de los intereses partidarios más que por los intereses ciudadanos. No obstante, esta tendencia se ha visto cuestionada con los últimos actos de indisciplina de diputados y senadores concertacionistas, que ha concluido con una fractura del bloque. Más allá de estas precisiones, un sistema electoral escasamente competitivo genera un mayor distanciamiento entre la elite y los representados. Parecería razona-

ble, además, instituir elecciones primarias obligatorias a fin de estimular la competencia interna de los partidos.

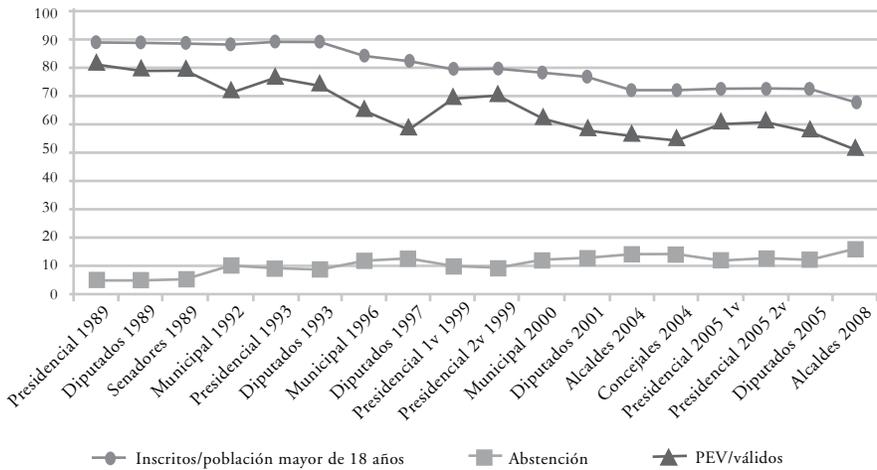
Si bien el sistema es de lista abierta, resulta altamente restrictivo en términos de oferta partidaria. Esto generaría, a juicio de Negretto (2008: 45), dosis razonables de personalización, pero en convivencia con una alta restricción a la competencia derivada del poder de los partidos para constituir las listas parlamentarias. Entonces, la reforma podría ir de la mano con la reducción de la magnitud de distrito a 1 en combinación con listas nacionales en un distrito único (Altman, 2006a). El asunto es que el binominal, al ser de lista abierta, podría producir, en teoría, altos niveles de personalización. El problema está en la alta influencia de las elites partidarias para nombrar a los candidatos y de la baja competencia que se produce, limitando así el efecto de la participación sobre el resultado. Entonces, debemos enfrentar la tensión entre personalización y oferta partidaria.

Esta discusión está cruzada por la literatura que subraya la relación entre sistemas electorales y corrupción. Así, de acuerdo a Persson et al. (2003), los sistemas de lista cerrada y bloqueada, que prácticamente anulan la personalización del voto, son muy permeables a actos corruptos, dada la escasa identificabilidad de los representantes. En cambio, los sistemas que permiten una mayor personalización generan, casi por defecto, un mayor vínculo entre el representante y el representado y, por tanto, mejores coordinadas de *accountability*. Entonces, como los legisladores generalmente buscan la reelección, tratarán de evitar prácticas corruptas a fin de no ser sancionados electoralmente. Por otro lado, Chang y Golden (2006) sostienen que esto no necesariamente es así, y que en sistemas proporcionales de alta magnitud de distrito y con lista abierta la corrupción tiene mejor caldo de cultivo. Esto se explica por la necesidad de los candidatos para diferenciarse entre sí ante una extensa lista de otros postulantes, estimulando un mayor gasto en campañas y, eventualmente, siendo tentados por la corrupción para obtener los fondos necesarios (ver además Piñeiro, 2008).

Entonces, no hay claridad teórica respecto a cuál sistema electoral puede ser el más apropiado no sólo para transformar de la manera óptima los votos en escaños, sino que también para disuadir la corrupción. En este sentido, Negretto (2008. 46) apunta que, si bien pueden ser deseables altos niveles de personalización del voto a fin de producir mayor *accountability*, también se debe reconocer su posible efecto sobre la cooptación clientelar particularmente en países con altos niveles de pobreza y desigualdad. Esto traería como efecto un debilitamiento aun mayor de los partidos junto a un incremento en la desigualdad para la provisión de políticas públicas.

## GRÁFICO 2

### Participación electoral en Chile (1989-2008)



Fuente: Elaboración propia con datos de [www.elecciones.gov.cl](http://www.elecciones.gov.cl), [www.ine.cl](http://www.ine.cl)

### Segunda vuelta, período presidencial y sistema presidencialista

Según Negretto (2006), América Latina ha transitado de sistemas más restrictivos a más permisivos considerando particularmente la selección de la segunda vuelta. Así, cuando hay partidos grandes, éstos prefieren la regla de *plurality* (México), que les permite mantener cierto dominio y ahuyentar a otros posibles competidores. En cambio, cuando hay partidos pequeños, éstos prefieren sistemas de mayoría con segunda vuelta. Esto les permite negociar entre la primera y la segunda vuelta, alcanzando así algunos beneficios y asegurando la sobrevivencia. De igual forma, los autoritarismos también generaron sistemas más permisivos, probablemente pensando en que los partidos que respaldaron su opción serían minoritarios.

Para Pérez-Liñán (2006), en tanto, la conclusión más evidente es que la segunda vuelta no genera por sí misma problemas de inestabilidad, sino que, dada la posible reversión del resultado particularmente en sistemas con bajos niveles de institucionalización, causa desequilibrios. Incluso, la segunda vuelta es vista en su modelo como un predictor de gobernabilidad. El problema se produce cuando esta segunda vuelta es implementada en países con bajos niveles de institucionalización y donde la probabilidad de reversión del resultado es mayor. Así, pueden surgir Presidentes con bajos contingentes legislativos. Más bien, y citando el caso ecuatoriano, lo que se produce es un *consenso negativo* en torno a alguno de los candidatos, pero no una preferencia real

por el ganador. De este modo, cuestiona la necesidad y conveniencia de este mecanismo, pero, contrario a Negretto (2006), en lugar de preguntarse por el origen, lo hace en función de la causas. La duda acá es si los sistemas de mayoría simple generan los mismos problemas en América Latina; no en términos de reversión, pero sí de acuerdo a los contingentes legislativos del Presidente. Luego, habría que preguntarse si la inestabilidad es endógena a la aplicación de segundas vueltas; o sea, si países inestables con alta fragmentación decidieron implementar el sistema, tal como tiende a sugerir Negretto (2006).

Una defensa más normativa es la de Martínez (1998), quien señala que la segunda vuelta permite que el elector haga valer sus segundas preferencias reforzando la legitimidad de los electos. Otro argumento es que la segunda vuelta no decapita el número de partidos, sino que promueve coaliciones. De este modo, los partidos moderan su estrategia y, por tanto, el elector se encontrará ante opciones mayoritarias. El drama se produce cuando estas coaliciones son instrumentales y duran sólo hasta que el Presidente exhiba altos niveles de aprobación. De ahí en adelante, las probabilidades de quiebre coalicional aumentan, más aun si se aproxima la siguiente elección (Altman, 2000). Otro argumento a favor de la segunda vuelta es que “es la hora de la verdad”. Acá desaparecen los grupos marginales o pequeños y quedan en competencia las dos opciones mayoritarias. Esto obliga a los candidatos en competencia a realizar amplias campañas y movilizar a electores que no los apoyaron en el primer turno. Además, el hecho de pasar a una segunda vuelta puede incrementar el nivel de competitividad y, por tanto, de la participación en las urnas. Finalmente, las segundas vueltas premiarían a la moderación, castigando a los partidos extremistas y antisistema.

Existe evidencia adicional respecto al efecto de la doble vuelta sobre la fragmentación partidaria, tal como sostiene Golder (2006). Este efecto es más claro aun en sociedades con alta heterogeneidad social. En otras palabras, cuando se produce la interacción entre alta heterogeneidad y doble vuelta, el NEP (número efectivo de partidos) tiende a incrementarse y, por tanto, es más probable que se produzcan inestabilidades políticas. Todo esto arranca del supuesto, discutible por cierto, de que la fragmentación afecta negativamente la sobrevivencia de la democracia. Probablemente sean los sistemas de partidos ultrafragmentados o incoativos, de acuerdo a la definición de Mainwaring y Scully (1995), los que en mayor medida pronostiquen una caída de la democracia, o que sean los niveles de polarización los que expliquen, más que la fragmentación, los problemas de gobernabilidad. Debido al efecto atribuido a la fragmentación sobre las caídas de la democracia en los 60 y 70 es que se

le considera tan peligrosa. Bien se podría argumentar que algunos países han incluso aumentado su fragmentación luego de las transiciones (o al menos la han mantenido de manera similar hasta antes de la crisis), y que sus democracias no han caído.

Para Buquet (2006), el cambio en los sistemas electorales para la elección de Presidentes en América del Sur se explica básicamente desde la lógica de la elección racional. Por un lado, pueden esgrimirse razones de legitimidad para realizar ese cambio, más aun cuando la coalición que propulsa ese cambio viene en descenso y plantea, ciertamente, un sistema más inclusivo ante el pronóstico de que con el actual sistema puede perder la elección. Por otro, pueden articularse argumentos en torno a la eficacia del sistema, generando así sistemas más restrictivos. Esto es más probable de observar en coaliciones ascendentes. Lo “inclusivo” está dado por la institución de la doble vuelta para las presidenciales y períodos breves de mandato y sin reelección inmediata, señales que van en la línea de mayor legitimidad. Esto va más o menos en la línea del planteamiento de Bowler et al. (2006) respecto a que el apoyo a una propuesta de cambio viene más por el lado de los perdedores que por el de los ganadores. En cierto sentido, lo que hacen los autores es defender la idea de que el statu quo depende de cuán fuertes sean los ganadores para mantener la regla.

Todo este debate teórico permite comprender el incremento en la adopción de segundas vueltas en América Latina (Negretto, 2008: 43), abandonando así el sistema de mayoría relativa. De acuerdo a los cálculos del autor, sólo cinco países utilizan mayoría relativa, nueve mayoría absoluta con segunda vuelta y cuatro con mayorías relativas calificadas. Para la elección de diputados, en tanto, las fórmulas predilectas son de orden inclusivo, sin considerar en ningún caso reglas puramente mayoritarias.

Para el caso de Chile parece recomendable mantener el sistema de segunda vuelta. A pesar de los problemas que subraya la teoría, las segundas vueltas permiten que la oferta partidaria se amplíe en la primera elección y que luego los actores se vean obligados a coordinar en el segundo turno. Sin embargo, también existen argumentos respecto a las probabilidades de reversión del resultado y que, en la práctica, las segundas vueltas no adicionen mucho para el fortalecimiento de la democracia. Es más, en caso de implementarse un sistema de mayoría relativa, los actores se verían obligados a coordinar tempranamente y, en caso de que este diseño conviva con un sistema de reelección inmediata por sólo un período, podría generar mayores incentivos para la participación, dada la existencia de un sistema que, al menos, podría producir

mayor incertidumbre en relación al resultado. Probablemente, las elecciones serían aun más competitivas.

En cuanto a la discusión sobre el mandato presidencial, parece adecuado retomar el debate respecto a la reelección. Para algunos, el período de cuatro años es demasiado breve como para implementar un programa de largo plazo en términos de políticas públicas. Para otros, es suficiente y, además, permite mayores probabilidades de alternancia en períodos más breves. No está en discusión el formato de calendario electoral considerando la concurrencia como norma. Es decir, que las elecciones parlamentarias y presidenciales se lleven a cabo el mismo día. Lo que sí podríamos discutir se refiere a la posibilidad de establecer la reelección tomando en cuenta que el mandato de cuatro años resulta razonable para estudiar esta opción. En esta instancia, por ejemplo, los ciudadanos tendrían la posibilidad de ejercer un *accountability* directo sobre el presidente incumbente. “La reelección del Presidente por una vez, sobre todo cuando el mandato es relativamente corto, puede premiar la eficiencia de una administración y consolidar una labor de gobierno en contexto de crisis. Pero sus efectos pueden ser perniciosos cuando ocurre en contextos de debilidad institucional. En estas circunstancias, la reelección presidencial limita la alternancia en el poder, provee de incentivos a la corrupción e incrementa el personalismo de la política” (Negretto, 2009: 51). Indudablemente, el establecimiento de la reelección involucra un exigente sistema de fiscalización para evitar el intervencionismo electoral y que el gobierno, en lugar de administrar el país, se dedique a la campaña electoral en el último año.

Finalmente, y considerando al sistema presidencial, una de las discusiones se centra en la pugna de poderes entre ejecutivos y legislativos como fuente de inestabilidad. Lo que muestra esta literatura desde una óptica de los diseños institucionales es el conocido *trade off* entre legitimidad y eficacia, que también puede ser entendido bajo la dinámica de costos internos y externos de las decisiones (Cox y McCubbins, 2001, citando a Buchanan y Tullock). En otras palabras, existen dos niveles de análisis: la división de poderes y la división de objetivos o propósitos; es decir, la pugna entre ejecutivo y legislativo y, además, entre las cámaras, coaliciones y partidos. Esto presenta un impacto directo sobre los resultados políticos, existiendo dos salidas extremas: parálisis decisoria (carencia de movimiento desde el statu quo) o reforma (cambio) permanente. Es decir, se hace muy difícil encontrar el equilibrio exacto para producir gobiernos con dosis moderadas en el estilo de *decisiveness* (capacidad para promover cambios en la toma de decisiones públicas) y de *resolutness* (capacidad para mantener un compromiso creíble en términos de estabilidad de una política pública).

Lo anterior cobra aun mayor sentido al considerar el trabajo de Cox y Morgenstern (2001). Si bien las asambleas en América Latina tienden a ser reactivas, no son del todo inocuas. Es más, dependiendo del contingente legislativo del Presidente pueden existir resultados extremos. Por un lado, legislaturas recalcitrantes y, por otro, legislaturas subordinadas. Los puntos intermedios serán las legislaturas negociadoras y parroquiales (donde lo relevante para los congresistas será sólo su carrera política y, por tanto, velarán por los intereses de su distrito). De existir el primer escenario, donde la legislatura actúa como un fuerte actor de veto, el Presidente acudirá a mayores niveles de unilateralidad en la toma de decisiones, tratando de sortear al Congreso y convirtiéndose en una figura “imperial”. En cambio, en el último escenario, el Presidente funcionará sobre la base de leyes y no de decretos, por lo que sus redes de apoyo estarán, preferentemente, en las dirigencias partidarias. Si la legislatura es parroquial, entonces su mejor estrategia consistirá en el patronazgo y la cesión de favores. Finalmente, si el Congreso tiene carácter negociador (preocupado de la política nacional y frecuentemente compuesto por partidos relativamente sólidos en términos ideológicos), el Presidente sólo recurrirá a dar favores cuando le falten pocos votos para obtener la aprobación de alguna ley. De este modo, los Presidentes tienen poder proactivo (promueven leyes y manejan urgencias, a lo que se suma la capacidad de veto), y conviven con legislaturas reactivas de distinta índole, alcanzando como límite negativo la legislatura recalcitrante. Así, los sistemas políticos latinoamericanos podrían funcionar sobre la base del veto bilateral, es decir, del Presidente y del Congreso.

El trabajo de Shugart y Haggard (2001), siguiendo la línea de los autores citados pero con un enfoque institucional abierto, declarado y profuso, enfatiza en la existencia de gobiernos divididos, dada la disociación de intereses o propósitos entre los poderes. Esto se explica, fundamentalmente, por la naturaleza del presidencialismo. Es decir, elecciones separadas para Presidente y Congreso. La combinación nefasta es la siguiente: partidos y sistema de partidos altamente fragmentados, con baja disciplina interna, con un Presidente de partido minoritario, a lo que se suma la polarización ideológica de la legislatura y la evidente separación de propósitos. Esto puede traer como consecuencia desde un punto muerto en la gestión gubernamental, pasando por períodos de fuerte inestabilidad, hasta la balcanización en la toma de decisiones (incluso una presidencia fallida o un golpe). O sea, un incremento sustantivo de los jugadores de veto (ver Tsebelis, 1995).

A lo anterior, Shugart y Haggard (2001) adicionan cuestiones relativas al calendario electoral, con especial énfasis en las temidas elecciones de medio

término. Éstas son más peligrosas cuando se utilizan sistemas mayoritarios, pues se promueve el gobierno dividido, contrario a lo que sucede con el proporcional, donde, si bien la coalición del Presidente puede bajar, no lo hace de manera tan significativa como en la repartición por mayoría. En este sentido, también influye la magnitud de la renovación en las cámaras; es decir, si es completa o parcial. No obstante, cuando un régimen autoritario es capaz de heredar arreglos institucionales, las mayorías electorales no se transforman en mayorías legislativas, como apuntan Baldez y Carey (2001) al analizar el caso chileno a la luz, entre otras variables, del sistema electoral y del rol de los senadores designados.

En síntesis, ¿qué explica el éxito o el fracaso de los gobiernos desde una óptica estrictamente institucional? Pues bien, en este sentido, los planteamientos de Haggard, McCubbins y Shugart (2001) apuntan al impacto de los diseños institucionales sobre el surgimiento de actores de veto. De este modo, a mayor número de actores de veto, mayores costos de transacción, y, por tanto, la política se hace menos “decisiva” (se logran menos reformas) y, probablemente debido al número de actores de veto, con mayor orientación hacia el beneficio privado. En otras palabras, el *trade off* entre *decisiveness* y *resolutness* dependerá del número de actores de veto. A mayor número de actores de veto, menor *decisiveness* y mayor *resolutness*. Pero esto dependerá, siguiendo a Tsebelis (1995), de la posición estratégica del actor de veto y su coherencia interna.

Lo que se sugiere, entonces, es el fortalecimiento del *accountability* horizontal. Como señala Siavelis (2000), en Chile existe una peculiar combinación entre una institución presidencial fuerte con amplias atribuciones y prerrogativas, y presidentes moderados que no se han visto en la necesidad de aplicar sistemáticamente vetos a la legislación o promover plebiscitos. De hecho, según Altman (2006: 77-78), Chile está en los primeros lugares de la región considerando los poderes formales del Presidente. Esto se ve reflejado en el número de temas que son de atribución exclusiva del Presidente y del manejo de las urgencias en términos de agenda legislativa. Por tanto, parece razonable incrementar los poderes del Congreso para fijar agenda y así fortalecer a esta institución para que se puedan discutir proyectos emanados de ella.

Desde los actores de veto es posible impulsar una nueva modificación. Me refiero a los mecanismos de democracia directa. En este punto, suscribo la propuesta de Altman (2006) respecto a que tales mecanismos fortalecen el *accountability* ciudadano (vertical) hacia las autoridades y, a la vez, permiten su pronunciamiento en temas claves y decisivos cuando dichos mecanismos

son vinculantes<sup>2</sup>. La idea es fortalecer las iniciativas “desde abajo” y, en lo posible, desestimular las iniciativas desde arriba, que generalmente reproducen esquemas plebiscitarios. Este tipo de herramientas, siguiendo al mismo autor, puede tentar a los gobiernos para esquivar al Congreso e invocar directamente al “pueblo” (Altman, 2006: 66).

## Conclusiones

De acuerdo a esta exposición, extraigo cuatro conclusiones centrales.

Primero, el debate sobre la nueva Constitución debe considerar el contexto político particularmente en lo que a crisis de representación se refiere. En ese sentido las reformas deberían ir, en parte, orientadas a fortalecer la función representativa.

Segundo, asociado a lo anterior, resulta indispensable cambiar el sistema electoral binominal por otra fórmula que estimule la competencia y fortalezca el sistema representativo en general y, de paso, incremente los niveles de participación ciudadana en la actividad política. En lugar de discutir sobre los límites a la reelección de diputados y senadores, la preocupación central debería dirigirse hacia la generación de mayor competencia electoral.

Tercero, en cuanto al sistema presidencial, sería positivo reponer la discusión sobre la reelección al menos en un período. Esto podría generar mayores señales de *accountability* considerando el voto retrospectivo de los ciudadanos sobre el Presidente en ejercicio.

Cuarto, es deseable la institución de los mecanismos de democracia directa, particularmente aquellos generados desde abajo. Me refiero particularmente, siguiendo a Altman (2005), a la posibilidad de referéndum donde la decisión ciudadana tenga el estatus de actor de veto. Adicionalmente, resulta indispensable incrementar las atribuciones del Congreso. En otras palabras, mejorar las coordenadas de *accountability* vertical y horizontal.

2 Un aspecto no menor que el mismo Altman (2005: 214-217) subraya corresponde a la correcta conceptualización de estos mecanismos. Así, los plebiscitos consultivos se caracterizan por venir desde arriba y por ser no vinculantes. Los plebiscitos, en tanto, son de carácter vinculante, también vienen desde arriba y consisten en la votación ciudadana de alguna propuesta por parte del ejecutivo que, generalmente, corresponden a reformas constitucionales. Las iniciativas populares, un mecanismo de democracia directa desde abajo, corresponden a un poder proactivo de los ciudadanos y funcionan mediante la recolección de firmas para alterar el statu quo. También pueden operar como transformadores de agenda cuando los ciudadanos obligan a los legisladores a considerar algún tema, aunque no siempre el cuerpo legislativo acepte ese tema dentro del debate. El referéndum, en tanto, corresponde a otra de las iniciativas desde abajo y se clasifica como poder reactivo de la ciudadanía para vetar alguna política. Finalmente, destaca el referéndum revocatorio (*recall*), que permite a la ciudadanía destituir o reemplazar a un funcionario electo.

## Referencias

- Altman, David. 2006. "(Algunas) reformas institucionales para el mejoramiento de la calidad de la democracia en Chile del siglo XXI". En Claudio Fuentes y Andrés Villar (eds.), *Desafíos democráticos*. Santiago: FLACSO-Chile/Lom: Altman, David. 2006a. "Propuesta de un sistema compensatorio (proporcional personalizado)". Documento de Trabajo, ICP-UC, Santiago. Altman, David. 2005. "Democracia directa en el continente americano: ¿autolegitimación gubernamental o censura ciudadana? *Política y Gobierno*, XII (2): 203-232.
- Altman, David. 2000. "The Politics of Coalition Formation and Survival in Multiparty Presidential Democracies: The Case of Uruguay 1989-1999". *Party Politics*, 6 (3): 259-283.
- Altman, David, y Aníbal Pérez-Liñán. 2002. "Assessing the Quality of Democracy: Freedom, Competitiveness, and Participation in 18 Latin American Countries". *Democratization*, 9 (2): 85-100.
- Baldez, Lisa, y John Carey. 2001. "Budget Procedure and Fiscal Restraint in Post-transition Chile". En Stephan Haggard y Mathew McCubbins (eds.), *Presidents, Parliaments, and Policy*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Bowler, Shaun, Todd Donovan, y Jeffrey A. Karp. 2006. "Why Politicians Like Electoral Institutions: Self-Interest, Values, or Ideology?". *Journal of Politics*, 68 (2): 434-446.
- Brinks, Daniel. 2007. *The Judicial Response to Police Killings in Latin America: Inequality and the Rule of Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Buquet, Daniel. 2007. "Entre la legitimidad y la eficacia: reformas en los sistemas de elección presidencial en América Latina". *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 16: 35-49.
- Cañas, Enrique. 1997. *Proceso político en Chile, 1973-1990*. Santiago: Andrés Bello.
- Chang, Eric C. C., y Miriam Golden. 2007. "Electoral Systems, District Magnitude and Corruption". *British Journal of Political Science*, 37 (1): 115-137.
- Chasquetti, Daniel. 2002. "Democracia, multipartidismo y coaliciones: evaluando la difícil combinación". *Lateinamerika Analysen*, 3: 67-92.
- Cox, Gary, y Mathew McCubbins. 2001. "The Institutional Determinants of Economic Policy Outcomes". En Stephan Haggard y Mathew McCubbins (eds.), *Presidents, Parliaments, and Policy*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Cox, Gary, y Scott Morgenstern. 2001. "Latin America's Reactive Assemblies

- and Proactive Presidents”. *Comparative Politics*, 33 (2): 171-189.
- Dahl, Robert. 1971. *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale University Press.
- Garretón, Manuel Antonio. 1999. “Balance y perspectivas de la democratización política chilena”. En Amparo Menéndez Carrión y Alfredo Joignant (eds.), *La caja de Pandora. El retorno de la transición chilena*. Santiago: Planeta/Ariel.
- Golder, Matt. 2006. “Presidential Coattails and Legislative Fragmentation”. *American Journal of Political Science*, 50 (1): 34-48.
- Guzmán, Eugenio. 2006. “La última reforma: el sistema electoral binominal”. En Carlos Huneeus (ed.), *La reforma al sistema binominal en Chile. Propuestas para el debate*. Santiago: Catalonia.
- Haggard, Stephan, Mathew McCubbins y Matthew Shugart. 2001. “Conclusion: policy Making in Presidential Systems”. En Stephan Haggard y Mathew McCubbins (eds). *Presidents, Parliaments, and Policy*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Lijphart, Arend. 1997. “Unequal Participation: Democracy’s Unresolved Dilemma”, *American Political Science Review*, 91 (1): 1-14.
- Linz, Juan. 1994. “Democracy, Presidential or Parliamentary: Does It Make a Difference?”. En J. Linz y A. Valenzuela (eds.), *The Failure of Presidential Democracy: The Case of Latin America*. Baltimore: John Hopkins University Press.
- Magar, Erica, Marc Roseblum y David Samuels. 1998. “On the Absence of Centripetal Incentives in Double-Member Districts. The Case of Chile”. *Comparative Political Studies*, 31 (6): 714-739.
- Mainwaring, Scott, y Matthew Shugart (eds.). 1997. *Presidentialism and Democracy in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mainwaring, Scott, y Timothy R. Scully. 1995. “La institucionalización de los sistemas de partidos en América Latina”. *Revista de Ciencia Política*, XVII (1-2): 63-102.
- Mainwaring, Scott, y Timothy R. Scully. 2009. “América Latina: ocho lecciones de gobernabilidad”. *Journal of Democracy* (en español), 1: 129-146.
- Mainwaring, Scott. 1993. “Presidentialism, Multipartyism, and Democracy: The Difficult Combination”. *Comparative Political Studies*, 26 (4): 198-228.
- Mainwaring, Scott. 2006. “State Deficiencias, Party Competition, and Confidence in Democratic Representation in the Andes”. En Scott Mainwaring, Ana María Bejarano y Eduardo Pizarro Leongómez, *The Crisis of Democratic Representation in the Andes*. Stanford: Stanford University Press.
- Martínez, Rafael. 1998. “Efectos de la fórmula electoral mayoritaria de

- doble vuelta”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 82: 159-189.
- Molina, José Enrique, y Daniel Levine. 2007. “La calidad de la democracia en América Latina: una visión comparada”. *América Latina Hoy*, 45: 17-46.
- Moulian, Tomás. 1997. *Chile actual. Anatomía de un mito*. Santiago: ARCIS.
- Munck, Gerardo. 2009. *Measuring Democracy*. Baltimore: Johns Hopkins.
- Navia, Patricio. 2005. “La transformación de votos en escaños: leyes electorales en Chile, 1833-2004”. *Política y Gobierno*, XII (2): 233-276.
- Navia, Oatricio, y Priscilla Rojas. 2005. “Representación y tamaño de los distritos electorales en Chile, 1988-2004”. *Revista de Ciencia Política*, XXV (2): 91-116.
- Negretto, Gabriel L. 2006. “Choosing How to Choose Presidents: Parties, Military Rulers, and Presidential Elections in Latin America”. *The Journal of Politics*, 68 (2): 421-433.
- Negretto, Gabriel. 2009. “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”. *Journal of Democracy* (en español), 1: 38-54.
- North, Douglas C. 1990. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- O’Donnell, Guillermo. 1994. “Delegative Democracy”. *Journal of Democracy*, 5 (1): 55-69.
- Payne, Mark, Daniel Zovatto, Fernando Carrillo y Andrés Allamand. 2003. *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*. Washington, D. C.: BID/Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral.
- Pérez-Liñán, Aníbal. 2006. “Evaluating Presidential Runoff Elections”. *Electoral Studies*, 25 (1): 129-146.
- Persson, Torsten, Guido Tabellini y Francesco Trebbi. 2003. “Electoral Rules and Corruption”. *Journal of the European Economic Association*, 1 (4): 960-980.
- Peters, Guy. 2003. *El nuevo institucionalismo en la ciencia política*. Barcelona: Gedisa.
- Piñeiro, Rafael. 2008. “Sistemas electorales y corrupción: entre el estímulo y la disuasión”. *Revista de Ciencia Política*, 28 (3): 187-194.
- Rahat, Gideon, y Mario Sznadger. 1998. “Electoral Engineering in Chile: The Electoral System and Limited Democracy”. *Electoral Studies*, 17 (4): 429-442.
- Shugart, Matthew, y John Carey. 1992. *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shugart, Matthew, y Stephan Haggard. 2001. “Institutions and Public

- Policy in Presidential Systems”. En Stephan Haggard y Mathew McCubbins (eds.), *Presidents, Parliaments, and Policy*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Siavelis, Peter M., y Scott Morgenstern (eds.). 2008. *Pathways to Power: Political Recruitment and Candidate Selection in Latin America*. University Park: Pennsylvania State University Press.
- Tsebelis, George. 1995. “Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism”. *British Journal of Political Science*, 25 (3): 289-325.
- Zucco, César. 2009. “Stability Without Roots: Party System Institutionalization in Brazil”. Manuscrito.

# Experiencia comparada sobre debate constitucional: el caso alemán post 1989

Birgit Laubach

*Fundación Heinrich Böll*

Vale la pena recordar el debate constitucional de 1989 y 1990 en Alemania, pues en su marco tuvo lugar no sólo una reflexión sobre las bases jurídicas, institucionales y normativas de la Alemania unificada: además fue testimonio de un gran compromiso por parte de la sociedad civil. Muchas personas se comprometieron y pudieron aportar sus ideas sobre una Constitución común para toda Alemania.<sup>1</sup>

La revolución pacífica y democrática en Alemania Oriental, que puso fin a la pretensión de dominio del antiguo gobierno del SED (Sozialistische Einheitspartei Deutschland - Partido Socialista Unificado), culminó en el grito “NOSOTROS somos el pueblo”. El debate constitucional posterior a la caída del Muro fue iniciado por la Mesa Redonda Central (Zentraler Runder Tisch) en su primera sesión, del 7 de diciembre de 1989, donde se encargó a un grupo de trabajo diseñar una Constitución verdaderamente democrática con derechos fundamentales eficaces, que debía ser presentada a votación del pueblo y sentar el fundamento constitucional de la República Democrática Alemana en el proceso de unificación con la República Federal.

Quienes apoyaban una Constitución común a toda Alemania se remitían al artículo 146 de la Ley Fundamental, donde se establece que “la Ley Fundamental perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán”. El debate constitucional debía definir la ruta donde coincidieran los ciudadanos de ambos Estados alemanes hacia una nueva Alemania constituida democráticamente. Como es sabido, la unificación corrió por otro carril, es decir, la adhesión de la RDA por la vía del artículo 23 (redacción anterior) de la Ley Fundamental.

1 Véase Tine Stein, *Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit* (El debate constitucional en el año de la unidad alemana).

Visto desde una perspectiva actual, un lento y largo proceso de unificación por la vía del artículo 146 de la Ley Fundamental, es decir, con una Constitución común para toda Alemania sancionada por un referéndum, probablemente no era lo adecuado a la situación política de ese momento, ya que la propicia coyuntura internacional sería muy breve para hacer prevalecer la convergencia de ambos Estados alemanes frente a los países vecinos y las potencias aliadas. Ante ese trasfondo y visto en retrospectiva, parece racional la exigencia de concretar primero la unidad estatal, por la vía de la adhesión conforme al artículo 23, para aprovechar la favorable situación política mundial.

A continuación describiremos las principales etapas del debate constitucional.

### **El proyecto constitucional de la Mesa Redonda<sup>2</sup>**

Como ya lo señalamos, la Mesa Redonda resolvió en su sesión constitutiva del 7 de diciembre de 1989 conformar un grupo de trabajo con la misión de delinear una nueva Constitución para la RDA, entregársela a la *Volkskammer* (cámara legislativa) después de su nueva elección y, finalmente, presentarla a votación en un referéndum.

Para los defensores de los derechos civiles de Alemania Oriental, una nueva Constitución democrática para la RDA significaba plasmar también constitucionalmente la autoestima originada en la revolución pacífica. El defensor de los derechos civiles, Gerd Poppe, fundamentaba el proyecto constitucional de la Mesa Redonda con las siguientes palabras: “Nadie puede negarle este derecho al pueblo que por sí mismo rompió sus cadenas en una revolución pacífica. [...] Por ello, la Mesa Redonda, como abogado legítimo de aquellas fuerzas que promovieron la renovación, presenta el proyecto de una nueva Constitución, sobre cuya aceptación decidirá un referéndum después de una discusión pública. Se trata de una Constitución para la RDA, con cuya aceptación creamos un ordenamiento del mismo rango y, en consecuencia, en pie de igualdad, frente a aquel que se ha dado la República Federal por medio de la Ley Fundamental”.<sup>3</sup>

2 En el curso de la revolución pacífica en la RDA se constituyó una Mesa Redonda por iniciativa del movimiento *Demokratie Jetzt* (Democracia Ahora), en la cual participaron agrupaciones de la sociedad civil y representantes de las iglesias. Esta mesa funcionó entre diciembre de 1989 y marzo de 1990, y durante este período tuvo gran influencia sobre la política, hasta la elección de la *Volkskammer*, en marzo de 1990. Posteriormente, y siguiendo su ejemplo, se constituyeron muchas mesas redondas en diferentes niveles, incluidas las comunas, que funcionaron hasta las elecciones municipales el 6 de mayo de 1990.

3 Gerd Poppe, citado en Uwe Thaysen: *Der Runde Tisch. Oder: Wo bleibt das Volk*, Opladen, 1990, p. 146. Véase información detallada del mismo editor en *Der Zentrale Runde Tisch der DDR*. Actas y documentos, Opladen/Wiesbaden, 1999, 5 tomos.

El preámbulo del proyecto surgió de la pluma de la escritora Christa Wolf: “Partiendo de las tradiciones humanistas a cuya formación han contribuido los mejores hombres y mujeres de todos los estratos de nuestro pueblo, teniendo en cuenta la responsabilidad de todos los alemanes frente a su historia y a las consecuencias de ésta, con voluntad de vivir como partícipes pacíficos y con igualdad de derechos en la comunidad de los pueblos, comprometidos en el proceso de unificación de Europa, en el transcurso del cual el pueblo alemán también alcanzará su unidad estatal, convencidos de que la posibilidad de obrar con autodeterminación y responsabilidad es la máxima libertad, tomando como base la renovación revolucionaria, decididos a desarrollar un Estado democrático y solidario, que asegure la dignidad y la libertad del individuo, garantice los mismos derechos para todos, reconozca la paridad entre sexos y proteja nuestro entorno natural, las ciudadanas y los ciudadanos de la República Democrática Alemana se dan esta Constitución”.

Polémicos fueron los derechos sociales contenidos en el proyecto de Constitución de la Mesa Redonda, como el derecho a la educación, a una vivienda adecuada y al trabajo.<sup>4</sup> Estos derechos trajeron a la memoria de muchas personas las promesas “socialistas” no cumplidas de la antigua RDA.

Las experiencias de la revolución pacífica se reflejaron en disposiciones de procedimiento respecto de la formación de la voluntad política. Es así como podemos encontrar un artículo específico sobre los movimientos civiles, que gozan de la protección de la Constitución y tienen el derecho de presentar sus demandas ante las “comisiones del parlamento nacional [Volkskammer] y de los parlamentos regionales” y a los que se otorga un derecho de acceso a los expedientes frente a la administración pública.<sup>5</sup> El proyecto consideraba además un proceso legislativo de democracia directa por la vía de referéndum. Este proceso se caracteriza por momentos especialmente consensuales y cooperativos entre el parlamento y los iniciadores de una iniciativa legislativa popular, donde se refleja también la experiencia de la Mesa Redonda, con sus propios procedimientos orientados al consenso y la comunicación.

4 “Toda persona tiene derecho a la seguridad social en caso de enfermedad, accidentes, invalidez, minusvalía, postración, vejez y desempleo” (art. 23, párrafo 2); “Toda persona tiene derecho a un acceso igualitario y gratuito a las instituciones públicas de educación. Este derecho podrá ser limitado sólo por ley o en virtud de una ley” (art. 24, párrafo 1); “Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada” (art. 25, párrafo 1); “Toda persona tiene derecho al trabajo o a la promoción del empleo” (art. 27, párrafo 1).

5 “Las agrupaciones que cumplen una función pública y con ello aportan a la formación de opinión política (movimientos ciudadanos) gozan de la protección especial de la Constitución en tanto son entes de control, crítica y organización en una sociedad libre” (art. 35, párrafo 1).

Durante la primavera de 1990, una gran parte de la población de la RDA (42%) se pronunció por una Constitución autónoma y un porcentaje apenas menor (38%) por una Constitución común para toda Alemania, pero sólo una minoría (9%) por la adopción de la Ley Fundamental de la RFA.<sup>6</sup> En el curso de un brevísimo tiempo se recolectaron cerca de 200 mil firmas para aceptar el proyecto de Constitución de la Mesa Redonda<sup>7</sup>. Sin embargo, esto no impresionó a la mayoría de la Volkskammer: cuando el grupo de trabajo Nueva Constitución de la Mesa Redonda Central de la RDA entregó el proyecto a la Volkskammer, ésta ni siquiera estuvo dispuesta a llevarlo a discusión.

### **El proyecto de una Constitución común**

El 16 de junio de 1990 se constituyó la primera iniciativa ciudadana conjunta (compuesta por miembros de ambas partes de Alemania) en una sala del Reichstag en Berlín, el Kuratorium für einen demokratisch verfassten Bund deutscher Länder<sup>8</sup> (Consejo para una federación de Estados alemanes constituida democráticamente). La asamblea fundacional hizo la siguiente convocatoria: “El Kuratorium für einen demokratisch verfassten Bund deutscher Länder se ha constituido para impulsar un debate constitucional amplio y público, cuyos resultados deben vertirse en una asamblea constituyente. Sobre la base de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, salvaguardando los derechos fundamentales definidos en ella, y considerando el proyecto de Constitución de la Mesa Redonda para la RDA, se elaborará una nueva Constitución común a toda Alemania. Trabajaremos para que la convocatoria a una asamblea constituyente entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana tenga carácter vinculante y para que la nueva Constitución común sea sancionada por todos los ciudadanos en un referéndum”.

Entre los primeros adherentes se contaban, por Alemania Oriental, Wolfgang Ullmann y Gerd Poppe, Rudolf Bahro, Marianne Birthler, Wolf Biermann y Christa Wolf, y por Alemania Occidental, Petra Kelly, Lea Rosh, Jürgen Habermas y muchos otros ciudadanos provenientes del mundo de la

6 Según la encuesta de infas, véase el periódico *taz* del 11 de abril de 1990, noticia de la agencia AP.

7 Ésta y otras informaciones se encuentran en las actas del Kuratorium für einen demokratisch verfassten Bund deutscher Länder, que están depositadas en el archivo del Grünes Gedächtnis de la Fundación Heinrich Böll.

8 El Kuratorium debe lo extenso de su nombre a Günter Grass, uno de los oradores de ese día, quien al menos en ese momento aún tenía sus dudas sobre un Estado nacional alemán nuevamente robustecido y por ello prefería la idea de una federación en forma de una unión de Estados federados. Se sobreentendía, aunque también fue explicitado, que esta federación debía estar constituida democráticamente.

política, la cultura y la ciencia y de todas las corrientes políticas. El Kuratorium se definió como estrictamente suprapartidista y renunció a institucionalizarse como una asociación con estatutos, para mantener la organización lo más abierta posible.<sup>9</sup> En el memorándum del proyecto de Constitución se expresa: “Propugnamos un debate abierto sobre la nueva Constitución, que incorpore a todos los ciudadanos y ciudadanas de este país [...]. El procedimiento constituyente en sí, como un proceso de discusión y convergencia públicas sobre aspectos relativos a la Constitución y la democracia, tiene una trascendencia democrática propia y un significativo efecto de integración social”.<sup>10</sup>

Un aspecto particularmente importante en esta convocatoria fundacional es el hecho de que destaca la Ley Fundamental, que, junto al proyecto de la Mesa Redonda, debía ser la base de las deliberaciones en el marco de la elaboración de una nueva Constitución. Esto, porque una de las mayores objeciones expresadas contra el proceso constituyente era el temor de que, en un proceso constituyente abierto, se barrieran con las conquistas de la Ley Fundamental que se habían consagrado en los cuarenta años de vida de la República Federal.

En los hechos, la aprobación de la Ley Fundamental y su aceptación como fundamento legítimo se convirtieron sólo con el paso del tiempo en una posición sostenida por una amplia mayoría de los ciudadanos. Mientras en la actualidad cerca del 80% de la población de Alemania occidental aprueba la Ley Fundamental, considerándola una buena Constitución, en 1955 la situación –con una aprobación del 30%– aún era otra. Con todo, en la década de los años 70, el porcentaje de ciudadanos consultados de la República Federal que encontraba que la Ley Fundamental era “en términos generales buena” ya llegaba al 50%.<sup>11</sup> Similar ha sido la reacción de los alemanes orientales: hoy, veinte años después de la unificación y de la extensión del ámbito de vigencia de la Ley Fundamental a los nuevos Estados federados, un 58% de los ciudadanos de Alemania Oriental se manifiesta positivamente sobre ella, mientras que en 1991 el mismo porcentaje prefería una nueva Constitución y sólo un 18% votó por la Ley Fundamental existente.

9 El Kuratorium tenía una oficina en la Casa de la Democracia, que en ese entonces aún estaba ubicada en la Friedrichstraße en Berlín (en el edificio donde hasta sólo algunos meses antes tenía su sede la dirección regional del SED), y se financiaba con pequeñas donaciones, sobre todo con el apoyo financiero de la Fundación Heinrich Böll, cercana a Los Verdes. A pesar de su carácter suprapartidista, no puede desconocerse una mayor afinidad con el partido de Los Verdes y también con el Partido Socialdemócrata (SPD) –también la Fundación Friedrich Ebert hizo algunas donaciones para actividades puntuales del Kuratorium–

10 Guggenberger, Preuß, Ullman, *Eine Verfassung für Deutschland*, p. 30.

11 Remitirse a los resultados de un sondeo de largo plazo del Instituto de Demoscopia de Allensbach, resumidos por Thomas Peteresen: “Eine Erfolgsgeschichte”, en *FAZ (Frankfurter Allgemeine Zeitung)* del 28 de enero de 2009, p. 5.

Muchos participaron activamente en la iniciativa constituyente del Kuratorium y se generó un amplio debate en la sociedad civil. La convocatoria fundacional del Kuratorium fue publicada en los diarios de difusión suprarregional. El Kuratorium elaboró un proyecto de Constitución común para toda Alemania sobre la base de la Ley Fundamental y de la propuesta de la Mesa Redonda, con una amplia participación de los ciudadanos,<sup>12</sup> que incorporaba las experiencias específicas del Este y el Oeste y buscaba respuestas constitucionales adecuadas de cara a los nuevos desafíos de la sociedad. Además de muchas actividades pequeñas, el Kuratorium convocó a tres grandes congresos en Weimar, Potsdam y finalmente en la Paulskirche de Francfort del Meno, donde participaron más de dos mil ciudadanos y ciudadanas. La particularidad de este proceso de discusión social es que culminó en un resultado amplio y sustancial, es decir, en un completo proyecto de Constitución. Este proyecto de Constitución común fue elaborado por un grupo de redacción que incorporó permanentemente las referencias y posiciones planteadas en los congresos.

De esta forma, el Consejo Constitucional o Kuratorium ofreció también un espacio donde los ciudadanos del Este y el Oeste pudieran comunicar y comprenderse mutuamente, ya que después de los cuarenta años de división muchos se encontraban como extranjeros en el propio país, y el lenguaje político usado por cada uno requería de una aclaración recíproca. Había que explicarse mutuamente qué se quería decir con determinados términos que tenían una connotación o un matiz diferente en el contexto de ambos sistemas, como, por ejemplo, pueblo, derecho o legalidad, o que para el otro simplemente no eran corrientes, como las “peticiones ante las autoridades” (Eingaben) habituales en Alemania Oriental.

Como es sabido, el Kuratorium no logró imponerse con la reivindicación de una “Constitución con referéndum”. Ambos Estados alemanes regularon la convergencia más bien por la vía de dos tratados, el Tratado Interestatal y el Tratado de Unificación, y respondieron la cuestión del camino de la unificación estatal con el artículo 23 de la Ley Fundamental. La RDA se reorganizó el 2 de octubre en cinco nuevos Estados federados, que luego –invocando el artículo 23– adhirieron al ámbito de vigencia de la Ley Fundamental y, con ello, a la República Federal de Alemania a partir del 3 de octubre de 1990.

Aun así, y esto es sin duda un logro del debate constitucional en el seno de la sociedad civil, el Tratado de Unificación abrió una puerta a la discusión sobre la Constitución. En el artículo 5 del Tratado de Unificación se señala

12 La autora, junto a Wolfgang Ullmann, U. K.Preuß, H. Schneider, J. Seifert, U. Gerhard y Tine Stein, fue miembro del grupo de redacción que elaboró el proyecto de Constitución.

que “los gobiernos de ambas partes [recomiendan] a las corporaciones legislativas de la Alemania unificada ocuparse, en un plazo de dos años, de las cuestiones planteadas en el contexto de la unificación de Alemania respecto de la modificación o el complemento de la Ley Fundamental”. Esto concernía especialmente a cuestiones relacionadas con el federalismo, la democracia directa y la incorporación de definiciones de los fines del Estado en la Ley Fundamental. Éste fue el punto de partida de la Comisión Mixta para la Reforma Constitucional, que fue conformada por representantes del Parlamento Federal (Bundestag) y del Consejo Federal (Bundesrat) y discutió las propuestas de modificación de la Ley Fundamental.

### **La Comisión Mixta para la Reforma Constitucional**

El 28 de noviembre de 1991<sup>13</sup> el Parlamento Federal acordó formar una comisión mixta para reformar la Constitución, compuesta de 64 miembros y 64 suplentes, designados paritariamente por el Parlamento Federal (Bundestag) y el Consejo Federal (Bundesrat).<sup>14</sup> La Comisión Mixta se remitió expresamente a las iniciativas políticas como el proyecto constitucional del

13 Véase Tine Stein, “Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit” (La discusión constitucional en el año de la unidad alemana): el preámbulo de la Ley Fundamental fue modificado ya en septiembre de 1990 en el marco de las enmiendas condicionadas por la adhesión que establecía el Tratado de Unificación. Claro que la modificación del preámbulo fue más una simple adecuación de la redacción del mismo a los acontecimientos históricos que una auténtica apreciación de lo sucedido. En la nueva versión se incorporan en la enumeración los cinco nuevos Estados federados adheridos y el mandato de reunificación, por decirlo así, es trasladado al tiempo presente. Ahora reza que los alemanes de todos los Estados federados han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania y que, con ello, la Ley Fundamental rige para todo el pueblo alemán: “Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental. Los alemanes de los Estados federados de Baden-Wurtemberg, Baviera, Berlín, Brandenburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklenburgo-Pomerania Occidental, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sarre, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Schleswig-Holstein y Turingia han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. Con ello, la Ley Fundamental rige para todo el pueblo alemán”. En cambio, el proyecto de Constitución del Kuratorium tanto como anteriormente el de la Mesa Redonda buscaba incorporar las experiencias de la revolución pacífica y la responsabilidad resultante de la historia alemana: “Consciente de su responsabilidad ante la historia alemana y frente a las futuras generaciones, teniendo presente el particular compromiso frente a las víctimas del despotismo alemán, partiendo de las experiencias de la democracia liberal y gracias a la unidad alemana consumada por una revolución democrática, animado de la voluntad de servir a la paz en el mundo y a la colaboración entre los pueblos, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida y parte de un mundo común, así como de velar por los fundamentos de toda forma de vida, decidido a renovar una comunidad democrática y solidaria, en la cual el bienestar y la fortaleza de todos resulten de la protección de los más débiles, el pueblo de la Federación de Estados alemanes, en virtud de su poder constituyente, se ha dado esta Constitución”.

14 Véase Informe final de la Comisión Mixta para la Reforma Constitucional, publicación del Parlamento alemán 12/6000

Kuratorium. En el marco de las deliberaciones parlamentarias, el partido Alianza 90/Los Verdes<sup>15</sup> se pronunció a favor de un Consejo Constitucional, que estaría compuesto por 160 ciudadanos, mitad hombres y mitad mujeres, que debían ser elegidos paritariamente por el Parlamento Federal y los parlamentos de los Estados federados; en tanto los partidos demócrata y socialcristiano (CDU/CSU) y los liberales votaron por un gremio de 32 parlamentarios, compuesto paritariamente por miembros del Parlamento Federal y del Consejo Federal.<sup>16</sup> A pesar de algunas resistencias iniciales en el seno de la comisión, ésta sesionó siempre en forma pública y convocó a expertos en numerosas audiencias públicas. Las decisiones de la comisión se tomaban con una mayoría de dos tercios, es decir, la misma que se exige para las enmiendas constitucionales. La concepción que tenía la comisión de su cometido excedió lejos lo definido en el artículo 5 del Tratado de Unificación, reclamando para sí el derecho de pronunciarse sobre todas las discusiones actuales en materia de política constitucional.<sup>17</sup> A sus integrantes no se les fijó un tiempo de intervención proporcional al tamaño de su respectiva bancada. Por lo tanto, en este sentido, todos los miembros gozaban de los mismos derechos. La prensa seguía el trabajo de la comisión con despachos informativos continuos. Muchos miembros de la comisión fueron invitados a universidades y diversas instituciones para participar en foros de discusión. La comisión estuvo “en permanente contacto con la población”.<sup>18</sup> En total, cerca de 800 mil ciudadanos y ciudadanas presentaron sus propuestas e iniciativas a la comisión, en algunos casos con peticiones masivas respecto de determinados temas, como por ejemplo la introducción de un derecho fundamental a la protección del medio ambiente o de la figura del referéndum. Adicionalmente aportaron sus propuestas las diversas asociaciones, agrupaciones y otras organizaciones de la sociedad civil.

Sin embargo, la Comisión Mixta no cumplió plenamente las expectativas de la sociedad civil, no sólo en el articulado inicial de la Ley Fundamental y en su disposición final. El artículo 146 de la Ley Fundamental no fue suprimido totalmente; en su lugar se agregaron algunas palabras a la versión antigua: “La presente Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su vigen-

15 Propuesta de Bündnis 90/Die Grünen (Alianza 90/Los Verdes), Vom Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, publicación del Parlamento alemán 12/563

16 Moción de la coalición, publicación del Parlamento alemán 12/567

17 Véase Informe final, publicación del Parlamento alemán 12/6000

18 Informe final, publicación del Parlamento alemán 12/6000, Pág. 13

cia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán”.

A la mayoría requerida en la Comisión Mixta tampoco le convenció la demanda de introducir procedimientos legislativos de democracia directa. No se lograron imponer las propuestas de incorporar la iniciativa popular, el referéndum y el referéndum por vía de petición popular en la Constitución, a pesar de que cerca de un cuarto de millón de ciudadanos las habían respaldado con su firma. Hay otro tema al que la Comisión Mixta prestó poca atención que tuvo gran importancia en el debate de la sociedad civil (y que en el intertanto se ha transformado en un tema de la humanidad por efecto del calentamiento global). El mandato del Tratado de Unificación preveía estudiar la integración de nuevas definiciones de fines del Estado. Se discutió sobre todo un fin estatal en materia de medio ambiente, que había sido respaldado con la firma de más de 60 mil ciudadanos.<sup>19</sup> El legislador en tanto reformador constitucional agregó un nuevo artículo a la Ley Fundamental, el 20 a: “El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras y dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”.<sup>20</sup> La propuesta del Kuratorium (similar a la de la Mesa Redonda) era más amplia: “(1) Los fundamentos naturales de la vida de las generaciones presentes y futuras, al igual que la naturaleza, por su propia condición, gozan de la protección especial del Estado”. En otro párrafo se obligaba a la Federación, a los Estados federados y a las comunas a documentar los impactos ambientales presentes y futuros e informar sobre todas las decisiones, programas, proyectos y medidas ambientales importantes. Comparado con estas amplias regulaciones, el fin del Estado en materia de medio ambiente que en definitiva fue incorporado a la Ley Fundamental es de un alcance bastante menor, y con toda razón ha sido calificado como fin estatal de “segunda clase”.

En términos generales, la comisión integró muchos debates, aun cuando no los haya incorporado en sus propuestas en toda la dimensión que habían exigido los múltiples actores de la sociedad civil, del mundo político y académico-científico. Fueron importantes sobre todo las enmiendas constitucionales relativas a la integración europea y algunas modernizaciones en materias es-

19 Comisión Mixta para la Reforma Constitucional, Informe final, p. 125.

20 El año 2002 se agregó a este artículo que el Estado protege también a los animales. Cerca de 145.000 ciudadanos se habían pronunciado a favor de este planteamiento en una campaña de firmas frente a la Comisión Mixta.

pecíficas, como por ejemplo las propuestas referidas a la eliminación de cualquier forma de discriminación y la protección de las minorías. Pero se perdió la oportunidad de adaptar la Ley Fundamental al imperativo del siglo, a saber, la conservación de los fundamentos naturales de la vida. Los datos relacionados con el cambio climático, la escasez de agua, la extinción de las especies, la erosión del suelo y los innumerables otros problemas ecológicos que afectarán considerablemente la vida humana en este planeta, ya eran conocidos a principios de los años 90; también era sabido que el sistema democrático orientado más bien al corto plazo presenta debilidades estructurales para ofrecer soluciones de largo plazo. En lugar de estipular un fin del Estado abstracto en materia de medio ambiente, habría sido necesario realizar una completa reforma constitucional, comprometida con la idea de la sustentabilidad.

Aun así, las propuestas de reformas constitucionales engendradas en el debate de la sociedad civil no se han perdido. Los debates en la Comisión Mixta permitieron realizar algunas enmiendas de la Ley Fundamental de gran importancia político-constitucional. Estas modificaciones tuvieron lugar con la amplia participación de la sociedad civil. Además, las propuestas del Kuratorium dieron fructíferos impulsos al debate constitucional en los nuevos Estados federados. Una serie de regulaciones del proyecto de Constitución de la Mesa Redonda y del Kuratorium se encuentran actualmente en las Constituciones de los nuevos Estados federados. Por ejemplo, todas estas Constituciones incorporaron procedimientos legislativos de democracia directa. Otras regulaciones pertinentes se consagraron en el marco del proceso de integración europea, como por ejemplo los derechos explícitos a la información y el fortalecimiento de la posibilidad de interponer recursos judiciales para las agrupaciones ambientalistas a través de la Convención de Aarhus. La idea fundamental de ciudadanía o citizenship, es decir, del ciudadano activo y con iniciativa propia, así como los esfuerzos en pie de igualdad por establecer instituciones comunes, son valores que deben ser permanentemente reelaborados y vivenciados. Durante el debate constitucional sobre la unificación alemana estos valores formaron parte de la praxis de la sociedad civil.

# Elites, opinión pública y cambio constitucional

Claudio Fuentes<sup>1</sup>

*Universidad Diego Portales*

La historia nos coloca ante coyunturas que pueden marcar el desarrollo social y político. El 17 de enero de 2010 fue uno de esos momentos, al ser elegido como Presidente de la República de Chile el candidato de derecha Sebastián Piñera. Uno de los aspectos fundamentales que separaba a Piñera de Eduardo Frei —el candidato que representaba a la coalición de gobierno— era precisamente la necesidad de impulsar o no una reforma sustantiva al sistema político.

De ser electo el senador Eduardo Frei, el 11 de marzo de 2010 se hubiese convocado a una comisión presidencial para establecer las bases de lo que sería una nueva Constitución en Chile. Sin embargo, el electorado eligió finalmente la opción de derecha, que, precisamente, sostenía que no era necesario generar una discusión sobre el tema, por cuanto existían otras prioridades más urgentes para la población.

La convocatoria del senador Frei de establecer una nueva Constitución resultaba sorpresiva. En el año 2005 se había logrado un significativo consenso político entre el gobierno y la oposición, que aparentemente dejaban resueltos los principales enclaves heredados del régimen autoritario y que aún persistían en la Constitución. No obstante, pocos meses después de ocurrido dicho acuerdo, varios actores políticos comenzaron a plantear la necesidad de establecer un nuevo pacto constitucional. Frei fue el primero de los candidatos concertacionistas en apoyar tal iniciativa.

En este capítulo se analizarán los puntos de tensión que existen en parte de la elite política chilena en relación al tema constitucional. Se caracterizarán las

1 El autor agradece el trabajo de asistencia a esta investigación de José Saldaña. Asimismo, agradece los valiosos comentarios de Verónica Undurraga y Paula Ahumada. Este estudio se enmarca en un proyecto patrocinado por la Fundación Boell sobre calidad de la democracia y constitucionalismo. Los dichos del autor no comprometen ni a la institución que representa ni a las personas e instituciones que han apoyado esta investigación.

posturas de los actores principales y se intentará demostrar que, si bien un segmento relevante de la elite política comparte la noción de que le correspondería a la ciudadanía ratificar un nuevo pacto constitucional, no existe consenso respecto de la mejor estrategia para alcanzar dicho objetivo.

El trabajo se divide en cuatro secciones. En la primera se entregará una síntesis de las principales características del modelo constitucional heredado de Pinochet. Luego, se analizará el descontento de las elites en relación a la Constitución de 1980. En la tercera parte se abordarán los principales argumentos que especialistas han dado a favor y en contra de un nuevo pacto constitucional y las estrategias que diversos actores han dado a conocer para abordar el tema constitucional en Chile. Finalmente, en la cuarta parte se contrastará el debate de las elites con un estudio sobre percepciones de opinión en el tema constitucional realizado por ICSO durante el año 2009.

## **I. La Constitución de Pinochet**

La Constitución de 1980 se diseñó en torno a dos períodos. Entre 1974 y 1980 actuó una Comisión Constitucional que incorporó a diversos actores cercanos al régimen militar. Sus propuestas fueron sometidas a la Junta Militar de Gobierno para su final ratificación en un plebiscito que no cumplió con mínimos estándares de debido proceso, dado que fue controlado por el régimen. Una vez aprobada la Constitución y definido el itinerario de la salida del régimen militar luego de la derrota de Pinochet en 1988, se aprobaron normas de carácter constitucional (denominadas leyes orgánicas constitucionales) y una reforma a la Constitución que fue negociada con la oposición y que fue refrendada en un plebiscito efectuado en julio de 1989.

Tal como Robert Barros (2002) y Heiss & Navia (2007) lo sostienen, los actores que concibieron la Constitución de 1980 lo hicieron pensando en cómo resolver los problemas del pasado inmediato. Pero aquella mirada al pasado ciertamente se proyectaba hacia adelante: se trataba de evitar los problemas percibidos del pasado para definir un futuro institucional. Las motivaciones del diseñador se orientaban a cumplir tres objetivos: “presidencialismo fiscalizado”, “des-partidización” e “inmovilismo” institucional.

### ***Presidencialismo fiscalizado: control sobre el Ejecutivo***

Como se dijo, la Constitución de 1980 estableció una combinación de alto presidencialismo –reduciendo con ello el poder relativo del Congreso– con un complejo sistema de control y chequeo de poderes sobre el Ejecutivo por parte de una serie de instituciones a las cuales se les daba poderes y relativa autono-

mía para actuar en este nuevo marco normativo (Godoy, 2003). En términos de una de las integrantes de la Comisión que estudió la nueva Constitución, Luz Bulnes, se trataba de un “régimen presidencial vigorizado o fortalecido”, dado que se le otorgaron mayores atribuciones que respecto de la anterior Constitución (AOCC: 3214).

### Poderes del Ejecutivo. Constituciones 1925 y 1980

	Constitución 1925	Constitución 1980
Período	6 años sin reelección	8 años sin reelección
Disolución del Congreso	No	1 vez en el período
<b>Nombramientos</b>		
Embajadores	Sí, con acuerdo del Senado	Sí
Contralor general	Sí	Sí, con acuerdo del Senado
Corte Suprema (CS)	Sí	Sí, con terna propuesta por CS
Ascenso oficiales de las FFAA.	Sí, con acuerdo del Senado	Sí, a propuesta de las FFAA.
Comandantes en jefe de las FFAA.	Sí, sin limitación	Sí, entre 5 antigüedades
Tribunal Constitucional	(Creado en 1970)	Sí
Senadores	No	2 senadores
Intendentes	Sí	Sí
Gobernadores	Sí	Sí
Consejo Regional	Sí, electo por municipios	Sí, designado (con participación de las FFAA.)
Alcaldes	Sí	Sí, con restricciones
Consejo Comunal	Sí, electo por votación directa	Sí, designado

Fuente: Elaboración del autor a partir de textos constitucionales.

Entre los poderes otorgados al Presidente se destaca en forma especial: 1) un período de gobierno de ocho años, 2) poder de convocatoria a plebiscito, 3) facultad de disolver ambas cámaras al menos una vez durante su período presidencial, salvo en el último año de ejercicio del mando, 4) nombramiento de ministros, intendentes, gobernadores, embajadores y alcaldes, 5) definición de urgencias en materia legislativa, y 6) iniciativa exclusiva de ley en una serie de temas que involucran presupuesto, procedimientos de negociación colectiva, normas de seguridad social y creación de nuevos servicios públicos.

Se eliminó la capacidad de incidencia del Senado en el nombramiento de embajadores y ascenso de oficiales y se aumentó la capacidad de incidencia del Presidente de la República al permitirle nombrar senadores, consejeros regio-

nales y alcaldes. Sin embargo, también en esta Constitución la Corte Suprema y las fuerzas armadas adquirieron un rol mayor al ser ellos los que proponen ternas para nombramientos por parte del Ejecutivo.

Pero, al mismo tiempo, la Constitución estableció mecanismos para controlar al Ejecutivo, otorgándole una autonomía relativa y cierto poder de veto a cuatro instancias: la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, el Consejo de Seguridad Nacional y a las propias fuerzas armadas (Fuentes, 2009).

La compleja red de balances y contrabalances sobre el Presidente tenía por objetivo establecer controles supuestamente “a-políticos” del sistema y prevenir que la autoridad del Presidente se “desbordara”. Se podría ilustrar el tema en relación al debate sobre la composición del Tribunal Constitucional. Para Gustavo Lorca, integrante de la Comisión, dado que tal organismo velaría por la constitucionalidad de las normas, debía estar compuesto en representación de tercios de los tres poderes del Estado. En cambio, la visión que predominó fue la de Jaime Guzmán, quien justificaba que la composición debía ser exclusivamente de jueces y, de no aceptarse tal propuesta, de una mayoría de jueces (AOCC: 2338). La preocupación central de Guzmán era que si la composición final del Tribunal Constitucional recayera en abogados nombrados por el Presidente en acuerdo con el Senado, dicha nominación terminaría en representantes afines a partidos políticos (AOCC: 2339), agregando que “el tribunal debe estar conformado por personas acostumbradas a fallar como jueces, con criterio jurídico para enfocar los problemas y no político” (AOCC: 2340).

Asimismo, para evitar la injerencia de visiones extremistas en la sociedad chilena, una de las funciones del Tribunal Constitucional era la de ser árbitro respecto de la inconstitucionalidad de ciertos partidos o movimientos políticos. La justificación de aquello era que tal instancia daba “suficiente garantía de hacerlo con criterio imparcial e independiente” (AOCC: 2354).

### ***“Des-partidización”: resguardos institucionales frente a los partidos***

En relación al rol que cumplirían los partidos, varios antecedentes son relevantes. La comisión que estudiaba la nueva Constitución debatió intensamente sobre los mecanismos de elecciones. De los debates se desprende una fuerte preocupación sobre la aceptación de fuerzas que propugnarán visiones radicales y antisistema, la preocupación porque se dieran gobiernos de minoría, la preocupación que el sistema político fuese monopolizado por los partidos políticos no permitiendo la expresión de corrientes independientes, y lo referido a la atomización del sistema político que fue característico en el período anterior.

El propio general Pinochet expresó su preocupación sobre el tema cuando envió una comunicación a la Comisión el 10 de noviembre de 1978 indicando que sería recomendable “el establecimiento de sistemas electorales que impidan que los partidos políticos se conviertan en conductos monopólicos de la participación ciudadana, y en gigantescas maquinarias de poder que subordinen a los legisladores a órdenes de partido, impartidas por pequeñas oligarquías que dirigen los partidos sin título ni responsabilidad real alguna” (AOCC: 2370).

La motivación detrás del debate sobre el sistema de elecciones se orientaba entonces a evitar los “vicios” de la experiencia pasada de “politización”, la búsqueda de mecanismos para garantizar gobiernos de mayoría, y el fortalecimiento de las minorías en un sistema de balances y contrabalances, como se ha venido discutiendo en este trabajo. Tres temas eran particularmente relevantes: elección de autoridades a nivel subnacional, sistema binominal, y senadores vitalicios y designados.

*Elección de autoridades a nivel subnacional.* En la Constitución de 1980 se mantuvo la tradición centralista que el Presidente de la República designe a personas de su confianza en los cargos de intendentes a nivel de regiones, gobernadores a nivel provincial y de alcaldes a nivel comunal.<sup>2</sup> La principal diferencia con el modelo anterior radicaba en los denominados Consejos Regionales de Desarrollo y Consejos Comunales. En la Constitución de 1925 existían las Asambleas Provinciales, donde participaban representantes electos de las comunas (regidores) por voto acumulativo. Tenía un rol asesor del intendente y sus resoluciones podían ser revisadas por la autoridad máxima. La normativa específica para la creación de estas asambleas provinciales nunca se hizo efectiva, por lo que no funcionaron (SUBDERE: 15).

En la Constitución de 1980 se establecieron Consejos Regionales de Desarrollo, presididos por los intendentes y donde participaban los gobernadores de la región respectiva, un representante de las fuerzas armadas y de Carabineros, y un número por definir de representantes de organismos públicos y privados de la región. Se estableció que siempre la representación del sector privado debía ser mayoritaria en dichos Consejos. Se concibieron como unas entidades corporativas, incluyendo incluso a las fuerzas armadas dentro de ellos.

A nivel comunal, la Constitución de 1980 estableció un Consejo de Desarrollo Comunal presidido por el alcalde y con la participación de representantes corporativos de organizaciones de la comuna. Este Consejo tenía

2 En la Constitución de 1925 la división territorial era de provincias (con intendentes como la autoridad máxima, departamentos con gobernadores y comunas con alcaldes). En la Constitución de 1980 tal división se modificó a regiones, provincias y comunas.

por función asesorar al alcalde. Materias vinculadas a presupuestos y planes comunales de desarrollo debían consultadas a dicho Consejo.

De acuerdo a la Constitución, el alcalde era designado por el Consejo Regional de Desarrollo respectivo a propuesta en una terna del Consejo Comunal. Adicionalmente, el Presidente tendría la atribución de designar algunos alcaldes en 16 comunas claves (generalmente las alcaldías más relevantes en términos demográficos en cada región). Bajo esta fórmula, se le otorgaba un peso importante a las “corporaciones” o asociaciones regionales y locales, intentando des-partidizar la designación de los mismos.

*Sistema electoral binominal.*<sup>3</sup> Aunque la norma que formalmente consagró el sistema binominal es posterior a la derrota del general Pinochet en el plebiscito de 1988, el origen del sistema binominal es anterior a aquella coyuntura (Pastor, 2004; Cabezas y Navia, 2005). Los objetivos declarados por las autoridades del régimen militar y que se expresan en los fundamentos del proyecto de ley destacaban la necesidad de reducir el número de partidos evitando el multipartidismo, buscando la moderación de las corrientes de opinión e ideologismos. Asimismo, se pretendía impedir la experiencia de los tres tercios, por lo que se pensó en una fórmula que obligara a las corrientes de opinión a establecer dos bloques en competencia y evitando que un partidario mayoritario lograra el control absoluto de los escaños (Cabezas y Navia, 2005).

La Comisión para la nueva Constitución no logró un acuerdo sobre la materia y propuso una vaga solución sin proponer concretamente un sistema electoral. El Consejo de Estado revisó tal propuesta y propuso modificaciones a la Junta de Gobierno, aumentando el número de senadores en las regiones con mayor población y proponiendo un sistema de elección uninominal con segunda vuelta para la Cámara (Pastor, 2004). La Junta de Gobierno encontró esta propuesta demasiado liberal. Respecto de los senadores, estableció un sistema con 26 electos (2 por cada una de las 13 regiones del país) y 9 designados. En el caso de la Cámara estableció un número de 120 sin definir el sistema que regularía su elección.

3 Se trata de un sistema de representación proporcional con lista abierta donde tanto en las circunscripciones senatoriales como en los distritos de diputados se eligen sólo dos representantes. El primer escaño se asigna a la candidatura más votada de la lista más votada. El segundo escaño se asigna según las siguientes condiciones: a) si las dos candidaturas de la misma lista obtienen más del doble de lo que pudiese alcanzar las otras listas en competencia, entonces los dos escaños son asignados a esa lista; b) si no se da el primer caso, se asignará el escaño al candidato que obtuviere más votos de la segunda lista más votada.

Entre 1983 y 1985 se estableció una subcomisión dentro del gobierno militar para estudiar el nuevo sistema electoral<sup>4</sup> Rápidamente, los miembros de la comisión descartaron el sistema proporcional por los problemas que a su juicio se generaron antes de 1973, y Arturo Marín propuso un sistema binominal. Adicionalmente, descartó la posibilidad de un sistema mayoritario por cuanto, además de generar un monopolio de un solo partido, a su juicio el primer gobierno democrático luego del régimen militar favorecería en ese marco a la oposición. Desde el punto de vista estratégico, para Marín resultaba un sistema conveniente, pues dividiría el electorado en dos grandes alianzas y, en el contexto democrático, era esperable que la entonces oposición obtuviera mayores preferencias. El sistema binominal garantizaría al menos la obtención de asientos para la derecha y evitaría la fragmentación política de un sistema proporcional (Pastor, 2004: 51). La propuesta definitiva fue entregada al general Pinochet en 1985 incluyendo una propuesta de delimitación de los distritos.

De este modo, los argumentos centrales para defender la propuesta se referían a una supuesta creación de una fuerza centrípeta al forzar a los partidos a establecer alianzas, lo que se vería reforzado porque las coaliciones buscarían presentar candidatos moderados para atraer al mayor número de electores posible. Adicionalmente se buscaría la integración de los partidos (o al menos el establecimiento de acuerdos). De acuerdo a su visión, existía la posibilidad que la izquierda y el centro buscasen una alianza estratégica en contra del régimen militar en una primera elección, pero que tal alianza podría romperse en la medida en que los partidos de centro buscasen distinguirse de las fuerzas más extremistas de izquierda (Marín, 1986; Von Baer, 2009).

Cuando se aproximaba el plebiscito, el entonces ministro Sergio Fernández retomó la propuesta de creación de un sistema binominal en el marco de la formulación de una ley orgánica constitucional sobre votaciones y escrutinios populares (ley 18.700) promulgada por la Junta de Gobierno en mayo de 1988. Allí se adoptó tal fórmula específicamente para el Senado. Posteriormente, la ley 18.799, promulgada el 26 de mayo de 1989, consagró tal sistema también para la Cámara de Diputados (Navia, 2005; Cabezas y Navia, 2005).

Si bien antes del plebiscito de 1988, donde el régimen militar consultó a la población sobre la continuación del general Pinochet por otros 8 años en el poder, ya existía relativo consenso en el sistema binominal, el principal efecto

4 La comisión la integraron los representantes del Consejo de Estado Francisco Bulnes, Julio Chaná, Pedro Ibáñez, Juan Antonio Coloma, además de los siguientes representantes la Comisión de Estudios de Leyes Orgánicas Constitucionales: Hermógenes Pérez de Arce, Jaime Guzmán, Gustavo Cuevas, Luz Bulnes y Arturo Marín.

que tuvo la derrota por parte de Pinochet en dicho plebiscito fue una discusión interna sobre qué mecanismos de distritaje favorecería más a los partidarios del régimen. Antes del plebiscito se había pensado en una fórmula de subdivisión en 4 grandes macrozonas con el objetivo de darles mayor relevancia a las zonas geográficas rurales, que eran favorables a la derecha. Después de la derrota del plebiscito, el equipo de técnicos propuso establecer 60 distritos binominales y el régimen militar aceptó dicha fórmula. La definición de los distritos consideraba los resultados del plebiscito de 1988, por lo que ciertamente que en dicha decisión primó el cálculo estratégico electoral (Pastor, 2004: 54).

*Senadores vitalicios y designados.* Otro de los aspectos impuestos por la Constitución de 1980 fue la noción de senadores vitalicios y designados. Los primeros correspondían a ex Presidentes que hubiesen estado en el cargo por más de seis años, con lo que se garantizaba la designación del general Pinochet como miembro del Senado luego de dejar la comandancia en jefe del Ejército en 1998, ocho años después de la transición democrática.

Los senadores institucionales o designados, en cambio, correspondían a 4 ex comandantes en jefe de las fuerzas armadas y de Carabineros designados por el Consejo de Seguridad Nacional, 3 representantes nombrados por la Corte Suprema (2 ex ministros y 1 ex contralor), y 2 representantes nombrados por el Presidente de la República (1 ex rector y 1 ex ministro).

La Comisión para la Nueva Constitución sugirió a la Junta de Gobierno la inclusión de tales senadores. La inclusión de senadores vitalicios y designados tenía por motivación evitar que existieran mayorías en contra del sector minoritario representado por la derecha y hacer que las fuerzas armadas y de orden tuviesen una incidencia directa en la vida política al designar 4 senadores que representarían aproximadamente el 8,5% de dicha corporación. De nuevo, bajo este esquema, las fuerzas armadas y la Corte Suprema tenían por objetivo balancear la influencia del Ejecutivo. Entre los objetivos ya reiterados aquí, se buscaba moderar la posibilidad de que una mayoría pudiese controlar los destinos políticos del país, evitando el multipartidismo excesivo, fomentando la gobernabilidad y la eficiencia del Poder Legislativo (argumentos en Navia, 2005).

### ***“Inmovilismo” institucional: leyes orgánicas constitucionales***

Un tercer objetivo de la Constitución de 1980 era establecer un marco rígido de reformas a la misma, de modo de inhibir cualquier cambio en su estructura. Además del diseño institucional y de la expectativa de reducir el rol de los partidos en el sistema político, el régimen militar también buscó dificultar la posibilidad de establecer reformas a la Constitución y lo hizo

especialmente con la creación de las denominadas leyes orgánicas constitucionales, que requerirían de una supermayoría para ser aprobadas (Atria, 2008; Couso y Coddou, 2009).

El espíritu original de los creadores de la Constitución de 1980 fue establecer un estatus intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias. Se requería que ciertas áreas críticas, como el sistema económico, los medios de comunicación, la formación de ley y la aprobación de tratados, estuvieran bajo un estatus especial. A juicio de Díez, “el constituyente de 1925 no consideró las posibles irregularidades que el presidente de la república podría cometer en el uso de tal facultad” (AOCC: sesión 9, 23 de octubre de 1973). En el espíritu original de la Comisión Ortúzar, se propuso una graduación de las leyes desde mayorías simples de los presentes en sala para normas comunes hasta 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio para reformas al texto constitucional. Una versión menos restrictiva se aprobó en el texto original de 1980, equiparando las leyes orgánicas constitucionales, aunque aun con un alto quórum (3/5). La reforma de 1989 permitió una reforma menor, al establecer un quórum de 4/7 en ambas cámaras para las reformas de las leyes orgánicas. Por lo tanto, no sólo se trataba sólo de un diseño de instituciones, sino que dificultar a través de los procesos la posibilidad de reformar lo existente.

### Quórum de aprobación de leyes

	Comisión Ortúzar 18/04/1978	Constitución 1980 (original)	Constitución 1980 (texto 1989)	Constitución 1980 (texto 2005)
Ley común	Mayoría de presentes (1/3 al menos)	Mayoría simple	Mayoría simple	Mayoría simple
Ley quórum calificado	50+1 en ejercicio	50+1 en ejercicio	50+1 en ejercicio	50+1 en ejercicio
Leyes orgánicas	3/5 en ejercicio	3/5 en ejercicio	4/7 en ejercicio	4/7 en ejercicio
Reforma constitu- cional	2/3 en ejercicio	3/5 en ejercicio	3/5 en ejercicio 2/3 en algunos capítulos	3/5 en ejercicio 2/3 en algunos capítulos <sup>5</sup>

Fuente: Textos constitucionales y Comisión Ortúzar.

18 áreas temáticas fueron incorporadas como leyes orgánicas. El siguiente cuadro explica los ámbitos considerados relevantes desde la perspectiva económica y que incluye las concesiones mineras, los consejos regionales de desarrollo,

5 Requieren 2/3 partes de ambas cámaras en ejercicio los capítulos I, III VIII, IX, XII y XV.

y el Banco Central. Adicionalmente, se incorporaban una serie de aspectos institucionales como el tribunal calificador de elecciones, servicio electoral, registro electoral, partidos políticos, municipios, Congreso Nacional, gobiernos y administración regional y administración del Estado. Se incorporó la Ley de enseñanza como un tema de tipo social clave para las autoridades militares y finalmente, asuntos de seguridad asociados a la estructura de las fuerzas armadas y las policías civil y uniformada, y los estados de excepción. Resulta interesante observar que seis de estas iniciativas fueron aprobadas por la Junta de Gobierno después que Pinochet perdió el plebiscito en octubre de 1988. Algunas de ellas fueron aprobadas durante las dos últimas semanas antes de dejar el mando de la nación.

### Leyes orgánicas aprobadas en dictadura

Norma/tema	Ley	Fecha promulgación
Investigaciones de Chile (policía civil)	DL 2.460	09.01.1979
Tribunal Constitucional	17.997	12.05.1981
Concesiones mineras	18.097	07.01.1982
Tribunal Calificador de Elecciones	18.460	04.11.1985
Registro y Servicio Electoral	18.556	11.09.1986
Planta Servicio Electoral	18.583	04.12.1986
Administración del Estado	18.575	05.12.1986
Partidos políticos	18.603	11.03.1987
Consejos Regionales Desarrollo	18.605	26.03.1987
Gobierno y administración regional	19.175	06.04.1987
Municipalidades	18.695	31.03.1988
Votaciones y escrutinios populares	18.700	19.04.1988
Banco Central	18.840	04.10.1989
Carabineros de Chile	18.961	27.02.1990
Congreso Nacional	18.918	26.01.1990
Ley orgánica de enseñanza	18.962	10.03.1990
Estados de excepción	18.415	24.01.1990 (reforma)
Fuerzas armadas	18.948	22.02.1990

De esta forma, el nuevo marco institucional no sólo generaba un sistema presidencial fuerte con “controles externos” al sistema político provenientes de las fuerzas armadas y de órganos designados, sino que también establecía mecanismos que inhibían opciones de una eventual reforma.

## II. El descontento de las elites

Algunos sectores de la elite política, académica y social están descontentos con el actual arreglo constitucional. Dicha incomodidad motivó ya dos

procesos de reforma constitucional (1989 y 2005) y un no menor número de reformas parciales a la Constitución entre 1990 y 2009. Naturalmente, el descontento tiende a ser mayor o menor de acuerdo a la afinidad ideológica de las elites en el eje izquierda-derecha. Sin embargo, el hecho de que se hayan manifestado cambios indica que ellos se han hecho con el acuerdo de al menos algunos sectores de la oposición. A continuación revisaremos sucintamente el carácter y motivaciones de las principales reformas llevadas a cabo hasta 2005.

### ***a) Las reformas de la transición***

Una vez que el general Pinochet perdió en el plebiscito de octubre de 1988, se negoció una serie de reformas constitucionales. La oposición articulada en torno a la Concertación de Partidos por la Democracia, que reunía a la mayoría de los partidos de oposición al régimen, y el partido de derecha Renovación Nacional establecieron una comisión que propuso al régimen cambios a la Constitución, varios de los cuales fueron aceptados. Tales acuerdos se basaron, en parte, en lo que se denominaba el Acuerdo Nacional, que estableció proposiciones para una reforma mínima de la Constitución de fecha 16 de abril de 1986 y en la que también participaron algunos partidos de derecha moderada. Renovación Nacional jugó un papel crucial, ya que, pese a apoyar al régimen militar, se mostró partidario de realizar cambios. Algunos de sus integrantes incluso habían participado de la Comisión de asuntos constitucionales antes descrita, como Francisco Bulnes y Miguel Luis Amunátegui.

La Concertación, bajo el auspicio de la Asociación Chilena de Ciencia Política, encabezada en ese entonces por el profesor Gustavo Lagos, estableció una comisión de reformas constitucionales en la que participaron 9 abogados y se propuso estudiar los siguientes 6 puntos: mecanismo de reforma a la Constitución, composición y generación de la Cámara de Diputados y del Senado, artículo 8º referido a la proscripción de partidos políticos, composición y estructura del Consejo de Seguridad Nacional, inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas y Carabineros, e incompatibilidad de la calidad de dirigente gremial y de militante de un partido político (Andrade, 1991). En este sentido, para la Concertación la preocupación clave era cómo generar condiciones de reforma, más que proponer una posición maximalista de cambios constitucionales. El desentramamiento de la posibilidad de reformar la Constitución aparecía como un elemento importante de colocar en la agenda.

En diciembre de 1988 la Concertación y Renovación Nacional crearon una Comisión mixta a fin de proponer cambios a la Constitución y en la que

incluyeron académicos y constitucionalistas.<sup>6</sup> En el mes de marzo de 1989 se propiciaron reuniones entre la Comisión y el régimen militar canalizadas a través del Ministerio del Interior. Luego de escuchar las opiniones de la oposición, el gobierno militar llamó a un plebiscito para sancionar 56 reformas a la Constitución el 30 de julio de 1989, algunas de las cuales incorporaron las preocupaciones de la Concertación.

Los cambios se referían principalmente a derechos políticos, eliminando la cláusula que proscribía “doctrinas totalitarias” y el exilio; reformas en los quórum para permitir reformas de carácter constitucional; restricción del Ejecutivo en su capacidad de disolver el Congreso; aumento del número de senadores, lo que le permitió incrementar la posibilidad de alcanzar una mayoría; balance de poder del Ejecutivo en relación a las fuerzas armadas en lo referido a la composición del Senado. A continuación destacaremos los principales aspectos reformados y que son de interés para este trabajo.

#### Síntesis de los aspectos relevantes de la reforma constitucional de 1989

	Constitución 1980	Reforma 1989
Reforma constitucional	Dos legislaturas para reformas constitucionales	Derogado
Reforma constitucional quórum leyes	2/3 para reformar ciertas atribuciones del Presidente 3/5 para ley orgánica const. Mayoría absoluta para leyes quórum calificado	3/5 para Constitución 4/7 para ley orgánica Mayoría absoluta para leyes quórum calificado
Atribuciones Ejecutivo	Poder disolución Cámara	Derogado
Período presidencial	8 años de duración	Permite gobierno transitorio de 4 años con reelección
Balance de poder Tribunal Constitucional	TC declara inconstitucionalidad de organizaciones por art 8º	Declara inconst. a organizaciones. Si es el Pte., requiere acuerdo Senado
Balance de Poder Consejo de Seguridad Nacional	7 miembros: 4 FF.AA. y orden y 3 civiles	8 miembros: 4 FF.AA. y orden y 4 civiles
Balance de poder FF.AA.	Eran normas regulares	Establece carrera, planta previsión y presupuesto como leyes orgánicas
Partidos políticos	Proscribe partidos con doctrinas totalitarias	Derogado
Composición Senado	26 senadores electos	38 senadores electos
Elección subnacional	Alcaldes designados	Alcaldes elegidos indirectamente

Fuente: Elaboración del autor a base de documentos oficiales.

<sup>6</sup> Los integrantes de Renovación Nacional fueron Carlos Raymond, Ricardo Rivadeneira, Óscar Godoy, José Luis Cea y Enrique Barros. Los integrantes de la Concertación fueron Francisco Cumplido, Carlos Andrade, Adolfo Veloso, Juan Enrique Prieto y José Antonio Viera-Gallo.

La oposición de entonces percibió que sus principales esfuerzos debían orientarse a destrabar la posibilidad de reformar la Constitución. En este sentido, el cálculo estratégico de los negociadores fue no buscar una reforma de todos los aspectos críticos que contenía la Constitución de 1980, sino que simplemente buscar reducir los umbrales para una futura reforma. Aquello se hizo mediante dos mecanismos: reducir los quórum necesarios para introducir reformas y ampliar el número de senadores para reducir el peso relativo de los senadores no electos (Andrade, 1991; Heiss y Navia, 2007).

El régimen militar no aceptó todos los planteamientos de la oposición. Francisco Cumplido, coordinador de la comisión técnica de la Concertación, sostuvo que el proyecto final del régimen militar dado a conocer en abril de 1989

contiene reformas a sólo algunos de los temas que fueron considerados por la comisión técnica [...]. Omite un tema fundamental: reformas a las disposiciones sobre organización y elección de la Cámara de Diputados y del Senado. En efecto, leemos en la exposición, de aprobarse el proyecto del Presidente Pinochet, la Cámara continuaría constituida por 120 miembros elegidos dos por cada distrito mediante el sistema electoral arbitrario llamado binominal. El Senado continuaría integrado por 26 senadores elegidos por el mismo sistema electoral arbitrario y por 9 senadores designados más el ex presidente de la república (Andrade, 1991: 120).

A juicio de Cumplido, la composición de la Cámara y del Senado influía “decisivamente en las futuras reformas constitucionales y en la modificación de las leyes constitucionales, permitiendo que una minoría pueda imponer su voluntad a una mayoría consensual alta” (Andrade, 1991: 120). Otra de sus preocupaciones era que si bien la propuesta del general Pinochet disminuía el quórum para modificar los capítulos relacionados con las bases de la institucionalidad, fuerzas armadas, Consejo de Seguridad Nacional y Tribunal Constitucional de 2/3 a 3/5 de diputados y senadores en ejercicio, mantenía la exigencia de doble aprobación por dos Congresos sucesivos, extendiendo su rigidez a dos nuevos capítulos de la Constitución: el de derechos y deberes constitucionales y el de los propios procedimientos de reforma constitucional.

De parte del régimen militar, su cálculo estratégico giró en torno a preservar, e incluso aumentar, la autonomía militar en el contexto de derrota del general Pinochet. Una de las principales preocupaciones del régimen fue mantener los privilegios de las fuerzas armadas y de orden en temas de incidencia en política (a través de la designación de senadores designados), y su autonomía (a través

de la inmovilidad de los comandantes en jefe y darle rango de carácter orgánico a las normas internas de las fuerzas armadas) (Heiss y Navia, 2007).

### *Mecanismos de reforma de la Constitución*

La preocupación central de la oposición al régimen de Pinochet se refería al mecanismo de reforma constitucional. Tal como fue establecida en 1980, la Constitución contaba con tres procedimientos de reformas, siendo la más rígida de las tres últimas Constituciones del país. El primer procedimiento era uno de carácter general que indicaba que un proyecto de reforma necesitaba de 3/5 (60%) partes de ambas cámaras para ser aprobado. Si el Presidente rechazaba este procedimiento, las cámaras podrían insistir con el voto de 3/4 partes (75%). Si el Presidente no deseaba promulgar tal proyecto, podría convocar a un plebiscito. En caso de que el Presidente hiciera observaciones parciales, ellas podrían ser aprobadas por la mayoría absoluta.

Un segundo procedimiento disponía que las reformas constitucionales sobre plebiscito, reducción de facultades del Presidente y aumento de atribuciones del Congreso requerirían el apoyo de 2/3 partes de ambas cámaras (66,6%), sin proceder a su respecto un plebiscito.

El tercer procedimiento aludía a que los proyectos referidos a las bases de la institucionalidad, fuerzas armadas y de orden y Consejo de Seguridad Nacional requerían también de las 2/3 partes de ambas cámaras, pero que se necesitaba la aprobación de dos legislaturas sucesivas con el mismo quórum para ser aprobados.

En las negociaciones, el régimen militar en abril de 1989 propuso una reforma aun más exigente, dado que a todo lo referido con bases de la institucionalidad, facultades del Presidente y atribuciones del Congreso se le agregó el capítulo de derechos y deberes constitucionales y el de reforma constitucional, indicándose que se requeriría la ratificación de 3/5 partes de ambas cámaras en una segunda legislatura y con la posibilidad de que el Presidente pudiese consultar a la ciudadanía si no estuviese de acuerdo.

El acuerdo final redujo los umbrales, quedando establecidos dos mecanismos: un proyecto de reforma requeriría de las 3/5 partes (60%) de los integrantes en ejercicio del Congreso. En los casos vinculados a los capítulos sobre bases de la institucionalidad, deberes y derechos constitucionales, Tribunal Constitucional, Consejo de Seguridad Nacional y reforma a la Constitución se requeriría la aprobación de 2/3 partes (66,6%) de diputados y senadores en ejercicio. En caso de rechazo de un proyecto por parte del Presidente, el Congreso podría insistir con las 2/3 partes de sus miembros, caso en el cual el

Presidente debía promulgar el proyecto, salvo que consultase a la ciudadanía mediante plebiscito.

### *Control sobre el Ejecutivo*

En este ámbito las reformas de 1989 fueron moderadas, ya que sólo se cambió la composición del Consejo de Seguridad Nacional. Para la oposición e incluso para Renovación Nacional, resultaba contradictorio para un sistema presidencial que en el nombramiento de los representantes con derecho a voto de ese Consejo las fuerzas armadas tuviesen un voto de mayoría y que la convocatoria se hiciese a solicitud de dos representantes que podrían no ser el Presidente. La reforma incorporó a un nuevo miembro, el contralor general de la República, con lo que la representación quedó establecida de la siguiente manera: 4 representantes de las fuerzas armadas y orden, 2 representantes del poder político (el Presidente y el presidente del Senado) y 2 representantes del poder jurídico (el presidente de la Corte Suprema y el contralor general). Adicionalmente, se reformó de las funciones del Consejo la expresión “representar a cualquier autoridad establecida en la Constitución” por “hacer presente al Presidente de la República, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional” su opinión frente a un hecho que atente gravemente en contra de la institucionalidad o la seguridad nacional.

Lo anterior era relevante por cuanto la “representación” de una preocupación ante cualquier autoridad resultaba ambigua y “hacer presente” tenía una connotación que demandaba un menor grado de obligatoriedad. Adicionalmente, se especificó que el Consejo de Seguridad Nacional podía hacer presente su preocupación no a cualquier institución, sino a tres en particular: el propio Presidente, el Tribunal Constitucional y el Congreso. Finalmente, se estableció que los acuerdos debían obtenerse por mayoría absoluta, lo que implicaba que al menos se requería de un representante civil o uno militar para obtener un voto de mayoría.<sup>7</sup>

En cuanto a las fuerzas armadas y de orden, la reforma de 1989 aumentó la autonomía de ellas dado que el régimen militar elevó los temas de carrera militar, previsión y presupuesto a una norma de rango constitucional, incrementando el quórum necesario para modificar dicha norma de mayoría absoluta a 4/7 de los diputados y senadores. El nuevo artículo 94 de la Constitución es-

7 En relación al Tribunal Constitucional, no se abordaron los temas de su integración ni el sistema de elección de sus integrantes. El único cambio tuvo relación con la declaración de inconstitucionalidad de ciertas organizaciones, que ahora se refirió a instancias que atentaran contra los principios democráticos. Se agregó que si la persona fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, se requeriría además el acuerdo del Senado adoptado por mayoría de sus miembros.

tableció que los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales, así como lo referido a carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las fuerzas armadas y Carabineros, se realizaría de acuerdo a la ley orgánica constitucional. Posteriormente, dicha ley orgánica de las fuerzas armadas fue modificada pocos días antes del traspaso de mando, estableciendo que le correspondería al comandante en jefe proponer los ascensos y retiros al Presidente de la República. Asimismo, se estableció un piso mínimo presupuestario para las fuerzas armadas reajutable de acuerdo a la inflación anual, y la llamada ley reservada del cobre, que permitiría el otorgamiento de fondos para las fuerzas armadas de las utilidades de la empresa nacional Codelco, se convirtiese en ley orgánica constitucional.

### *Sistema de elección*

La reforma principal fue el aumento en el número de senadores de 26 a 38, lo que permitió una reducción de la influencia de los senadores designados de 25% a 19,7%. Bajo la configuración de la Constitución de 1980, los senadores designados serían claves en la aprobación de legislación con quórum calificado, tales como reformas constitucionales y leyes orgánicas constitucionales. La otra cesión que hizo el régimen militar en esta materia fue que en caso de vacancia no se permitiría su reemplazo.

En relación al gobierno subnacional, se mantuvo la designación por parte del Presidente de intendentes y gobernadores y no se avanzó en reformas a los Consejos Regionales de Desarrollo. Asimismo, tampoco se debatió la forma de designación de los alcaldes. Mediante ley 18.695 del 31 de marzo de 1988, se estableció que un Concejo Municipal sería elegido por sufragio universal y que éste duraría 4 años con derecho a reelección. La ley específica determinaría el número de concejales por comuna y la forma en que este concejo elegiría al alcalde.

### ***b) Reformas en democracia***

Si el propósito principal de los diseñadores originales de la Constitución fue poner la mayor cantidad de cortapisas para viabilizar una reforma a la Constitución, la negociación de 1989 implicó un cambio relevante, ya que al ampliar el número de senadores de 26 a 38 y reducir los umbrales para aprobar reformas a la Constitución se abrió la posibilidad de introducir reformas significativas al sistema político. Incluso en 1989, uno de los intereses de la Junta Militar fue mantener tales umbrales altos en asuntos que para ellos eran cruciales: bases de la institucionalidad, Consejo de Seguridad Nacional y Tribunal Constitucional.

Si la Constitución hubiese mantenido el mismo número de senadores (26 electos y 9 designados), se hubiese hecho prácticamente imposible avanzar en cambios. Bajo la nueva estructura del Congreso (38 electos y 9 designados) se amplió la posibilidad de lograr acuerdos. Al mismo tiempo, al reducir los umbrales y eliminar la disposición que obligaba a revisar la reforma por una segunda legislatura, eventuales reformas se hicieron más probables. Gracias a ello, entre 1990 y 2003 se evidenciaron 14 reformas constitucionales, siendo las más importantes la referida a conductas terroristas, la modificación a gobiernos regionales y municipales, y la reducción del mandato presidencial de 8 a 6 años.

#### Reformas constitucionales (1991-2003)

Año	Ley	Materia	Contenido
1991	Ley N° 19.055, de 1 de abril de 1991	Seguridad	Preceptos relativos a los conductas terroristas.
1991	Ley N° 19.097, de 12 de noviembre de 1991	Gobierno subnacional Elecciones	Gobierno y administración regional, provincial y comunal
1994	Ley N° 19.295, de 4 de marzo de 1994	Ejecutivo Mandato presidencial	Redujo el mandato presidencial original de 8 a 6 años.
1997	Ley N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997	Justicia	Modificaciones relativas a la reforma procesal penal.
1997	Ley N° 19.526, de 17 de noviembre de 1997	Gobierno subnacional	Normas sobre organización y atribuciones de las municipalidades
1997	Ley N° 19.541, de 22 de diciembre de 1997	Balance de Poder Judicial	Cambios en el número y forma de nombramiento de los ministros de la Corte Suprema y otros miembros del Poder Judicial
1999	Ley N° 19.597, de 14 de enero de 1999	Balance de Poder Judicial	Modificación de la ley orgánica constitucional sobre organización y atribuciones de los tribunales, con consulta previa a la Corte Suprema
1999	Ley N° 19.611, de 16 de junio de 1999	Igualdad de género	Sustituir la expresión “los hombres” por “las personas”, con el objetivo de reforzar el principio de igualdad ante la ley de hombres y mujeres
1999	Ley N° 19.634, de 2 de octubre de 1999	Derechos socio-económicos	Obligación del Estado de promover la educación parvularia
1999	Ley N° 19.643, de 5 de noviembre de 1999	Tribunal Calificador de Elecciones	Elección presidencial (segunda vuelta) e integración del Tribunal Calificador de Elecciones
2000	Ley N° 19.671, de 29 de abril de 2000	Reforma const.	Reformó una norma sobre el mecanismo de reforma constitucional
2000	Ley N° 19.672, de 28 de abril de 2000	Derechos políticos	Creó el estatuto de “ex Presidente de la República”
2001	Ley N° 19.742, de 25 de agosto de 2001	Libertad de expresión	Reemplazó el sistema de censura por uno de calificación cinematográfica e incorporó la libertad de crear y difundir las artes en la disposición sobre el derecho de autor
2003	Ley N° 19.876, de 22 de mayo de 2003	Derechos socio-económicos	Estableció la obligatoriedad de la educación media y el deber del Estado de proporcionar un sistema gratuito con tal objeto

Sin embargo, la modificación más significativa se realizó en el año 2005, cuando se alcanzó un consenso significativo a nivel de partidos políticos para realizar una reforma a la Constitución y donde se hicieron relevantes modificaciones, como la supresión de los senadores designados, el cambio en las funciones y composición del Consejo de Seguridad Nacional incorporando al presidente de la Cámara de Diputados, la restitución al Presidente de la República de llamar a retiro a los comandantes en jefe de las fuerzas armadas, y la alteración en la composición del Tribunal Constitucional suprimiendo la disposición que permitía al Consejo de Seguridad Nacional incidir en el nombramiento de miembros de dicho tribunal, entre otros.

Los efectos más relevantes de esta reforma fueron los siguientes:

*Cambio en equilibrios de poder.* Producto de la eliminación de los senadores designados y vitalicios, además de contar con un poder completamente representativo, se alteraría el balance de poder entre las coaliciones en el ejercicio del poder. De hecho, en el año 2006 fue la primera vez que la coalición de gobierno obtuvo mayoría en ambas cámaras, cuestión que duró sólo un año debido a cambios en las correlaciones de poder al interior de dicha coalición.

*Reducción del mandato.* Se redujo el mandato presidencial a cuatro años. Ello tuvo un efecto relevante en acortar los plazos de la agenda gubernamental, generando de paso un estrés político al existir elecciones de alcaldes y concejales a mitad del período. Finalmente, y como tampoco se cuenta con una regulación de primarias, se produce un efecto de “campaña presidencial continua” desde el mismo inicio del mandato presidencial.

*Balances de poder Ejecutivo-Legislativo.* Se alteró dicho balance de poder, incrementando las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados con la capacidad de llamar a declarar a ministros, aunque sólo como un mecanismo político. Se modificó la posibilidad de crear comisiones investigadoras con el voto favorable de 3/5 (60%) de los diputados en ejercicio.

*Reducción del poder de las fuerzas armadas.* En términos de balance de poder, se redujo significativamente la injerencia de las fuerzas armadas y de orden en el sistema político, ya que a partir de esta reforma se permite la remoción de los comandantes en jefe, se suprimió la disposición que las señalaba como “garantes del orden institucional”, se estableció al Consejo de Seguridad Nacional como un organismo sólo consultivo y que únicamente puede ser convocado por el Presidente de la República, se amplió dicho Consejo incorporando al presidente de la Cámara de Diputados dándole mayoría a los civiles, y se eliminó la injerencia de las fuerzas armadas sobre el Tribunal Constitucional y

en la designación de senadores a través del Consejo de Seguridad Nacional al suprimirse estos últimos.

*Ampliación de atribuciones del Tribunal Constitucional.* Se aumentó la integración del Tribunal Constitucional de 7 a 10 miembros, otorgándole al Congreso atribuciones de nombramiento y eliminando la posibilidad de que las fuerzas armadas incidan en nombramientos. Adicionalmente, se le otorgó la facultad de resolver sobre recursos de inaplicabilidad (hasta ahora una facultad de la Corte Suprema). Se aumenta su poder como actor institucional de veto en materias constitucionales.

**Ley 20.050, que establece reformas a la Constitución de 1980.  
Reformas relevantes:**

*Senadores designados.* Se eliminan los senadores designados y vitalicios. A partir del 11 de marzo de 2006 el Senado quedará íntegramente formado por 38 miembros elegidos en forma popular.

*Duración de mandato.* Reducción del período presidencial de seis a cuatro años sin reelección inmediata. Como efecto indirecto, se concentran las elecciones presidencial, parlamentarias y municipales en un mismo día.

*Balance de poder.* Aumentan las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados. Se podrán crear comisiones investigadoras con el voto favorable de 3/5 de los diputados en ejercicio, los informes deberán contener votos de mayoría y minoría (si los hubiere), y se podrá llamar a declarar a ministros de Estado hasta tres veces en un año calendario con el acuerdo de un tercio de los diputados en ejercicio. Los ministros tendrán obligación de acudir a estos llamados.

*Sistema electoral.* La referencia al sistema electoral binominal se retira de la Constitución. Cualquier cambio que se le quiera hacer tendrá que ser a través de una reforma a la ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios.

*Poder Legislativo.* Se eliminan los conceptos de “legislatura ordinaria” y “legislatura extraordinaria” para el Congreso Nacional. Ahora hay una legislatura única que dura todo el año.

*Estados de excepción.* Para declarar el estado de sitio (guerra civil o grave conmoción interna), el Presidente de la República necesitará obligatoriamente el acuerdo del Senado, cuyo plazo de respuesta se reduce de diez a cinco días. Además el plazo de su vigencia se reduce de 90 a 15 días, prorrogables por razones fundadas. El estado de emergencia (grave alteración del orden público) podrá ser decretado por el Presidente de la República por 15 días, y las prórrogas serán con acuerdo de las dos cámaras del Congreso.

*Contraloría.* El contralor general de la República ya no es inamovible y será designado por un período de ocho años.

*Fuerzas armadas.* Se elimina la función de las Fuerzas armadas de ser “garantes de la institucionalidad”, función que se encarga ahora a todos los órganos del Estado. Los comandantes en jefe de las fuerzas armadas y el director general de Carabineros ya no son inamovibles en sus cargos: el Presidente de la República podrá ordenar su retiro. Y ya no necesitará permiso del Consejo de Seguridad Nacional, sino solamente informar al Senado y a la Cámara de Diputados.

*Consejo de Seguridad Nacional.* El Consejo de Seguridad Nacional ya no puede autoconvocarse, sino que deberá llamarlo únicamente el Presidente de la República. Dicho Consejo tiene ahora una función

sólo de asesoría, al eliminarse la facultad de “hacer presente” sus observaciones a órganos públicos. El presidente de la Cámara de Diputados se integra al Consejo de Seguridad Nacional. Además, el Presidente de la República podrá decidir si a una sesión asisten los ministros de Interior, Defensa, Seguridad Pública, Relaciones Exteriores y Economía.<sup>8</sup>

*Tribunal Constitucional.* El Tribunal Constitucional aumentará su integración de siete a diez miembros. Tendrá la siguiente conformación: tres abogados designados por el Presidente de la República, tres abogados designados por la Corte Suprema de entre sus miembros, dos abogados nombrados directamente por el Senado y otros dos nombrados también por esta cámara, pero sobre la base de nombres propuestos por la Cámara de Diputados. Las fuerzas armadas, a través del COSENA, ya no tendrán injerencia en estos nombramientos. El Tribunal Constitucional tendrá la facultad de resolver sobre recursos de inaplicabilidad (hasta ahora facultad sólo de la Corte Suprema) y podrá examinar los autos acordados del máximo tribunal, de la Corte de Apelaciones y del Tribunal Calificador de Elecciones que inciden en materias constitucionales o de leyes orgánicas. Lo que se pretende es que last normas que inciden en las libertades de las personas tengan revisión constitucional.

*División territorial.* Se flexibiliza la cantidad de regiones del país, permitiendo que a través de una ley orgánica constitucional se pueda crear, modificar y suprimir regiones, provincias y comunas. En la actualidad esta facultad esta limitada sólo a las provincias y comunas.

### **c) *El descontento continúa***

El 17 de septiembre de 2005, en un acto realizado en el Palacio de la Moneda, el Presidente Ricardo Lagos promulgó un texto refundido de la Constitución que, a partir de dicha fecha, no llevaría la firma del general Pinochet. Se produjo entonces un debate político y académico sobre si dicho acto y con las reformas antes aludidas se daba término a la Constitución de 2005 o bien se mantenía la Constitución heredada de Pinochet. Lagos destacó que “Chile cuenta desde hoy con una Constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido, desde donde seguir perfeccionando nuestra democracia”, y agregaba que “Chile merecía y merece una Constitución democrática, de acuerdo a los actuales estándares internacionales de la democracia en el mundo, y eso es lo que el Congreso Pleno ha aprobado hace algunos días y que hoy hemos procedido a firmar”.<sup>9</sup>

La mayor parte de los actores políticos con representación parlamentaria aplaudieron este hito. Fueron pocos los que en esa coyuntura mostraron escepticismo y dudas sobre la naturaleza y el fondo de la reforma constitucional, aunque sí se planteó el debate sobre el carácter “nuevo” de la carta magna.<sup>10</sup> El constitucionalista Jorge Mario Quinzio, por ejemplo, sostuvo que a partir de

8 Se estableció un artículo transitorio donde se indica que se establecería un Ministerio de Seguridad Pública. Hasta la fecha no se ha creado dicha figura.

9 Discurso del Presidente de la República, Ricardo Lagos, 17 de septiembre de 2005. En *La Tercera*, “Con discurso político, Lagos firma nueva Constitución”. 18 de septiembre de 2005.

10 Tomás Hirsch y un grupo reducido de sus partidarios protestaron frente a La Moneda el 17 de septiembre, demandando una asamblea constituyente. El presidente del Colegio de Profesores, Jorge Pavez, criticó en esa oportunidad esta “nueva Constitución”.

aquella fecha en Chile regía una nueva Constitución y que ello era avalado por argumentos históricos y constitucionales.<sup>11</sup> En tanto, Francisco Zúñiga postulaba en su momento que lo que hizo la reforma era cerrar la transición, pero que ahora se requería abordar el tema de establecer una nueva Constitución con un origen democrático.<sup>12</sup>

Aunque existió un consenso mayoritario entre la coalición de gobierno y la oposición de derecha sobre este hito, lo que observamos inmediatamente después es un proceso de revisionismo sobre varios temas centrales contenidos en la Constitución por parte de las fuerzas políticas representadas en el Congreso.

El primer hecho fue la declaración de algunos senadores del PDC y del PS, que tres semanas después de esta aprobación plantearon abiertamente la necesidad de introducir nuevos cambios constitucionales. El senador Andrés Zaldívar estimó que se requería una reforma al sistema binominal y al sistema de quórum. En tanto, el senador Carlos Ominami postuló la necesidad de crear una comisión constituyente integrada por personas que no aspiraran a cargos de elección popular, para elaborar los principios de una nueva Constitución que sería sometida a plebiscito de cara al Bicentenario<sup>13</sup>.

A partir de 2006 se observa una explosión de mociones parlamentarias para promover reformas al texto constitucional en ámbitos tan diferentes como derechos económico-sociales, familia y gobierno regional, entre otros. Varios factores pueden explicar este fenómeno. Sin embargo, el hecho cierto es que en Chile un grupo de la elite política manifestaba la necesidad de continuar procesos de perfeccionamiento o reforma constitucional. El texto fundamental de la República continuaba siendo objeto de atención en ámbitos centrales como el tipo y carácter del régimen político y los derechos sociales consagrados en ella. El acuerdo político entre gobierno y oposición que posibilitó la reforma de 2005 no dejó satisfechas a las elites (ver capítulo de José Saldaña en este volumen).

Podríamos buscar hipótesis sobre las causas que motivaron la mayor atención parlamentaria al tema constitucional. Para algunos podría darse por el cambio en la tradición del Ejecutivo, que comenzó a aceptar que la promulgación de normas considerase la firma de los congresistas. Otra hipótesis se refiere a la emergencia de mayores disensos dentro de la coalición de gobierno y que se tradujo en divisiones que llevaron a promover una mayor politización

11 *La Nación*, 29 de septiembre de 2005.

12 *La Nación*, 11 de octubre de 2005.

13 *La Nación*, 15 de octubre de 2005.

de temas anteriormente no abordados en el ámbito político por la lógica de gestión de las coaliciones. En todo caso, lo que sí podemos afirmar es que a partir de 2006 el debate constitucional se convierte en un campo de lucha y debate políticos.

## **II. El temor de las elites: cambiar sin romper la institucionalidad**

El 8 de septiembre de 2008 el senador Eduardo Frei Ruiz-Tagle sorprendió a los actores políticos, al plantear en el lanzamiento de su campaña la necesidad de establecer una nueva Constitución, más libertaria: “Esta Constitución la hemos parchado tanto que ya no da para más. Esta Constitución se diseñó con un criterio autoritario y con miedo a las libertades”.<sup>14</sup> Aunque otros actores lo habían sostenido, la propuesta de Frei resultó de interés por cuanto rompía con una tradición en la que eran los sectores más de izquierda los que planteaban la necesidad de una nueva Constitución. Ahora, un representante del *establishment* concertacionista tomaba el tema y lo convertía en uno de campaña presidencial.

A partir de entonces, una parte importante de la elite política de centro e izquierda se embarcaron en un intenso debate sobre un nuevo pacto constitucional. Examinaremos a continuación las principales propuestas asociadas a éste, excluyendo de este análisis a los partidarios de mantener el statu quo y que al día de hoy se agrupan principalmente en torno a la coalición de derecha.

### ***a) Las propuestas y estrategias***

Es sabido que la propuesta de Eduardo Frei cuenta entre sus propulsores la figura del abogado constitucionalista Pablo Ruiz-Tagle. Observamos una cierta evolución en la propuesta del senador Frei en relación a la de su asesor Ruiz-Tagle, no tanto en su contenido, pero sí respecto de la estrategia para llevarla a cabo. La propuesta de Frei fue presentada ante la comisión especial de régimen político de la Cámara de Diputados el 3 de diciembre de 2008 y, en esa oportunidad, planteó la necesidad de avanzar a partir de reformas en varios ámbitos: reducir el presidencialismo equilibrando el poder del Congreso; promover más transparencia y participación ciudadana (participación ciudadana en proceso legislativo, interpelación programada, primarias obligatorias); reformas al ámbito de gobierno regional; sistema de votaciones; voto de chilenos en el extranjero y nacionalidad; igualdad de independientes; concepción nueva de derechos fundamentales reforzando derechos económico-sociales; reforma al sistema electoral; terminar con leyes orgánicas; y reforma a tema de fuerzas armadas, control y responsabilidad constitucional.

14 *La Nación*, 9 de septiembre de 2008.

Frei explícitamente excluyó la posibilidad de una asamblea constituyente. Sostuvo que “para hacer todos estos cambios no se necesita ni conviene instalar una asamblea constituyente”. En diciembre del 2008, sugería seguir progresando en forma gradual a partir de reformas en el Congreso. No obstante, luego de las propuestas efectuadas por la comisión de Océanos Azules en temas constitucionales, la candidatura de Frei planteó en el año 2009 la idea de establecer una alta comisión presidencial –amplia y pluralista que incluya a representantes de fuerzas políticas y expertos– para el estudio de una nueva Constitución que fuese sometida a la discusión nacional el 18 de septiembre de 2010, día del Bicentenario Nacional.<sup>15</sup>

El candidato presidencial independiente Marco Enríquez-Ominami (ex socialista) planteó durante su campaña de 2009 establecer reformas significativas en el régimen político. Sus propuestas sugerían transformaciones ya no sólo de acentuación del Poder Legislativo, sino de cambio de régimen de uno presidencial a uno semipresidencial, acompañado por mecanismos de democracia directa. Sus propuestas incluyeron: régimen político semipresidencial, referéndum revocatorio, iniciativa popular de ley, gobierno regional (democratización), incremento del poder a regiones, representación indígena en Congreso y reforma sistema binominal.

En relación a la estrategia no fue del todo claro. En junio, Enríquez-Ominami afirmaba: “Yo creo en la asamblea constituyente. Pero, seamos francos, hoy día no existen los mecanismos. [...] Busquemos juntos el mecanismo para avanzar hacia allá. El tema de la asamblea constituyente no es tan sólo cómo se entra en ella; el tema también es cómo se sale de ella. Y lo que yo he pedido a Gustavo (Ruz) y a Roberto (Garretón) es que hagamos el recorrido riguroso de cómo vamos a entrar en una asamblea constituyente y cómo vamos a salir de ella”.<sup>16</sup>

El 25 de junio de 2009 planteó sin embargo explícitamente que no era partidario de una asamblea constituyente, pues “se sabe cómo entra pero no sabemos cómo termina”.<sup>17</sup> El senador Carlos Ominami, muy cercano a la candidatura de su hijo, reconoció que no tenía claridad sobre el mecanismo para avanzar en reformas políticas necesarias para el país, pero que estaba abierto a escuchar (Seminario ICSO, 24 de agosto, 2009).

15 *La Nación*, 5 de octubre de 2009.

16 Marco Enríquez-Ominami en reunión de adherentes. 18 de junio de 2009. Citado en [www.chilenosconstituyente.globspot.com](http://www.chilenosconstituyente.globspot.com)

17 Presentación en la Universidad Diego Portales. 25 de junio, 2009. Seminario con candidatos organizado por el Centro de Estudiantes de ciencia política de la UDP.

Sin embargo, hacia octubre de 2009, la prensa indicaba que Enríquez-Ominami era partidario de “trabajar por una asamblea constituyente”.<sup>18</sup> En el foro de ARCHI realizado el 9 de octubre, sostenía que “avanzaré en una dimensión dual para explorar mecanismos hacia una asamblea constituyente, junto con la cual mejorar los partidos políticos y disminuir el presidencialismo con un primer ministro”.<sup>19</sup>

En el foro presidencial convocado por ANATEL, el 6 de noviembre, Enríquez-Ominami planteaba su acuerdo en establecer una nueva Constitución, aunque no identificó el mecanismo para llegar a tal resultado.<sup>20</sup> Más tarde, el representante de su candidatura en temas constitucionales, Ciro Colombara, explicaba que cualquier proceso de debate constitucional debería considerar el establecimiento de una asamblea constituyente y la posterior ratificación por parte de la ciudadanía en un plebiscito.<sup>21</sup>

Jorge Arrate, candidato presidencial de la izquierda extraparlamentaria, fue quien más directamente planteó establecer una nueva Constitución mediante la convocatoria a una asamblea constituyente. Entre los temas que abordó en su programa se consideraba democratizar el poder, terminar con la discriminación, redefinir el derecho de propiedad acercándolo a lo que ordenaba la Constitución de 1925, que establecía la función social de la propiedad. Se incluía además el cambio al sistema electoral proporcional, representación de los pueblos indígenas, paridad de género, sufragio de chilenos en el exterior, derecho de dirigentes sindicales a ser candidatos al Parlamento, elección de intendentes y consejeros regionales.<sup>22</sup>

Así, la elite concertacionista y extraparlamentaria se mostraba dividida frente a la posibilidad de promover una nueva Constitución. Gran parte de los actores concuerda en la necesidad de establecer cambios en el régimen político (desconcentración de poder desde el Ejecutivo al Congreso), mecanismos asociados a la inclusión de sectores históricamente postergados y/o discriminados (mujeres e indígenas), democratización y descentralización hacia el ámbito regional, y mecanismos de participación ciudadana.

18 *La Nación*, 5 de octubre de 2009.

19 [www.cooperativa.cl](http://www.cooperativa.cl), 9 de octubre de 2009.

20 *El Mercurio*, 7 de noviembre de 2009.

21 Intervención de Ciro Colombara. Seminario ICSO-UDP, Fundación Boell, Fundación Friedrich Ebert y Chile21, “Cambio constitucional”. 16 de noviembre, 2009.

22 Ver “Arrate, Marco y Frei quieren cambiar la Constitución”. *La Nación*, 5 de octubre de 2009

## Síntesis de temas y estrategia

Candidato	Temas	Estrategia
Frei	Equilibrio Ejecutivo-Legislativo Atribuciones de cámaras Disolución de cámaras por Presidente Duración mandato Interpelación programada Transparencia y participación Iniciativa popular Participación en proceso legislativo Primarias obligatorias Gobierno regional Votaciones Sistema de votaciones Voto chilenos extranjero Igualdad de independientes Derechos económico-sociales Reforma sistema electoral Reforma ley de quórum Fuerzas armadas Reingeniería institucional Ministerio política social Ministerio seguridad ciudadana Fusión ministerios políticos Control y responsabilidad constitucional (TC, Banco Central)	Reforma en Congreso (diciembre 2008)  Comisión presidencial (septiembre 2009)
Enríquez-Ominami	Régimen político semipresidencial Referéndum revocatorio Iniciativa popular de ley Gobierno regional (democratización) Incrementar poder a regiones Representación indígena en Congreso Reforma sistema binominal	Asamblea constituyente
Arrate	Sistema electoral (proporcional) Representación de pueblos indígenas Paridad de género Sufragio chilenos en el exterior Derecho de sindicalistas a ser candidatos Elecciones de intendentes y consejeros regionales Rol regulador del Estado	Asamblea constituyente

No obstante, existen serias divergencias dentro del segmento que promueve un cambio constitucional. La cuestión fundamental es cómo avanzar, quiénes son los actores que deben controlar el proceso y cuál es el mecanismo ratificador. A continuación detallaremos los matices en sus estrategias.

*Reformismo gradual.* Hasta junio de 2008, Eduardo Frei defendía esta postura, aunque se abrió a una posición de propiciar una comisión presidencial. Entre los argumentos destacados por los partidarios de esta posición, sobresalen la incertidumbre frente a un escenario de convocatoria a una asamblea aconstituyente, las experiencias de países latinoamericanos, las prioridades económicas y sociales que debiesen marcar la agenda de los gobiernos, las limita-

ciones legales existentes para plantear un camino distinto y argumentos más de fondo asociados a la democracia plebiscitaria que podría generar.

Edgardo Boeninger planteó, por ejemplo, que una asamblea constituyente “o una democracia plebiscitaria (donde las decisiones de política pública se voten cada cierto tiempo) son entretenidas para las elites; pero conducen a una relación manipulada de los mandatarios con el pueblo. Así lo demuestran ejemplos cercanos que poseen precarias credenciales democráticas. En suma, este tipo de propuestas suena bien, pero suele realizarse mal”.<sup>23</sup> La misma postura de una estrategia gradual es planteada por el diputado del PDC Jorge Burgos (ver comentarios en este volumen).

Existe un sector, entonces, que es partidario de avanzar en cambios significativos en el sistema político e, incluso más, en cambios en el sistema de gobierno (de uno presidencial a uno parlamentario), pero sin necesariamente aprobar una nueva Constitución.

*Cambio gradual desde arriba.* Una segunda estrategia es la promoción de una nueva Constitución a partir del establecimiento de un debate nacional. Esta propuesta, por ejemplo, se generó en los debates de Océanos Azules y que estratégicamente estaba destinada a ampliar las bases de apoyo para avanzar en una reforma sustantiva. El senador Frei hizo suya esa propuesta.<sup>24</sup> Se sostenía que el Presidente podría convocar a un debate nacional sobre el tema a partir de la creación de una comisión de alto nivel presidencial que incluyese actores sociales y políticos, expertos y representantes relevantes del país para discutir el fondo y forma de una nueva carta magna. Se establecerían así condiciones políticas que permitirían en el futuro el abrir el debate hacia la ciudadanía. Una vez que se hiciera la propuesta al país por parte de dicha comisión, la ciudadanía tendría que aprobar un nuevo texto. No se han especificado los mecanismos para avanzar desde la comisión presidencial a la ratificación ciudadana.

*Cambio consultivo desde arriba.* Una tercera opción, planteada por el candidato Jorge Arrate, es la posibilidad de instalar una cuarta urna en las elecciones presidenciales (además de las elecciones de Presidente, senadores, y diputados). El objetivo sería consultarle a la gente sobre si desea una nueva Constitución y una asamblea constituyente. Como lo anterior requería una reforma constitucional, Jorge Arrate postuló la siguiente vía: “Sería un gesto muy positivo que la Presidenta Bachelet, antes del término de su mandato, enviara si es preciso un proyecto de reforma constitucional rápidamente y habilitara

23 *El Mercurio*, 13 de septiembre de 2009.

24 “Frei en *Tolerancia cero*. Defiende más Estado y nueva Constitución”. *La Nación*, 14 de septiembre de 2009.

la realización de este plebiscito o lo convocara de acuerdo a la interpretación que establece en el artículo 5 de la Constitución, que le otorga esa potestad”, dijo Arrate, tras recordar que la mandataria es partidaria de una nueva Constitución y de plebiscitar materias importantes para el país (*El Ciudadano*, 1 de agosto, 2009).

En otros términos, la propuesta busca que sea el Congreso el que apruebe una reforma constitucional abriendo la opción de realizar una consulta popular para preguntarle a la ciudadanía su interés en el tema.

*Cambio estratégico desde abajo.* Una cuarta alternativa, también presente entre algunos actores, es la de promover un cambio pero desde abajo. Como no está contemplada en la actual Constitución la figura de la convocatoria a un plebiscito, se sostiene que lo más adecuado sería una estrategia de presión social. Se argumenta que al igual que en Colombia a principios de los 90, se podría generar un movimiento ciudadano que, sin anular el voto, pueda marcar el voto indicando la intención de convocar a una asamblea constituyente. Lo anterior requeriría una campaña social para generar una masa crítica social que promoviese, dentro del marco legal, un movimiento pro constituyente.<sup>25</sup> En esta postura existe el cuidado de optar por una alternativa que no vulnera el actual marco jurídico-institucional, pero que al mismo tiempo requiere como precondition que grupos sociales y políticos se comprometan a demandar una nueva Constitución por la vía de un acto político-electoral al marcar un voto. El senador Gazmuri se mostró inclinado a una estrategia de esta naturaleza (ver comentario en este volumen).

*Cambio plebiscitario desde arriba.* Un quinto camino es la convocatoria a un plebiscito por parte del o la Presidente de la República, pues la voluntad soberana del pueblo reside en la máxima autoridad. En dicho plebiscito se consultaría sobre la posibilidad de convocar a una asamblea constituyente. El movimiento pro asamblea constituyente promueve esta alternativa. En sus palabras: “En la Constitución de 1980 el ejercicio de la soberanía que reside en la nación se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas, y también por las autoridades que esta Constitución establece. De esta manera, el régimen actual es semirrepresentativo, abriéndose la puerta para realizar la consulta plebiscitaria en virtud del poder constituyente originario, que reside en el Presidente de la República. La reglamentación del plebiscito se encuentra en las disposiciones transitorias de la Constitución de 1980, a saber las disposiciones 19, 20, 21, 23, 27, 28, y 29. Estas disposiciones se complementan con aquellas de la ley de inscripción y servicio electoral y la

25 Roberto Garretón: “Chile exige una Constitución democrática”. *La Nación*, 1 de octubre de 2009.

ley de votaciones populares y escrutinios”. Por lo tanto, se sostiene que “nada obsta para que con objeto de materializar el ejercicio soberano del pueblo la Presidenta de la República convoque a una consulta ciudadana plebiscitaria conjuntamente con la elección presidencial y parlamentaria próxima, de manera que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria a una asamblea constituyente y de otros temas”.<sup>26</sup>

### Síntesis de estrategias y actores

Estrategia	¿Cómo?	Actores claves	Mecanismo de ratificación	Apoyo
Reformismo gradual	Reformas parciales	Congreso	Congreso	Varios sectores políticos
Cambio gradual desde arriba	Comisión presidencial	Presidencia Partidos Expertos Actores sociales	No definido	Candidatura Frei
Cambio consultivo desde arriba	Reforma constitucional Consulta en cuarta urna	Presidencia Partidos	Asamblea constituyente Plebiscito	Candidatura Arrate
Cambio estratégico desde abajo	Marcar papeleta de voto pidiendo asamblea constituyente	Movimiento ciudadano Partidos	Asamblea constituyente Plebiscito	Sectores sociales
Cambio plebiscitario desde arriba	Plebiscito Convocatoria Asamblea constituyente	Presidencia Partidos Actores sociales	Asamblea constituyente Plebiscito	Sectores sociales pro constituyente

Hemos identificado al menos cinco estrategias o caminos para avanzar en el cambio constitucional. Aunque no todos ellos son excluyentes, los actores evidentemente difieren sobre la secuencia de ellos y las opciones más adecuadas para alcanzar el fin último que es la nueva Constitución. Para un sector, la opción de una asamblea constituyente es riesgosa y de alta incertidumbre política. Para un segundo grupo, resulta imprescindible la necesidad de una asamblea, pero la duda mayor es cómo se llega allí. Los caminos básicamente son: generar condiciones políticas vía la creación de una comisión presidencial; reforma de la Constitución permitiendo la convocatoria a plebiscito para estos efectos; generar una cuarta urna por parte

26 Ver Movimiento por Asamblea Constituyente de Chile, en [www.asambleaconstituyentechile.cl](http://www.asambleaconstituyentechile.cl) (sección noticias).

del Presidente; y, finalmente, generar un hecho político desde abajo, a partir de marcar el voto electoral.

Lo que muestra el cuadro es una profunda divergencia dentro de las elites que propician el cambio constitucional sobre la mejor estrategia para lograr el objetivo. Tal como Andrew Arato (2000) lo sostiene, la estrategia no es indiferente de un debate más sustantivo sobre en quién reside la soberanía popular, quiénes son los llamados a ejercer dicha soberanía y bajo qué circunstancias.

### **III. Percepciones sociales sobre el cambio constitucional**

Con el objetivo de profundizar sobre la división que existe en la elite sobre el cambio constitucional, indagamos sobre las percepciones que tienen expertos y actores de la sociedad civil. Asimismo, se entregan los resultados de la encuesta nacional UDP que abordó el tema constitucional en su versión de octubre de 2009. El objetivo de esta sección es recoger las percepciones generales de dos segmentos relevantes de la opinión pública y que han tenido –al menos en el primer caso– una influencia más directa en el debate.

#### ***a) Elites intelectuales y cambio constitucional***

Un segmento relevante en el debate constitucional lo constituyen los “expertos”, aquellos intelectuales, profesores y especialistas que son capaces de formar opinión sobre este tema. Seleccionamos un universo de 150 expertos(as) y actores del mundo principalmente académico consultándoles en un sistema de encuesta on-line sobre diversos aspectos de la Constitución.<sup>27</sup>

La muestra que efectivamente respondió (56 casos) tiene el siguiente perfil: el 82% son hombres y el 18% son mujeres; el 51% tiene entre 30 y 49 años siendo todos mayores de edad; en relación a la actividad profesional, del universo el 60% está asociado al mundo universitario/académico, 12% a la administración pública, 16% a la actividad privada y/o ONG y un 12% no declaró actividad. Finalmente, respecto de su autoidentificación política, utilizando una escala de 1-10, el 16% no se identificó con ninguna opción, el 50% se identificó como de izquierda (1-4), el 22% como de centro (5-6) y el 12% como de derecha (7-10). Es decir, nuestra muestra tiene un sesgo hacia la izquierda, lo que es esperable si consideramos que la mayoría de la muestra proviene del mundo universitario. Del total de los entrevistados, el 98% dijo

27 Se realizó una selección de profesionales asociados a universidades en las facultades de Derecho, Historia y Ciencia Política. De un universo de 250 contactos con casilla electrónica se seleccionaron aleatoriamente 150, excluyendo a académicos asociados a la Universidad Diego Portales para evitar un sesgo institucional. Se envió un e-mail de invitación a responder la encuesta en tres oportunidades. De los 150 académicos, se estableció contacto efectivo con 90 y, de ellos, 56 respondieron la encuesta.

estar informado de la existencia de un debate promovido por algunos sectores para establecer una nueva Constitución.

En relación a la necesidad de una nueva Constitución, los entrevistados manifiestan diferentes grados de aceptación de la idea, de acuerdo a la forma en que se les consulta. En términos abstractos, una abrumadora mayoría (85%) está de acuerdo con la idea de que una democracia requiere que la ciudadanía pueda ratificar una Constitución. Sin embargo, existe una aprobación menor aunque todavía mayoritaria –cercana al 60%– cuando se consulta sobre si en Chile se requiere tal opción.

### Opinión sobre nueva Constitución (%)

	De acuerdo/ Muy de acuerdo	En desacuerdo/ Muy desacuerdo	NS/NC
Una democracia requiere que la ciudadanía pueda ratificar una Constitución	85	9	6
Chile requiere de una nueva Constitución aprobada democráticamente por la voluntad de la ciudadanía	61	39	
En su opinión personal, ¿sería pertinente o adecuado establecer una nueva Constitución en Chile?	<b>Sí</b> 59	<b>No</b> 41	

Fuente: Encuesta online, aplicada por ICSO entre el 15 de octubre y el 8 de noviembre de 2009.

En relación a la relevancia del debate constitucional, los encuestados se muestran divididos sobre la utilidad del mismo. Un 55% apoya la idea de que existen otras prioridades más importantes que este tema de agenda. Asimismo, prácticamente la mitad de los encuestados sostiene que o es un tema irrelevante para la opinión pública (50%) o no le interesa a la gente común (46%). Desde el punto de vista político, también la muestra está dividida sobre si existe o no el consenso político suficiente para abordar el tema, estando un 48% de acuerdo con la afirmación de que no existe ese consenso. La mayoría (57%) sí piensa que un nuevo pacto constitucional contribuiría a resolver la brecha entre la ciudadanía y el sistema político.

### Relevancia del debate constitucional (%)

	De acuerdo/ Muy de acuerdo	En desacuerdo/ Muy desacuerdo	NS/NC
Existen otras prioridades más relevantes que la de establecer una nueva Constitución para Chile	55	45	-
El debate constitucional es un tema irrelevante para la opinión pública	50	48	2
A la gente común no le interesa el tema de la Constitución	46	48	6
Una nueva Constitución permitiría reducir la brecha entre la población y el sistema político	57	37	6
No existe el consenso político suficiente para abordar el tema constitucional en el país	46	48	6

Fuente: Encuesta online, aplicada por ICSO entre el 15 de octubre y el 8 de noviembre de 2009.

Como observamos con anterioridad, un debate relevante para la elite política es si las reformas introducidas a la Constitución de 1980 le han eliminado su carácter antidemocrático. Al preguntarle a los encuestados si están de acuerdo con la afirmación “las reformas a la Constitución en 1989 y 2005 eliminaron su carácter de antidemocrático”, el 52% dijo estar en desacuerdo con dicha afirmación. Es decir, la elite académico-intelectual está algo más dividida respecto de la legitimidad de resultado de dicha institucionalidad.

### Legitimidad de la Constitución de 1980 y sus reformas (%)

	De acuerdo	En desacuerdo	NS/NC
Las reformas a la Constitución en 1989 y 2005 eliminaron su carácter de antidemocrático	39	52	9

Se solicitó a los entrevistados jerarquizar los tres temas constitucionales más relevantes y los menos importantes a ser debatidos. Entre los más relevantes aparecen el tema del sistema electoral, el del gobierno regional y el de los derechos económicos y sociales. Entre los menos relevantes aparecen los temas valóricos y de familia, el quórum para reformas de ley y el rol del Estado en el ámbito de la economía.

## Prioridades en temas a debatir

Principales temas a debatir	Total menciones
Sistema electoral	31
Descentralización y gobierno regional	30
Derechos económicos y sociales	17
Régimen político	16
Temas menos relevantes a debatir	Total menciones
Temas valóricos y familia	25
Quórum para reformas de ley	21
Rol del Estado en la economía	15
Eliminación de leyes orgánicas constitucionales	14
Tribunal Constitucional	14
Régimen político	14

Fuente: Encuesta online, aplicada por ICSO entre el 15 de octubre y el 8 de noviembre de 2009.

Se sometió a consideración de los encuestados las distintas opciones que han sido discutidas en la actualidad sobre los mecanismos para avanzar hacia una nueva Constitución. La que genera mayor consenso (52%) es la convocatoria a una asamblea constituyente. Las opciones intermedias generan bastante menos apoyo, incluyendo la opción de una reforma en el Congreso que permita la opción de referéndum (41%), una consulta ciudadana no vinculante (38%), reformas parciales a la Constitución en el Congreso (36%) y una comisión presidencial que se encargue de debatir el tema (25%).

## Mecanismos para promover nueva Constitución (%)

	De acuerdo	En desacuerdo	NS/NR
Reformas parciales en el Congreso	36	59	5
Reforma en el Congreso para permitir referéndum	41	54	5
Comisión presidencial que discuta el tema	25	67	7
Consulta ciudadana no vinculante	38	57	5
Convocatoria a asamblea constituyente	52	41	7

Fuente: Encuesta online, aplicada por ICSO entre el 15 de octubre y el 8 de noviembre de 2009.

Aunque la mayoría de los encuestados considera que la opción de una comisión presidencial que debate el tema constitucional es la menos atractiva, cuando se le consulta si aceptaría participar en una instancia así para debatir el tema en caso de recibir una llamada del Presidente de la República, la respuesta es mayoritariamente afirmativa. Es decir, la mayoría no está de acuerdo con

Si recibiera una llamada del próximo Presidente de la República invitándolo a participar en una comisión presidencial para discutir el tema constitucional, usted...	%
Aceptaría sin dudarlo	59
Le pediría meditarlo unos días	23
Definitivamente no aceptaría	12
NS/NR	5

Fuente: Encuesta online, aplicada por ICSO entre el 15 de octubre y el 8 de noviembre de 2009.

En síntesis, la mayoría de los entrevistados se muestra marcadamente favorable a la idea de que la ciudadanía en una democracia tenga que ratificar una Constitución. Sin embargo, está algo más dividida respecto de la necesidad de una nueva Constitución para Chile, aunque la mayoría –aproximadamente un 60% de los entrevistados– participa de aquella opción. Existe una opinión más dividida de los encuestados sobre la relevancia del tema para la opinión pública y sobre la legitimidad de la Constitución de 1980 producto de las reformas de 1989 y 2005. Es decir, entre los entrevistados existirían visiones algo más mixtas sobre la pertinencia del debate y sobre el carácter antidemocrático de aquella. Finalmente, los entrevistados tienden a favorecer la idea de la convocatoria a una asamblea constituyente (52%) –cuestión que es consistente con el perfil de los entrevistados– y tienden a rechazar mecanismos más indirectos de reforma.

### ***b) Opinión pública y Constitución***

¿Existe interés ciudadano en el tema constitucional? Una de las afirmaciones comunes en el ámbito político es que los temas constitucionales no llaman la atención de la ciudadanía.

Muy pocas encuestas han abordado el tema en particular. La encuesta CERC pregunta sobre la conveniencia/inconveniencia de realizar reformas a la Constitución. Hasta antes de 2005, un alto porcentaje se mostraba partidario de las reformas. En el cuestionario de 2009 se observa una baja, que podría ser atribuida a una mayor urgencia del tema en relación al debate pre reforma constitucional de 2005.

## Apoyo a reformas constitucionales

Hay gente en Chile que considera que la Constitución debería reformarse en algunos puntos; otros, por el contrario, consideran que debe quedarse como está. ¿Usted personalmente es de los que creen que hay que reformarla o de los que creen que hay que dejarla como está?	Hay que reformarla %
Diciembre 1995	63
Mayo 2000	58
Abril 2001	63
Julio 2009	48

Fuente: CERC. [www.cerc.cl](http://www.cerc.cl) En 1995, 2000 y 2001 las alternativas fueron “es conveniente” y “no es conveniente”. Encuesta cara a cara a nivel nacional, con representatividad de 99% de la población nacional.

La anterior pregunta se focaliza en el tema de “reformas” constitucionales y no en la posibilidad de establecer una nueva Constitución. La Encuesta Nacional de la Universidad Diego Portales (octubre de 2009) indagó específicamente sobre dos temas: la percepción de la sociedad sobre instancias de consulta a la ciudadanía y sobre el tema constitucional. Lo primero que llama la atención es que, contrariamente a lo que intuitivamente se podría pensar, los encuestados prefieren decisiones más lentas pero que pasan por la consulta ciudadana (65%). Ello es relevante, por cuanto parece ser que la “rapidez” en las decisiones no parece ser un valor frente al interés de la ciudadanía de ser consultada.

## Gobierno eficiente vs. gobierno consultivo

¿Qué prefiere usted: un gobierno que soluciona rápido los problemas sin preguntarle su opinión a la gente, o uno que se demora más en solucionar los problemas pero que le pregunta su opinión a la gente?	Total muestra %
Que le pregunta a la gente	65,0
Que soluciona los problemas rápido	31,7
NS/NC	3,3

Fuente: Encuesta Nacional UDP 2009. Encuesta cara a cara, con representatividad del 70% de la población total y del 85% del total nacional de los sectores urbanos.

Dado que el debate constitucional se ha desarrollado sobre alternativas asociadas a un debate de expertos (comisión presidencial, por ejemplo) versus la convocatoria a una consulta nacional o plebiscito, en la misma encuesta se consultó si se tuviera que decidir entre ambas opciones, cuál preferiría. La mayoría (54,6%) se inclina por realizar un plebiscito en el caso de una nueva Constitución. Cabe advertir que no es un tema que particularmente convoque a la ciudadanía, al existir un 37,3% que se inclina porque el tema sea abordado por un grupo de expertos y un 8% que no manifiesta opinión.

Al observar algunas variables claves, vemos que los más inclinados a favorecer la opción de una consulta a la ciudadanía en un tema como éste son los sectores medios (C2, C3), los hombres, los consultados de regiones, y personas entre 30 y 60 años. En el caso de las regiones, quizás se deba por un factor asociado a reformas que podrían descentralizar poder. Llama la atención que ni los jóvenes ni los mayores de 61 años manifiesten una preferencia fuerte en este tema.

### Plebiscito constitucional vs. grupo de expertos constitucionales

Si las autoridades tuvieran que decidir entre hacer un plebiscito o convocar a un grupo de expertos para decidir, ¿qué deberían hacer para resolver sobre aprobar una nueva Constitución?	Total muestra %
Hacer plebiscito	54,6
Convocar a expertos	37,3
NS/NC	8,1
Respuestas por estrato socioeconómico (hacer plebiscito)	
ABC1	53,1
C2	59,6
C3	55,4
D	54,7
E	46,4
Respuestas por sexo (hacer plebiscito)	
Hombre	59,2
Mujer	50,6
Respuestas por territorio (hacer plebiscito)	
Santiago	46,4
Regiones	60,8
Respuestas por grupo etáreo (hacer plebiscito)	
18-29	51,3
30-45	58,3
45-60	57,7
61 y más	48,3

Fuente: Encuesta Nacional UDP 2009 (octubre). Encuesta cara a cara, con representatividad del 70% de la población total y del 85% del total nacional de los sectores urbanos.

Adicionalmente, la ciudadanía distingue muy claramente entre temas de interés político donde desea tener una opinión y aquellos que se los dejaría a un grupo de expertos. En tres temas los encuestados se muestran favorables a que las autoridades les consulten directamente: aprobación de una nueva Constitución (54,6%), permitir el aborto bajo ciertas circunstancias (53%) y

cambiar el plano regulador de su comuna (47,8%). Mientras tanto, en cuatro temas la ciudadanía se inclina por dejar que los expertos decidan: aprobar tratados de libre comercio (65,7%), aprobar el presupuesto anual de la nación (56,4%), aprobar la privatización de empresas del Estado (49%) y autorizar el presupuesto comunal (49,9%).

### Plebiscito vs. consulta a grupo de expertos (temas de interés nacional) (%)

% total muestra	Plebiscito	Expertos	NS/NC
Aprobar nueva Constitución	54,6	37,3	8,1
Permitir aborto bajo ciertas circunstancias	53,0	37,6	9,4
Cambiar el plano regulador de su comuna	47,8	44,6	7,6
Aumentar los impuestos	45,9	45,3	8,8
Autorizar el presupuesto de su comuna	42,7	49,9	7,4
Aprobar privatización de empresas del Estado	42,6	49,0	8,4
Aprobar presupuesto anual de la nación	35,6	56,4	8,0
Aprobar tratados de libre comercio	26,5	65,7	7,8

Pregunta: “Si las autoridades tuvieran que decidir entre hacer un plebiscito o convocar a un grupo de expertos para decidir, ¿qué deberían hacer para resolver sobre...”.

Fuente: Encuesta Nacional UDP 2009 (octubre). Encuesta cara a cara, con representatividad del 70% población total y del 85% del total nacional de los sectores urbanos.

Dos cuestiones llaman la atención. Primero, los encuestados distinguen entre aquellos temas aparentemente más “técnicos” que requieren del concurso de expertos, mientras que en otros más políticos (aborto, Constitución) y cercanos a su medio ambiente (plano regulador) les interesa decir algo. Un segundo elemento es que, salvo la aprobación del presupuesto anual de la nación y la aprobación de tratados de libre comercio, que demuestran más intensidad, la opinión pública se muestra bastante dividida respecto a si le corresponde a la sociedad o a un grupo de expertos tomar decisiones sobre asuntos de trascendencia nacional.

### Conclusiones

El debate constitucional en Chile contiene dos grandes momentos. El primero, hasta 2005, asociado a dismantelar las ataduras de la Constitución de 2005. Cumplido aquel ciclo con las reformas de 2005, la elite política pro cambio constitucional no dejó el tema de lado y de hecho intensificó dicho debate. El nuevo ciclo coloca temas que en la primera fase no fueron considerados: descentralización y gobierno regional, régimen político, control horizontal de poderes, inclusión de la sociedad en mecanismos de decisión y dere-

chos económico-sociales, entre otros. Los temas que permanecen en el debate desde el inicio de la transición son tres: reforma a leyes de supermayorías (leyes orgánicas constitucionales), sistema electoral y Tribunal Constitucional.

El segmento pro cambio constitucional manifiesta una divergencia seria sobre los procedimientos que conducirían a una nueva Constitución. Por el momento se han identificado cinco opciones: 1) reformas graduales en el Congreso, 2) cambio gradual desde arriba a partir de una comisión presidencial, 3) cambio consultivo desde arriba a partir de una reforma constitucional para promover una cuarta urna, 4) cambio estratégico desde abajo para vía movilización social presionar a la elite, y 5) cambio plebiscitario desde arriba con el Presidente convocando a un plebiscito dada su legitimidad derivada del pueblo.

Al observar la percepción de las elites y de la opinión pública sobre la materia, vemos que, si bien la elite político-intelectual consultada manifiesta su apoyo a la idea de una Constitución aprobada por el pueblo, el apoyo a una asamblea constituyente tiende a disminuir para el caso chileno.

Finalmente, parece ser que la sociedad estaría mucho más dispuesta de lo que suele afirmar a manifestar su opinión sobre el tema constitucional. La Encuesta Nacional UDP muestra no sólo un evidente interés de la ciudadanía en participar de consultas que el gobierno eventualmente haga, sino que además distingue entre aspectos que considera deben ser tratados por expertos y aquellos donde consideran que las autoridades deben consultar a la sociedad y aquello de hecho ya es interesante.

El fortalecimiento de instancias de decisión ciudadana podría eventualmente reforzar las instituciones representativas democráticas en Chile. Pareciera existir un interés ciudadano en ser escuchado (consultado) en temas centrales para el desarrollo institucional del país. En tanto, en los sectores políticos pro cambio constitucional no existe el consenso en la mejor vía para avanzar en este tipo de cambio institucional. Los temores de los sectores políticos que pueden evidenciarse en los comentarios del diputado Jorge Burgos y los senadores Jaime Gazmuri y Carlos Ominami en este volumen dan cuenta de un debate que aún no permea a la sociedad y que todavía se mantiene en círculos relativamente acotados del mundo político, académico y universitario.

La evidencia muestra una elite chilena dividida con un grupo que no desea mayores transformaciones (principalmente la coalición de derecha, que asumió el gobierno el 11 de marzo de 2010), un grupo que observa la necesidad de cambios relevantes pero que prefiere una estrategia gradual, y otro sector que ambiciona un proceso que incluya una asamblea constituyente, pero que no está de acuerdo en la vía para alcanzar ese objetivo.

No obstante, la existencia de un descontento con el sistema político posibilita condiciones para avanzar en un consenso más amplio sobre la necesidad de un cambio constitucional. Pero en la medida en que aquel descontento permea y “desordena” las elites, se incrementa la incertidumbre sobre cómo viabilizar y conducir un proceso de esa naturaleza. En efecto, parece ser que el temor de la elite pro cambio constitucional se asocia a la posibilidad de perder el control de un proceso político que –salvo el particular periodo 1964-1973–históricamente ha estado controlado por un grupo pequeño de actores.

En el proceso político chileno se observa con particular claridad la “constitucionalización” de la política. En otros términos, la Constitución se ha convertido en un campo de batalla desde donde los actores políticos intentan resolver el descontento y frustración ciudadanos. Chile no parece escapar, en este sentido, de la tendencia más generalizada de la región de convertir el debate constitucional en un asunto donde se dan las grandes batallas políticas. No es sólo un debate acerca de la legitimidad de origen, sino que, como plantea Carlos Peña en este volumen, se trata de un ejercicio que evalúa el tipo de instituciones que la presente generación ha heredado.

La elección del Presidente Sebastián Piñera el 17 de enero de 2010 seguramente pospondrá esta discusión más sustantiva sobre la Constitución (su legitimidad de origen, los mecanismos de ratificación, el tipo y calidad de las instituciones que ella crea). Como no está en la agenda política del nuevo gobierno, lo que probablemente se observará en los próximos cuatro años serán intentos sucesivos de reforma en ámbitos específicos asociados al sistema electoral, gobiernos regionales y locales, y Tribunal Constitucional, por citar los más emblemáticos. La derrota electoral de la Concertación en las elecciones presidenciales restringió significativamente el campo de posibilidades para impulsar un cambio constitucional. La política volvió a convertirse en el arte de lo posible y lo posible en Chile es el cambio incremental.

## Referencias

- Andrade, Carlos. 1991. *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Arato, Andrew. 2000. *Civil Society, Constitution and Legitimacy*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.
- Atria, Fernando. 2008. "Participación y alienación política en Chile". *Mensaje*, vol 57, 575: 8-11.
- Barros, Robert. 2002. *Constitutionalism and Dictatorship. Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bravo Lira, Bernardino. 1988. "Crisis Institucional en Chile: precedentes y perspectivas". *Revista de Ciencia Política*, X, (1): 71-79.
- Cabezas, José Miguel, y Patricio Navia. "Efecto del sistema binominal en el número de candidatos y de partidos en elecciones legislativas en Chile, 1989-2001". *Política*, 45: 29-52.
- Collier, Simon, y William F. Sater. 1996. *A History of Chile, 1808-1994*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Couso, Javier, y Alberto Coddou. 2009. *Las asignaturas pendientes de la reforma Constitucional Chilena*. Documento de trabajo. Santiago: ICSO.
- Edwards, Alberto. 1982. *La fronda aristocrática*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Fuentes, Claudio. 1996. *El discurso militar en la transición chilena*. Santiago: FLACSO-Chile.
- Fuentes, Claudio. 2006. *La transición de los militares*. Santiago: Lom.
- Fuentes, Claudio. 2009. *Mirando el pasado, definiendo el futuro: diseño constitucional en Chile 1980-2005*. Paper presentado en el 28º Congreso del Latin American Studies Association, LASA, Río de Janeiro, 11-14 de junio, 2009.
- Fuentes, Claudio, y Andrés Villar. 2005. *Voto ciudadano. Debate sobre la inscripción electoral*. Santiago: FLACSO-Chile.
- FLACSO-Chile. 2006. *Una reforma necesaria. Efectos del sistema binominal*. Santiago: FLACSO-Chile.
- Gil, Federico. 1969. *El sistema político de Chile*. Santiago: Andrés Bello.
- Godoy, Óscar. 2003. "Parlamento, presidencialismo y democracia protegida". *Revista de Ciencia Política* (online), 23, 2: 7-42.
- Heiss, Claudia, y Patricio Navia. 2007. "You win Some, you lose some: Constitutional Reforms in Chile's Transition to Democracy". *Latin American Politics & Society*, 49, 3: 163-190
- Jocelyn-Holt, Alfredo. 1999. *La independencia de Chile*. Planeta/Ariel.

- Navia, Patricio. 2005. “La transformación de votos en escaños: leyes electorales en Chile, 1833-2004”. *Política y Gobierno*, XII, 2: 233-276.
- Pastor, Daniel. 2004. “Origins of the Chilean Binominal Election System”. *Revista de Ciencia Política*, XXIV, 1: 38-57.
- Payne, Mark, et al. 2002. *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*. Washington, D. C.: BID/IDEA.
- Pierson, Paul. 2004. *Politics in Time. History, Institutions and Social Analysis*. Princeton: Princeton University Press.
- Salazar, Gabriel, y Julio Pinto. *Historia contemporánea de Chile I. Estado, Legitimidad, ciudadanía*. Santiago: Lom.
- Siavelis, Peter. 2005. “Los peligros de la ingeniería electoral (y de predecir sus efectos)”. *Política*, 45: 9-28
- SUBDERE. Sin fecha. “Estudio, diagnóstico y propuesta de rediseño de las áreas competenciales en los niveles territoriales de la administración del Estado en los ámbitos de fomento productivo, desarrollo social y provisión de infraestructura”. Gobierno de Chile.
- Valdivia, Verónica. 2009. *Estabilidad y constitucionalismo. Las sombras de la excepcionalidad chilena*. Documento de trabajo. Santiago: ICSO-UDP.
- Valenzuela, Arturo. 1999. “Chile: Origins and Consolidation of a Latin American Democracy”. En *Democracy in Developing Countries*, Larry Diamond et al.(eds.). Boulder: Lynne Rienner Publisher.
- Valenzuela, Samuel. 2005. “¿Hay que eliminar el sistema binominal? Una propuesta alternativa”. *Política*, 45: 53-66.

## Otras fuentes

- Actas de la Comisión para la Nueva Constitución. 1973-1978.
- Actas del Consejo de Estado. 1978-1980.
- Constitución de la República de Chile, 1980.
- Constitución de la República de Chile, 1980 (con modificaciones de 1989).
- Constitución de la República de Chile, 1980 (con modificaciones de 2005).

# Reformas constitucionales en el Chile democrático: análisis de tendencias 1992-2008

José Saldaña

*Universidad Diego Portales*

Los acuerdos que pavimentaron el regreso de la democracia a nuestro país dejaron una serie de “enclaves autoritarios” que fueron utilizados como moneda de cambio para permitir la transición pactada entre el régimen militar y los actores políticos que exigían el fin de la dictadura.

Los sucesivos gobiernos de la Concertación han tenido entre sus objetivos la derogación de estos enclaves, con el propósito de establecer una Constitución más legítima y acorde con el nuevo espíritu democrático. De esta manera, se han presentado desde 1990 hasta hoy una gran cantidad de proyectos legislativos tendientes a reformar la carta fundamental.

En agosto de 2005, durante la administración de Ricardo Lagos, se aprobó un paquete de 58 reformas a la Constitución, que entre cosas modificó la distribución del Senado, eliminando la figura de los senadores vitalicios y designados, dejó fuera de la discusión constitucional una eventual reforma del sistema electoral y redujo el periodo presidencial de seis a cuatro años sin reelección inmediata.

A pesar de todo esto, varios proyectos se han mantenido en discusión sin lograr acuerdo para su promulgación, cayendo en archivos o siguiendo largos procesos de tramitación. Este estudio, precisamente, se enfoca en revisar aquellos proyectos de reforma constitucional que se han mantenido en los pasillos del Congreso y que no han logrado su promulgación durante los casi veinte años de democracia que fueron conducidos por la Concertación. Con esto pretendemos dar luces sobre los principales temas de reforma que no han logrado consenso en el Legislativo, junto con identificar el origen de cada una de las propuestas.

## **Contexto: breve historia de la actual Constitución**

A mediados de la década de 1970, la Junta Militar encabezada por Augusto Pinochet decidió redactar una nueva carta fundamental luego de gobernar durante sus primeros años por decretos ad hoc. El poder constituyente, dominado por la Junta, fue transferido a una comisión integrada por siete miembros de confianza, encabezada por Enrique Ortúzar. Finalmente, esta comisión evacua una nueva Constitución compuesta por 120 artículos permanentes y 29 transitorios, los cuales fueron aprobados por un plebiscito realizado el 11 de septiembre de 1980, mientras el país se encontraba en estado de sitio. La carta fue promulgada el 21 de octubre y entró en vigencia parcial el 11 de marzo de 1981.

La Constitución de 1980, que en su gran mayoría sigue rigiendo nuestra sociedad, se caracteriza porque “determina un régimen político presidencialista con una participación del Estado en la economía mediante un rol subsidiario, con una fuerte protección a las garantías individuales en el ámbito de la actividad económica y del derecho de propiedad. Establece un preciso decálogo de garantías individuales que, como novedad, se encuentran protegidas por un recurso especial de rápido trámite, denominado recurso de protección; asimismo, considera como pilar fundamental la tutela de las fuerzas armadas sobre la estabilidad del régimen a través de diversas instituciones, entre las que se destaca el Consejo de Seguridad Nacional. En el ámbito económico institucional establece como fundamento la protección de la libre competencia y la autonomía absoluta del Banco Central”.<sup>1</sup>

Tras su promulgación, y antes de la gran reforma de 2005 llevada adelante durante la administración de Ricardo Lagos, la carta fundamental sufrió modificaciones dignas de señalar. La primera reforma importante se llevó a cabo meses antes de la reapertura del Congreso Nacional en 1989. Los partidos de la Concertación, Renovación Nacional y la UDI presentaron un proyecto de reforma producto de un acuerdo político tendiente a sentar las bases de la inminente “transición pactada” ocasionada por el fin de la dictadura y la adopción de un gobierno democrático. Con todo, fue la Junta Militar la encargada de realizar los cambios al texto que fue aprobado luego de un plebiscito realizado el 30 de julio de 1989 que sumó un 85,7% de apoyo. La reforma entregó una mayor apertura de cargos civiles en el Consejo de Seguridad Nacional y mayores libertades civiles por medio de una menor intromisión del Ejecutivo, y fijó en cuatro años el periodo presidencial que reemplazaría a la Junta Militar.

Posteriormente, en 1991, se aprobaron las denominadas “leyes Cumplido”, tendientes a facilitar indultos y libertades a procesados por delitos terroristas.

1 [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/resena\\_const](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/resena_const)

Desde esa fecha a 2005 se realizaron 15 reformas menores, las cuales trataron diversos temas.

Fue la ley 20.050, publicada el 22 de septiembre de 2005, la que terminó con varios legados dejados por la Junta. Luego de diversas y extensas negociaciones que comenzaron en 2000, la administración Lagos pasó a la historia por hacer 58 trascendentales modificaciones a la Constitución del 80, entre ellas la reducción del periodo presidencial de seis a cuatro años sin reelección inmediata, la eliminación de los senadores designados y vitalicios, la supresión de la función de las fuerzas armadas de ser “garantes de la institucionalidad” —cometido que se encarga ahora a todos los órganos del Estado—, el término de la inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas, el sometimiento del Consejo de Seguridad Nacional a la autoridad del Presidente de la República y la flexibilización del número de regiones del país.

### **Instancias formales para la reforma a la Constitución**

Debido a que la carta fundamental es el pilar de la institucionalidad nacional, generalmente se ha entendido que debe ser lo suficientemente resistente a los caprichos de los gobernantes de turno o de las mayorías pasajeras. En este sentido, la misma Constitución entrega un sistema para modificar sus artículos, bastante específico y riguroso. El capítulo XV (art. 127 a 129) establece la forma y los quórum necesarios para reformar los diferentes capítulos de la Constitución Política de la República.

Así, según la misma Constitución, ésta se puede reformar por proyectos derivados tanto de mensajes como de mociones, y estos proyectos deben aprobarse en ambas cámaras por las tres quintas partes de los legisladores en ejercicio, exceptuando eventuales modificaciones a artículos de los capítulos I, III, VIII, XI, XII y XV, las cuales necesitan de la aprobación de dos terceras partes de los legisladores de ambas cámaras. Una vez aprobado el proyecto, este pasa a consideración del Presidente de la República.

Si el Presidente rechaza el proyecto aprobado anteriormente por ambas cámaras, y luego de la insistencia por parte de los dos tercios de los legisladores en ejercicio de cada una de ellas, el primer mandatario deberá promulgar la reforma, a menos de que decida consultar a la ciudadanía por medio de un plebiscito. Por otro lado, si el Presidente hiciera observaciones al proyecto aprobado por ambas cámaras, ellas serán aprobadas si las cámaras las respaldan con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada cámara, según corresponda. Luego de esto, el proyecto pasa nuevamente a manos del Presidente. Si las cámaras no aceptan las ob-

servaciones, no habrá reforma constitucional sobre los puntos en disputa, a menos que ambas cámaras insistiesen por los dos tercios de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En este último caso, se devolverá al Presidente la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia para su promulgación, salvo que éste consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito sobre las cuestiones en desacuerdo.

En la totalidad de los casos de reformas constitucionales aprobadas por el Congreso chileno desde 1992 y hasta 2008, observamos un acuerdo político de los partidos y entre el Ejecutivo y el Legislativo. En ningún caso se ha requerido la utilización de los mecanismos de insistencia mencionados previamente.

### **Mecanismos informales**

Existen una serie de aspectos formales e informales que determinan, más allá del reglamento, la forma y celeridad con que se tramitan los proyectos de ley. En este sentido, también se hace necesario identificar a los actores que influyen a la hora de promulgar proyectos de ley de manera expedita.

Las urgencias son el mecanismo que posee el Poder Ejecutivo para acelerar el despacho de los proyectos que presenta para su discusión en el Congreso. Aquéllas son definidas por acuerdos del comité político o por peticiones de los propios ministerios. Además se entiende que los proyectos prioritarios para el Ejecutivo son los que obtienen una mayor urgencia. Si consideramos que en la actualidad el 47,8% de los proyectos presentados por el Ejecutivo en ambas cámaras posee algún tipo de urgencia, y que el hecho de que los legisladores no la respeten no conlleva sanción alguna, es necesario comprender que un trámite célere en el Congreso parece necesitar incentivos adicionales.

El manejo de la tabla con los proyectos que se discuten en sala para cada sesión es, entonces, fundamental para posicionar los temas en el Legislativo. En este sentido, quien controla la tabla, controla las tramitaciones y controla el ritmo de éstas. La tabla es definida por la secretaría de cada corporación (Cámara de Diputados o Senado). Luego es el presidente de la corporación quien la recibe y la puede modificar en primer término. Después, la tabla pasa a manos de las comisiones específicas. Cada uno de estos actores posee un nivel de influencia importante.

Entre los actores relevantes está el secretario de comisiones, puesto que goza de bastante poder dentro de las corporaciones legislativas. Si se desea insistir en un proyecto, se requiere hablar con el presidente de la corporación o bien con el presidente de la comisión que revisa el tema de nuestro proyecto. La comisión es la última en manejar la tabla debido que se reúne antes de la sesión

en sala, y es el último lugar donde se puede modificar el contenido de la tabla. Finalmente, si el presidente de la comisión no pretende discutir un proyecto, otro espacio de incidencia son los propios miembros de la comisión, quienes pueden influir para que una determinada materia sea puesta en tabla.

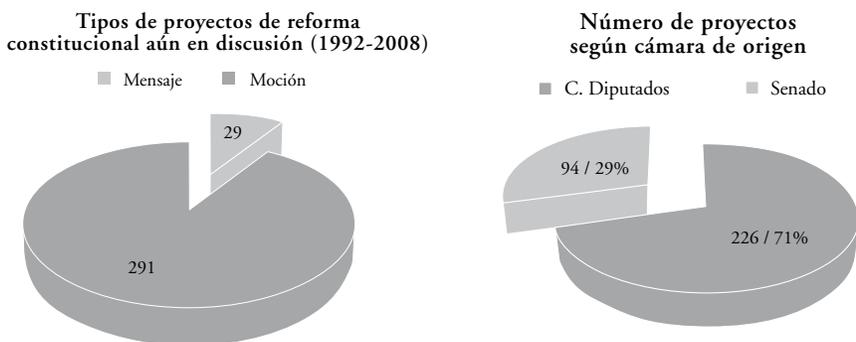
### **Análisis de los proyectos de reforma constitucional**

En este trabajo se examina el estado actual de los proyectos de reforma constitucional que se discuten en el Congreso. Para la realización de este estudio se examinaron las propuestas de reforma constitucional que aún se encuentran en discusión en el Congreso. Esto quiere decir que se consideraron todos aquellos proyectos que no han sido aprobados, pero tampoco han sido rechazados o retirados.

Los datos se obtuvieron del Sistema de Tramitación de Proyectos del Congreso Nacional (SIL),<sup>2</sup> el cual registra proyectos de ley presentados desde el 11 de marzo de 1990. Con todo, el sistema aún se encuentra en etapa de construcción, por lo cual pueden estar ausentes del análisis los proyectos no registrados por este sistema.

Desde 1992 hasta diciembre de 2008, 320 proyectos de reforma constitucional aún se mantienen en discusión legislativa. Como ilustra la figura 1, 29 de estos proyectos provienen de mensajes del Ejecutivo y 291 provienen de mociones parlamentarias. Asimismo, de los proyectos derivados tanto de mociones como de mensajes, 94 de ellos (29,4%) tuvieron como cámara de origen el Senado, mientras que 226 proyectos (70,6%) fueron recibidos por la Cámara de Diputados.

**FIGURA 1**



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos en <http://sil.congreso.cl>

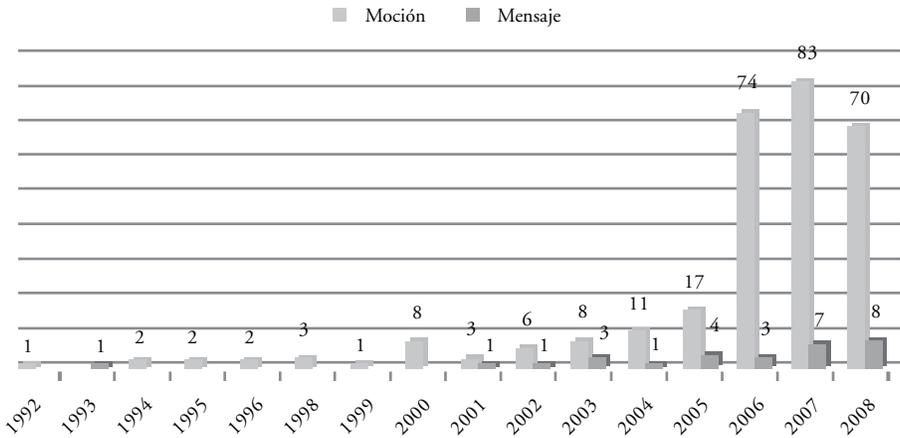
2 Disponible en <http://sil.congreso.cl>. Para obtener los proyectos de reforma constitucional se procedió a hacer la búsqueda en el sitio de SIL según la frase clave “reforma constitucional” y se filtraron aquellos proyectos terminados, rechazados y retirados. Posteriormente, estos proyectos fueron registrados en una base de datos, con la que se procedió a realizar el análisis estadístico correspondiente.

La cantidad de proyectos presentados ha sido variable durante los años legislativos. La figura 2 muestra la cantidad de proyectos aún en trámite según su año de ingreso. Como es evidente, la mayor cantidad de proyectos pendientes ha sido presentado luego de 2005, debido a que muchos de los que quedaban en discusión salieron del Congreso al ser promulgados por la administración Lagos a finales de ese mismo año.

Una segunda explicación para el gran número de proyectos que se presentan desde 2006 radica en que precisamente desde ese año los proyectos presentados y posteriormente aprobados son publicados con la firma de los autores del proyecto. Evidentemente, este hecho funciona como un importante incentivo para que los legisladores decidan presentar una mayor cantidad de proyectos esperando que éstos sean aprobados y publicados, ya que su nombre en la publicación les garantiza pasar a la historia como legisladores hábiles y preocupados por sus electores.

FIGURA 2

Tipos de proyectos de reforma constitucional que se discuten actualmente según año de ingreso



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de <http://sil.congreso.cl>

### Principales temas de los proyectos de reforma constitucional

Los proyectos pendientes pueden clasificarse según el tema que pretenden abordar. Para este estudio agrupamos los 320 proyectos pendientes en 9 temas claves. A continuación detallaremos los temas y sus alcances.

*Derechos económicos y sociales.* Dentro de esta categoría agrupamos los proyectos que se relacionen con proyectos que modifiquen artículos sobre nacio-

nalidad o ciudadanía; indulto o rebaja de penas; prerrogativas a los pueblos originarios y distintas etnias; diversas reformas en temas de vivienda, salud, trabajo, medioambiente o cualquier beneficio social aplicable a los ciudadanos.

*Valóricos y familia.* En esta categoría agrupamos las reformas que apuntan a modificar artículos de la carta fundamental relacionados con el tema del aborto y la definición de familia y del matrimonio.

*Justicia y Poder Judicial.* Se enfoca en identificar reformas constitucionales acerca del reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales, indemnizaciones sobre errores judiciales, reformas en el sistema penal, endurecimiento de penas o modificación de libertades y sobre cualquier reforma que modifique la jerarquía o el funcionamiento de la Corte Suprema.

*Fuerzas armadas y de orden.* Se refiere a las reformas en los temas de códigos de justicia militar y de administración o financiamiento de las instituciones castrenses.

*Sistema político y administración.* Engloba todos aquellos proyectos que pretendan modificar la ley orgánica constitucional de municipalidades o de gobierno y administración regional; el funcionamiento o atribuciones del Tribunal Constitucional o del Consejo de Defensa del Estado; el sistema electoral o temas relacionados a la elección o reelección de los cargos públicos, o inhabilidades para cargos no parlamentarios.

*Congreso.* Aquellas reformas que apunten a modificar la facultad fiscalizadora de las cámaras; juicios constitucionales, prerrogativas o atribuciones parlamentarias; los requisitos para asumir un cargo parlamentario o la mantención de éste; criterios de inhabilidades parlamentarias; cambios en la legislatura, tramitación o iniciativa de legislación y modificaciones a la ley orgánica constitucional del Congreso.

*Transparencia.* Todos los proyectos relacionados al acceso de información y sobre declaración de patrimonio; acerca de la regulación de la actividad de lobby y sobre el fideicomiso ciego.

*Derecho de propiedad.* Aquellos proyectos que modifiquen la estructura de derecho de aguas o sobre materias de uso o goce de un determinado dominio.

*Otros.* Proyectos que no clasifican en las categorías anteriores debido a su especificidad o por ser de un número insuficiente para establecer una categoría por sí solos. Así, agrupamos proyectos referidos a modificaciones sobre feriados regionales, modificaciones tributarias, reformas relacionadas con el ámbito de la ciencia y la tecnología, culturales y de relaciones exteriores.

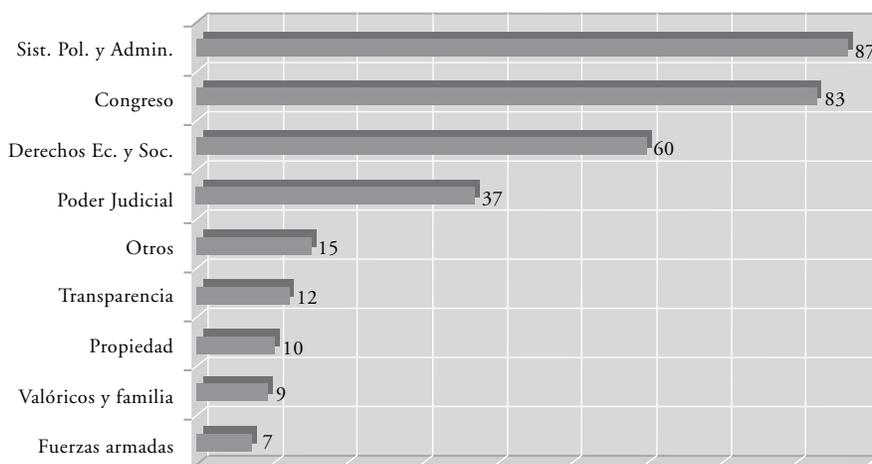
La anterior clasificación tiene por objeto simplificar el análisis de los proyectos de reforma constitucional. De esta manera podemos conocer las tendencias

generales observadas en el legislativo e identificar los principales temas que han llamado la atención de quienes pretenden reformar la carta fundamental.

La figura 3 nos muestra la distribución de los proyectos presentados alrededor de los temas anteriormente definidos. Podemos observar que la mayoría de los proyectos aún pendientes se relacionan con reformas al sistema político y de administración y a reformas del Congreso. En tercer lugar vienen las reformas vinculadas con modificaciones en temas de derechos económicos y sociales, lo que es consistente con el espíritu que desde finales de 2005 la Concertación ha querido imprimirle a su gobierno, sobre todo con la llegada de la Presidenta Michelle Bachelet, cuyo programa prometía una red de protección social para los ciudadanos. Más atrás se constatan los proyectos para reformar aspectos jurídicos y del Poder Judicial, mientras que un menor énfasis recae en los proyectos para modificar la estructura de las ramas de las fuerzas armadas y aquellos relacionados con temas valóricos, de propiedad y de transparencia.

FIGURA 3

Número de proyectos según tema

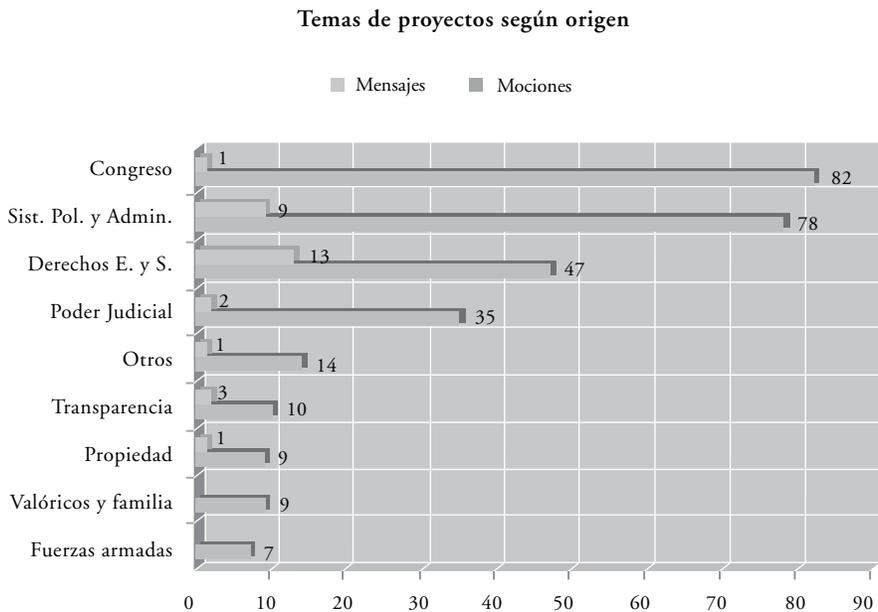


Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de <http://sil.congreso.cl>

Desde luego, la figura anterior nos muestra el número de proyectos presentados según tema, pero evidentemente la distribución puede variar según sean proyectos presentados por medio de mensajes del Ejecutivo o mociones parlamentarias. La figura 4 nos muestra precisamente la diferencia existente entre los intereses del Ejecutivo y los del Legislativo a la hora de reformar la Constitución.

En primer lugar, notamos que, de manera coherente, el gobierno ha presentado muchos más proyectos de reformas relacionados con derechos económicos y sociales. Si consideramos que la mayoría de los proyectos son presentados después de 2005, advertimos que efectivamente el gobierno de Michelle Bachelet ha dedicado sus esfuerzos a modificar la Constitución con el fin de construir la red de protección social que prometió a la ciudadanía durante su campaña y en sus sucesivos discursos como primera mandataria. En segundo lugar, los proyectos derivados de mensajes se enfocaron en modificar aspectos relacionados con el sistema político y de administración, y luego, en muy menor medida, el Ejecutivo propuso reformas para modificar el Poder Judicial o en favor de mayor transparencia y probidad.

FIGURA 4



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de <http://sil.congreso.cl>

De distinta manera, los proyectos derivados de mociones parlamentarias se enfocaron en modificar aspectos del congreso, así como de proponer reformas al sistema político y de administración. En tercer lugar aparecen proyectos tendientes a modificar derechos económicos y sociales de los ciudadanos. En este sentido y a nivel general, el Legislativo parece más ocupado en reformar la Constitución en aspectos más políticos o de balances de poder, mientras que el Ejecutivo centra sus esfuerzos en asegurar un nuevo set de derechos sociales

para sus ciudadanos. Con todo, el número de proyectos presentados por el Ejecutivo palidece en comparación con aquellos presentados por el Legislativo, para cualquier tema que se analice.

Luego de examinar lo anterior parece interesante conocer las diferentes posturas que podrían existir dentro del Congreso sobre los temas anteriormente definidos.

¿Existen diferencias entre los temas y su número de proyectos entre los distintos sectores que componen el Congreso?

### **Temas y fuerzas políticas**

Es factible pensar que cada sector que compone el Congreso defiende sus intereses particulares. La ideología de cada grupo sienta las bases de lo que será discutido y lo que se rechazará o aprobará en el hemiciclo. Con nuestros datos podemos conocer los principales temas que cada fuerza política decide apoyar en mayor o menor medida, y cuáles son las ideas-fuerza que guían el trabajo parlamentario en cada sector.

Para analizar si existen diferencias entre los temas que defienden uno y otro sector, definimos primero dos grandes sectores, a saber, la Concertación y la Alianza. Esta distinción se hace evidente cuando parlamentarios de los diferentes partidos de estas coaliciones defienden intereses en forma conjunta. Sin embargo, existe una distinción de segundo orden y viene dada por la defensa de ciertos temas sólo por un partido que defiende propuestas propias de su ideología o de su declaración de principios. Además de lo anterior, existen proyectos defendidos a nivel transversal y otros que nacen del trabajo conjunto de políticos descolgados o “díscolos” junto con legisladores ya sea de la Alianza o de la Concertación. Estos últimos proyectos son designados como proyectos de centro cuando son presentados por descolgados junto a RN o junto a la DC<sup>3</sup>.

3 La clasificación de “Centro” se debe a que los autores y partidos que generan estos proyectos podrían reconocerse como pertenecientes a la antigua categoría centrista que se encontraba en el sistema político chileno previo a 1973. De manera implícita se sigue catalogando a la DC y a RN como partidos de centro debido que representan las posiciones más moderadas de sus coaliciones correspondientes. De igual manera, algunos descolgados de la Concertación han tendido a aproximarse a estas posiciones más moderadas, abandonando posturas más radicales e ideologizadas.

**TABLA 1**  
**Número de proyectos presentados según tendencia política o partidos (1992-2008)**

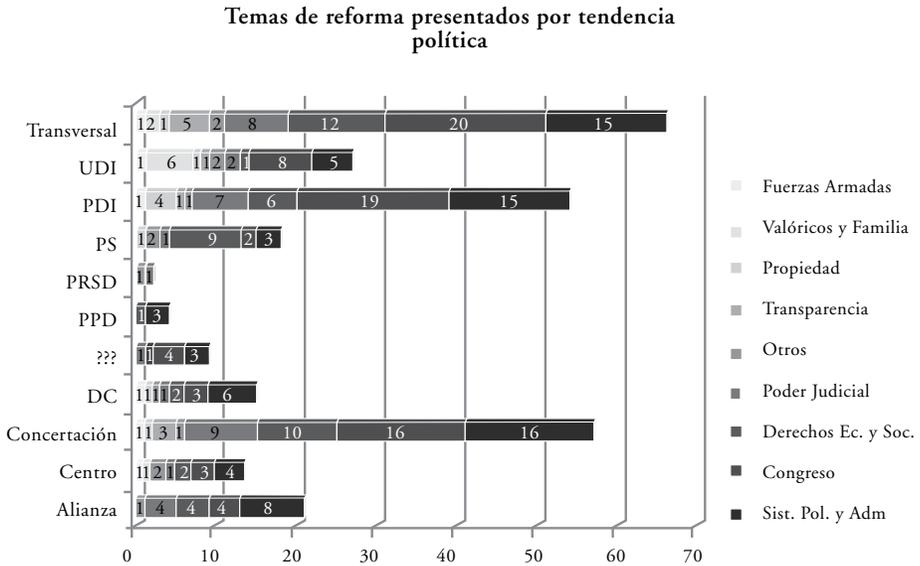
Tendencia política	Nº de proyectos	Porcentaje
Transversal	66	23
Concertación	57	20
RN	54	19
UDI	27	9
Alianza	21	7
PS	18	6
DC	15	5
Centro	14	5
IND	9	3
PPD	4	1
Institucional	2	1
PRSD	2	1
Total	289	100

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de <http://sil.congreso.cl>. Se excluyen de la tabla aquellos proyectos que nacen de mensajes. La categoría “Institucional” corresponde a aquellos proyectos presentados por senadores institucionales.

La tabla 1 nos ilustra, en primer lugar, el número de proyectos presentados por cada tendencia política. El mayor número de propuestas es presentado por un grupo heterogéneo de legisladores que provienen de distintas tendencias políticas (transversal). La Concertación en su conjunto y RN ocupan, respectivamente, el segundo y tercer lugar en cantidad de propuestas presentadas. Por otro lado, el PPD y el PRSD son los grupos políticos con menor presentación de proyectos de reforma.

La figura 5 nos muestra los temas específicos que defienden tanto las coaliciones como los partidos que las componen, además de distinguir entre propuestas transversales y de centro. Se excluyen de este ejercicio los proyectos derivados del Ejecutivo y los proyectos presentados por senadores institucionales.

FIGURA 5



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de <http://sil.congreso.cl>

En primer lugar podemos notar que la mayor cantidad de proyectos es presentada por un grupo transversal de parlamentarios. Le siguen los proyectos presentados por parlamentarios de la Concertación y luego los proyectos presentados por representantes de RN. Estos tres grupos tienen un comportamiento legislativo similar, aun cuando la Concertación y las propuestas transversales parecen preocuparse algo más de temas de derechos económicos y sociales (reformas sobre pueblos indígenas o sobre expresiones no discriminatorias), mientras que los proyectos de RN toman en consideración cambios en la estructura del Poder Judicial, como modificaciones al Código Orgánico de Tribunales o la restricción de libertades de imputados reincidentes en delitos de especial gravedad.

La UDI y RN presentaron un mayor número de proyectos por separado en relación a aquellos que presentan como coalición. Esto no se observa en los partidos de la Concertación, que parecen preferir proponer las reformas en bloque y no como partidos individuales. A pesar de ello, los partidos de la Concertación que presentan mayor número de proyectos de manera separada son el PS y la DC, mientras que los proyectos presentados por RN doblan en número a los presentados por la UDI. Llama la atención que dentro de los partidos oficialistas el PS se inclina a presentar un mayor número de reformas

tendientes a reformar derechos económicos y sociales, lo que va muy de la mano con las políticas llevadas a cabo por el Ejecutivo encabezado por una Presidenta socialista. Con todo, este alineamiento sólo se observa en el PS, ya que los demás partidos de la Concertación parecen no darle demasiada importancia a presentar proyectos en ese tema, salvo los presentados como coalición.

Los partidos de la Alianza no parecen tener las mismas prioridades. RN da importancia a proyectos que modifican el Congreso y el sistema político y de administración, seguidos por propuestas relacionadas a modificar la estructura del Poder Judicial, mientras que la UDI da importancia a reformas del Congreso y a las propuestas valóricas y pro familia. Cabe destacar que en esta última categoría la UDI es la fuerza política que más proyectos presenta, seguidos muy de lejos por las propuestas que son presentadas transversalmente.

Finalmente, las propuestas transversales tocan todos los temas definidos para este estudio en forma equilibrada, lo que parece indicar que sí existen diferencias en los proyectos que presenta cada tendencia política. En este sentido, parece ser que los representantes discriminan dónde canalizarán sus propuestas dependiendo del tema y, por lo tanto, viabilidad política de una reforma.

### **Estado actual de los proyectos de reforma constitucional**

320 proyectos se encuentran en trámite de discusión en el Congreso, aunque se encuentran en fases muy distintas. La tabla 2 muestra cómo se distribuyen estos proyectos en la trastienda legislativa.

**TABLA 2**  
Número de proyectos según estado actual (1992-2008)

Estado del proyecto	Nº de proyectos	Porcentaje
Archivado	48	15,0
Comisión mixta	2	0,6
En espera de insistencia	1	0,3
En espera de promulgación	2	0,6
Insistencia	3	0,9
Primer trámite	253	79,1
Segundo trámite	11	3,4
Total	320	100

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de <http://sil.congreso.cl>

La gran mayoría de los proyectos se encuentra en su primer trámite constitucional, por lo que sus respectivos debates no han salido de la cámara de origen. En segundo lugar se encuentran los proyectos archivados. Entre ambas categorías suman el 94% de los proyectos de reforma constitucional que en la actualidad están pendientes.

El siguiente paso es conocer si existen diferencias de estado según tendencia política. El sentido común nos indica que con un Congreso de mayoría el Ejecutivo tendría menos problemas en pasar a segundo trámite los proyectos emanados de mensajes, mientras que la coalición opositora podría ver la mayoría de sus proyectos archivados o estancados en tramitaciones menores.

**TABLA 3**  
Estado de los proyectos presentados por cada tendencia política (1992-2008)

Tendencia	Nº proyectos	% archivados	% Primer trámite	% Segundo trámite
Alianza	21	19,05	80,95	–
Centro	14	28,57	71,43	–
Concertación	57	8,77	87,72	1,75
DC	15	40,00	53,33	–
IND	9	–	100,00	–
Institucional	2	50,00	50,00	–
PPD	4	50,00	50,00	–
PRSD	2	50,00	50,00	–
PS	18	–	100,00	–
RN	54	14,81	79,63	5,56
UDI	27	14,81	81,48	3,70
Transversal	66	12,12	86,36	1,52
Mensaje	31	16,13	48,39	16,13
<b>Total</b>	<b>320</b>			

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de <http://sil.congreso.cl>

La tabla 3 presenta el estado de los proyectos según tendencia política. Podemos observar que los proyectos que más pasan al archivo son los que provienen de parlamentarios de partidos oficialistas específicos, mientras que los menos archivados son aquellos que provienen de parlamentarios de los diferentes partidos de la Concertación legislando en conjunto. En este sentido

parece mejor proponer reformas que representen a toda la coalición en lugar de proponer reformas con sesgo partidista. Lo anterior no parece aplicarse a la Alianza, debido a que el porcentaje de propuestas archivadas no varía mucho cuando provienen de partidos específicos o cuando son mociones partidistas. Las propuestas transversales también parecen ser más exitosas en evitar su archivo, menos que aquellas provenientes de la Concertación, pero más que los mismos mensajes emanados del Ejecutivo. Cabe señalar que ninguno de los proyectos propuestos por el PS y por parlamentarios independientes pasaron al archivo, lo que los convierte en las tendencias políticas más exitosas a la hora de discutir sus proyectos, pero su avance en las siguientes etapas de la discusión parlamentaria parece ser más lenta.

Por otro lado, los proyectos de reforma que se encuentran en primer trámite son mayormente aquellos emanados de la Concertación y de propuestas transversales. Les siguen las propuestas derivadas de los partidos de la Alianza y aquellos propuestos por esa coalición en conjunto. Nuevamente, en esta etapa observamos que no es favorable presentar proyectos separados de la coalición para la Concertación, e indistinto es este factor para la Alianza, que sigue teniendo los mismos porcentajes en los estados de tramitación para proyectos partidistas y para aquellos que representan a la coalición. Los proyectos del PS e independientes, si bien evitaron su archivo, se encuentran entrampados en primer trámite, mientras que la mitad de los proyectos emanados de mensajes se encuentra en esta etapa legislativa.

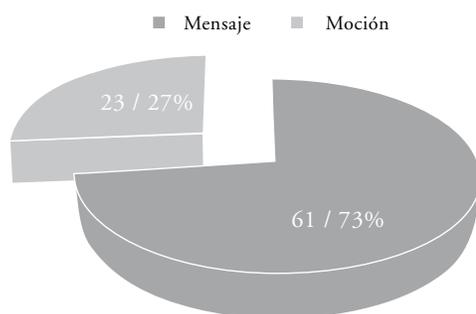
Finalmente, son muy pocos los proyectos que avanzan a segundo trámite. Como indica el sentido común, los proyectos de reforma emanados de mensajes del Ejecutivo son los más exitosos. Un 16% de estos proyectos se encuentra en esta etapa de tramitación, muy lejos de las cifras observadas para los proyectos emanados del Congreso, en esta misma etapa. Como se presumía de acuerdo a lo observado en etapas anteriores, el oficialismo llega a esta etapa gracias a proyectos presentados en nombre de toda la coalición, ya que los proyectos partidistas parecen avanzar sólo hasta primer trámite. Con todo, el éxito es relativo al considerar el importante número de proyectos propuestos por la coalición oficialista. Por otro lado, llama la atención las cifras que muestran los partidos de la Alianza, la cual como coalición queda fuera, pero llega a segundo trámite gracias a las propuestas partidistas. Dentro de este pacto, la UDI parece ser el partido más exitoso debido que, a pesar de presentar un bajo número de propuestas, logra posicionar un número importante de ellas en segundo trámite, aunque las cifras de RN tampoco parecen triviales. Las propuestas transversales, si bien avanzan en un número menor a segundo

trámite, pierden su real valor al revisar el número total de propuestas. En este sentido, las propuestas transversales, a pesar de llegar a segundo trámite, parecen ser las menos exitosas.

## Rendimiento

Un aspecto importante de indagar es la eficacia del Poder Legislativo a la hora de pasar las leyes. La figura 6 muestra que desde el 4 de marzo de 2008 hasta el 18 de marzo de 2009 fue publicado un total de 84 nuevas leyes. El 27% de estas leyes provinieron de mociones parlamentarias, mientras que el 73% restante corresponde a mensajes del Ejecutivo que terminaron siendo publicadas.

FIGURA 6



Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos obtenidos en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). Se seleccionaron los proyectos del listado de las leyes publicadas por el *Diario Oficial* entre el 4 de marzo de 2008 y el 18 de marzo de 2009.

Esta ventaja evidente de los mensajes por sobre las mociones radica justamente en que los primeros gozan de urgencias que permiten que estos proyectos se mantengan en continua discusión, y además porque estos proyectos gozan de mayor interés para ser promulgados de manera expresa, ya que interpretan fielmente las jerarquías del Ejecutivo y cuentan con un apoyo parlamentario importante por parte de los legisladores oficialistas.

Por otro lado, los mensajes, aparte de ser mayormente aprobados y publicados en número, son de trámites más cortos. La tabla 4 muestra que las mociones parlamentarias publicadas se tramitaron durante 538 días hábiles en promedio, mientras que los mensajes fueron publicados luego de 360 días de tramitación, en promedio. Además, las mociones más expés fueron publicadas en no menos de 20 días, mientras que los mensajes que se publicaron más rápido no excedieron los 5 días.

**TABLA 4**  
**Tiempo que demora la publicación de los proyectos de ley, según tipo**

Tipo de proyecto	N	Mínimo (días)	Máximo (días)	Promedio días hábiles
Mensaje	61	5	4.254	360,7
Moción	23	20	2.144	506,0
Total	84	5	4.254	400,5

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

Nota: Los días hábiles no consideran feriados nacionales o días “sándwich”.

### **Acerca de las urgencias**

Otro aspecto importante del funcionamiento del Legislativo se relaciona con el uso de las urgencias aplicadas a los proyectos por parte del Ejecutivo. La intención de aquéllas es dotar de prioridad a los proyectos presentados por el Presidente de la República y darles una discusión preponderante en el Congreso, por sobre las mociones presentadas por los parlamentarios. Con todo, esta herramienta actualmente parece que no es garantía de eficiencia o de prioridad.

**TABLA 5**  
**Número y porcentaje de proyectos presentados por el Ejecutivo bajo urgencia (urgencias vigentes al 13 de marzo de 2009)**

	N° proyectos presentados	N° proyectos con urgencia	% de proyectos con urgencia
Cámara	60	25	41,7
Senado	65	37	56,9
Mixta	9	2	22,2
Total	134	64	47,8

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

La tabla 5 evidencia lo anterior. En la Cámara de Diputados existen actualmente 25 proyectos a los cuales el Ejecutivo le ha puesto algún tipo de urgencia. Estos proyectos equivalen a cerca del 42% del total de proyectos presentados por el Ejecutivo en esa cámara. Asimismo, de los 65 proyectos existentes en el Senado, 37 poseen algún tipo de urgencia, lo que equivale al 57%, mientras que de 9 proyectos actualmente en comisión mixta, 2 tienen urgencia, lo que equivale al 22%.

Evidentemente, un número elevado de proyectos con urgencia hace patente la inadecuación de esta herramienta, debido que no sólo no ayuda a

apresurar la promulgación de los proyectos caratulados con urgencia, sino que además causa que cada proyecto urgente compita con otro, produciéndose también una sobrecarga de temas del Ejecutivo en la agenda. De esta manera, las urgencias no sólo no son útiles para perseguir y asegurar una pronta promulgación de los mensajes, sino que tampoco permite la tramitación de las mociones parlamentarias.

Finalmente, la tabla 6 nos muestra que las urgencias más utilizadas son las urgencias simples, las cuales no persiguen una rápida publicación de leyes, sino que aseguran una discusión continua de temas del Ejecutivo, en desmedro de las mociones parlamentarias. Además, al tomar en consideración que el no cumplimiento de los plazos contenidos en cada urgencia no conlleva ninguna sanción hacia los parlamentarios, podemos entender la sobreutilización de esta herramienta en el Congreso por parte del Ejecutivo. Los proyectos son retirados luego de los plazos definidos en las urgencias y puestos inmediatamente en tabla por parte del Ejecutivo con el fin de insistir en su discusión y tramitación.

**TABLA 6**  
Urgencias según cámara y tipo (urgencias vigentes al 13 de marzo de 2009)

	Simple	Suma	Discusión inmediata	Total
Cámara	16	8	1	25
Senado	24	12	1	37
Mixta	2	0	0	2
Total	42	20	2	64

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

### **Estudio de caso: proyectos de reforma constitucional**

Con el objetivo de profundizar en las diferencias programáticas entre las tendencias políticas de los partidos, es decir, evaluar hasta qué punto en la discusión legislativa se presentan líneas de división programática, a continuación se presenta un estudio de dos debates legislativos. El primero, a propósito de la discusión de la Ley General de Educación y que colocó en entredicho el tema del lucro en la educación, y el segundo a propósito de la discusión sobre un proyecto de inscripción automática y voto voluntario, que generó un debate sobre la voluntariedad/obligatoriedad del voto en el país.

#### ***I. Establece la Ley General de Educación (proyecto 4970-04)***

Este proyecto de reforma constitucional entró a la Cámara de Diputados

el 11 de abril de 2007 y aún se encuentra en tramitación. El impulso de este proyecto vino dado por la movilización social registrada en 2006 por parte de los estudiantes de la educación secundaria, denominados “pingüinos”, quienes salieron a las calles para exigir un cambio a la antigua Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE), una de las últimas leyes promulgadas por el gobierno militar. Hay que destacar que este proyecto de reforma nace luego de un acuerdo llevado a cabo por los partidos políticos junto con el Ejecutivo, quienes luego de mucha discusión acordaron presentar el texto que se presentó en aquella oportunidad.

Desde el primer momento, la discusión para reformar la LOCE se centró en los aspectos más centrales de la educación. Así, un sector se manifestó por un reforzamiento de la calidad de la educación pública, derogando la municipalización, y otro sector, aparte de lo anterior, culpó del fracaso de las políticas educativas a la existencia de una alternativa privada de educación que reproducía las injusticias sociales. Esta distinción la identificamos como posiciones dentro del eje mayor mercado/mayor Estado, donde el mercado defiende los intereses de la educación privada, y el polo del Estado defiende el rol de la educación pública como el único tipo de educación que solucionaría los problemas evidenciados en 2006.

Sin embargo, existieron posturas más moderadas que si bien abogaban por una mejora sustantiva en la educación pública no demostraron un interés en acabar con la educación privada. Además, no todas las posturas para aprobar o rechazar este proyecto se centraron en el eje mencionado.

La figura 7 muestra las posiciones observadas en la discusión de este proyecto en la cámara en una primera etapa, alrededor del eje mercado/Estado.

## FIGURA 7

### Posición de los diputados en la discusión sobre la reforma a la LOCE

Reforma LOCE (Cámara)

al 9 de diciembre de 2008



Fuente: Elaboración propia con información obtenida en <http://sil.congreso.cl>. Los nombres en negro indican voto a favor, mientras que los nombres en gris indican a quienes votaron en contra.

Como se desprende de la figura, pocos legisladores se ubican en los extremos del continuo. Tres diputados UDI defendieron a ultranza la educación privada y en el discurso se mostraron como férreos defensores de la libertad de enseñanza y de la libertad de los padres para elegir dónde educar a sus hijos. Además, plantearon que la reforma ideal de la centroizquierda era eliminar por completo los colegios particulares, cosa que se mostraron tenaces en evitar. Por otro lado, cinco parlamentarios oficialistas y uno del PRI insistieron en que los fracasos en la política educacional radicaban en la existencia de la educación privada, la cual representa las injusticias sociales y no aporta a mejorar la movilidad social.

Con todo, 33 diputados de diferentes tendencias decidieron apoyar o rechazar la reforma, pero por razones que no se referían al debate sobre mercado/Estado. Quienes se mostraron abiertos a la reforma desde esta posición plantearon la importancia de una renovación de las políticas de educación, pero sin

atacar a la educación privada o particular subvencionada, sino al mejoramiento en la distribución de los recursos y en modificar la estructura municipalizada.

En tanto, otros decidieron rechazar la reforma por no estar de acuerdo en aprobar un proyecto realizado a espaldas del Congreso –este proyecto nació gracias a la iniciativa del Ejecutivo de crear una comisión de expertos a cargo del tema, y posteriormente su redacción se llevó a cabo tras un gran acuerdo político. En la discusión en el Congreso, no se cuestionó la legitimidad de la educación en particular, aunque algunos parlamentarios plantearon que se requería más tiempo para examinar la propuesta en su conjunto. Pese a ello, se aprobó la idea de legislar, luego de lo cual pasó a la cámara revisora, lugar donde la situación no varió drásticamente producto del acuerdo político de aprobar una reforma en la materia.

**FIGURA 8**  
**Posición de los senadores en la discusión sobre la reforma a la LOCE**

Reforma LOCE (Senado)  
 al 9 de diciembre de 2008



Fuente: Elaboración propia con información obtenida en <http://sil.congreso.cl>. Los nombres en negro indican voto a favor, mientras que los nombres en gris indican a quienes votaron en contra. El caso en letras cursivas indica la abstención de ese senador.

De manera similar a lo observado en la cámara baja, los senadores también se posicionaron mayormente en la mitad del continuo mercado/Estado. Andrés Allamand fue el más férreo defensor de la educación particular, reinterpretando el controversial concepto de lucro como emprendimiento legítimo, mientras que tres senadores oficialistas y un independiente hablaron en contra del “lucro” obtenido por las sociedades que mantienen los colegios privados y se mostraron partidarios de terminar con el negocio de la educación.

Por otro lado, 20 senadores se situaron al medio del eje y decidieron dar su opinión, en contra o a favor, sin mencionar la necesidad de ponerle término a la educación privada. Con todo, esta cámara mostró un mayor interés en aprobar el proyecto debido que sólo cinco de 25 senadores que quisieron argumentar su votación en la sala decidieron votar en contra de la idea de legislar este proyecto, pero se debe destacar que en esta cámara se registró la abstención argumentada de Adolfo Zaldívar.

Luego de esta discusión, fue aprobada la idea de legislar en el Senado y se fijaron plazo para incluir indicaciones para los primeros días de enero de 2009.

## ***II. Reforma constitucional que modifica los artículos 15 y 18 de la carta fundamental, con el objeto de consagrar el sufragio como un derecho de los ciudadanos y de su inscripción automática en los registros electorales (proyecto 3544-07)***

Conocido es lo engorroso del sistema de inscripción voluntaria que actualmente determina el padrón electoral chileno: las juntas inscriptoras abren por pocas horas durante la semana, junto con el desconocimiento de su ubicación, la existencia de una fecha límite de inscripción definida en 120 días antes de la celebración de los comicios, dar aviso frente a los cambios de domicilio y un sentimiento de incertidumbre frente a los eventuales y arbitrarios sorteos para ser vocales de mesa causan que la gente decida finalmente no participar en las elecciones.

El proyecto, además de promover la inscripción automática en los registros electorales, pretende instaurar el voto voluntario en oposición al sufragio obligatorio actual, dado que en la práctica las multas por no sufragar no se cursan —lo que otorga al voto una cualidad de voluntarismo importante— y porque se considera que la obligación es una coerción innecesaria y poco acorde a los tiempos. Aquí sería esperable encontrar una división entre una postura “republicana” asociada a la obligatoriedad de cumplir con ciertos compromisos ciudadanos versus una postura “liberal” asociada a la defensa del derecho individual de abstraerse del proceso político voluntariamente.

En efecto, la discusión general en sala de este proyecto en su cámara de origen (Senado) evidenció que los argumentos claves se centraron en establecer si el voto era un deber o un derecho de los ciudadanos. Quienes apoyaron el voto voluntario plantearon que era un derecho que se ejercía o no según fuera la decisión libre e individual de cada uno de los electores, y quienes defendieron la mantención del voto obligatorio plantearon que el sufragio era un deber que el ciudadano tenía con la sociedad de manera similar a lo que es el pagar los impuestos. De esta manera, el eje principal de la discusión que logramos identificar fue el continuo entre un republicanismo, que plantea que el voto es una obligación vista como costo de la democracia, y un liberalismo, que plantea que el voto debe ser voluntario y se deben respetar las decisiones de los individuos de participar o no en los procesos electorarios.

Para nuestro análisis sólo rescataremos la parte de la discusión relativa a la reforma al voto voluntario, dado que es la que encierra el debate liberal/republicano. Además, la discusión sobre la inscripción automática generó, en un primer momento, poco debate.

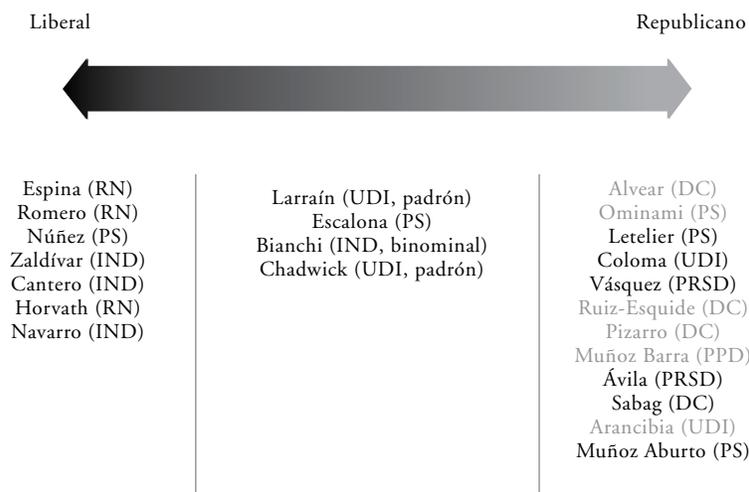
La figura 9 nos muestra la posición que tuvieron los senadores durante la primera discusión en sala. Nuevamente, de manera similar al caso examinado anteriormente, existe una posición intermedia que reúne a varios senadores que manifiestan ciertas dudas o aprensiones para declararse a favor o en contra del voto voluntario.

En primer lugar, debemos constatar que en esta primera discusión quienes se mostraron más partidarios al voto voluntario fueron los senadores RN, que dieron sus argumentos en la sala y se concentraron en defender la tesis de que la voluntariedad del voto plantea nuevos y necesarios desafíos para que los políticos reencanten a los electores, sobre todo a los jóvenes que entrarían por primera vez al padrón.

## FIGURA 9

### Posición de los senadores en la discusión sobre la reforma al voto voluntario e inscripción automática

Reforma electoral (Senado)  
al 18 de marzo de 2008



Fuente: Elaboración propia con información obtenida en <http://sil.congreso.cl>. Los nombres en negro indican voto a favor, mientras que los nombres en gris indican a quienes votaron en contra.

Los parlamentarios UDI se mostraron partidarios de mantener el voto como obligatorio utilizando como argumento que el padrón actual ha demostrado ser funcional durante muchos años y que el voto es un deber propio de la democracia. Estas mismas razones fueron argüidas por los parlamentarios DC, quienes en su V Congreso Nacional celebrado antes de la discusión ya habían decidido no modificar la obligatoriedad del sufragio.

Finalmente, los parlamentarios que se sitúan al centro del diagrama fueron quienes no definieron su postura en lo concerniente al voto voluntario. Como se dijo anteriormente, los parlamentarios UDI mostraron aprensiones en cuanto a lo que implica la ruptura del actual padrón, Bianchi planteó la necesidad de tener una discusión previa sobre el sistema binominal, y Escalona simplemente se refirió a la necesidad de adoptar la inscripción automática, pero no se pronunció sobre el voto voluntario.

El resultado final de esta primera discusión fue una aprobación de la idea de legislar sobre el proyecto, pero luego de realizar indicaciones. La segunda discusión en sala fue luego de las indicaciones hechas al proyecto y arroja diferencias sustantivas a lo observado en la primera discusión.

FIGURA 10

Posición de los senadores en la discusión sobre la reforma al voto voluntario e inscripción automática (segunda discusión)

Reforma electoral (Senado)  
al 18 de marzo de 2008



Fuente: Elaboración propia con información obtenida en <http://sil.congreso.cl>. Los nombres en negro indican voto a favor, mientras que los nombres en gris indican a quienes votaron en contra.

La figura 10 muestra el nuevo alineamiento luego de las indicaciones hechas al proyecto original. Claramente, la novedad es que luego de las indicaciones no se observa un punto intermedio y hay una coherencia entre apoyar la postura republicana y no apoyar el proyecto, y entre apoyar la postura liberal y aprobar la idea de legislar.

Luego de las indicaciones, los representantes DC, que anteriormente estaban en contra del voto voluntario y que luego lo apoyaron, dieron su voto a favor porque favorecer la idea de legislar era el único mecanismo para garantizar la inscripción automática y, por ende, estaban dispuestos a sacrificar sus ideas republicanas del sufragio por el bien mayor. De hecho, estas mismas razones fueron expuestas por todos quienes decidieron cambiar su votación.

Con todo, cada uno de ellos aclaró que este proyecto no iba a ser aplicable en el corto plazo debido que no existían las leyes orgánicas que definieran cómo el proceso de inscripción voluntaria se iba a llevar a cabo en la práctica, por lo que una definición pronta era improductiva y no vinculante, dado que la misma discusión se iba a dar en un Congreso con nuevos legisladores.

Por otro lado, en esta segunda discusión tomaron más importancia las definiciones alrededor del tema de la inscripción automática, ya que lo que antes parecía lógico ahora se mostró más peligroso. Los parlamentarios de derecha se enfocaron en mantener el actual sistema de inscripción voluntaria debido que el sistema de empadronamiento era uno de los más confiables del mundo y si se aprobaba la inscripción automática se perdía esta certeza y se dejaba en manos de instituciones aún sin definir la responsabilidad de llevar a cabo la inscripción. Este tema, sin embargo, escapa a nuestro análisis.

A modo de conclusión, en una primera etapa la discusión se centró en la cualidad voluntaria u obligatoria del sufragio y se dio la inscripción automática como algo necesario y natural. Los senadores que argumentaron su decisión en sala dieron argumentos bastante convincentes para caracterizar al voto como deber o como derecho, según fuera el caso. En la segunda discusión, sin embargo, hubo un mayor consenso en que el voto debería tener un cariz voluntario, mientras que el debate se concentró en los mecanismos institucionales que se iban a encargar de realizar una eventual inscripción automática, sobre las competencias de este y los nuevos roles tanto del Registro Civil como del Servel.

No deja de llamar la atención este cambio en el debate. Parece ser que la certeza de que las leyes orgánicas no iban a estar definidas para las elecciones de 2009 –lo que implica que la decisión final estará en las manos de los legisladores electos en esos comicios– tendió a relajar las posiciones y a optar por la idea de legislar sobre el voto voluntario con el fin de dar la señal de cambio pero sin definir nada en la práctica.

Ello podría explicar el cambio en el discurso de los parlamentarios DC, quienes defendieron en un primer momento con mucha tenacidad el voto obligatorio y luego optaron por el voto voluntario sin mediar mayores cambios en el proyecto; y el mismo argumento puede explicar el caso de los parlamentarios de derecha, quienes pasaron de preocuparse de la obligatoriedad del voto hacia la definición pronta de mecanismos institucionales que realicen una migración eficiente y proba desde un sistema de inscripción voluntaria a uno de inscripción automática, dado que en sus proyecciones el voto de los jóvenes los favorecería, aunque aquello parece estar totalmente probado de acuerdo a encuestas de opinión (ver Cabezas y Navia, 2009).

## **Conclusiones**

El presente estudio nos permite obtener conclusiones relevantes sobre el proceso legislativo que existe en toreno a temas de reforma constitucional. En primer lugar, podemos observar que desde 2005 existe una explosión de

presentación de proyectos de reforma. Esto puede deberse a que existe un ambiente de *momento constitucional* luego de la remoción de varios de los enclaves autoritarios que se mantuvieron por largo tiempo.

La caída de estos enclaves otorga un impulso a los legisladores para continuar avanzando hacia una consolidación democrática que puede tener como paso siguiente y lógico una reforma a la carta fundamental. Sin embargo, hay que destacar que existen incentivos político-institucionales que generan la aparición de nuevos proyectos. Desde mediados de la década de los 90, un cambio en el procedimiento legal permite que cada legislador que tenga éxito en su moción pueda firmar con su nombre la promulgación, lo que resulta un incentivo para él de quedar en la historia de la legislación nacional. Este estímulo, algo frívolo, puede llevar a que cada parlamentario sea más prolífico en su trabajo, con el fin de obtener reconocimiento y prestigio.

Una segunda conclusión radica en que existen diferencias programáticas significativas según los partidos que originan los diferentes proyectos de reformas. Mas arriba vimos que el Partido Socialista enfatiza cambios en lo que respecta a derechos económico-sociales, Renovación Nacional apunta a cambios en temas de justicia y la UDI se presenta como un partido con énfasis en la protección a la familia. Adicionalmente, existen diferencias en los proyectos presentados a nivel de coalición en relación a aquellos presentados vía partido. Los proyectos presentados por parlamentarios de diferentes partidos poseen una mayor probabilidad de éxito en su discusión que aquellos presentados por parlamentarios provenientes de un solo partido. Esto es evidente sobre todo para la Concertación, coalición que es más exitosa al presentar proyectos con el conjunto de sus partidos que con cada uno de ellos por separado. Lo anterior indica que al parecer la discusión de agendas al interior de los partidos de la Concertación es necesaria para evitar el archivo de los proyectos presentados. Finalmente debemos indicar que los proyectos con más probabilidad de avanzar en la discusión parlamentaria son aquellos que emanan del Ejecutivo, lo que indica que la influencia de este poder del Estado es muy clara al interior del parlamento.

Una tercera conclusión es que los parlamentarios parecen ser flexibles a la hora de avanzar en la discusión legislativa. Al analizar los casos presentados notamos que los parlamentarios toman decisiones sobre la marcha y deciden cambiar sus posiciones según cálculos estratégicos y no sólo a base de principios valóricos o programáticos. Esto se evidencia claramente al seguir la discusión sobre el voto voluntario, donde muchos de los parlamentarios que al principio tuvieron una determinada postura cambiaron el eje de la discusión

hacia diversos temas, con el fin de justificar un cambio en esa postura para incluir a nuevos votantes en el padrón electoral. Estos cambios en el eje de la discusión –valores democráticos al principio y procedimiento fiscalizador en una segunda instancia– indican que los legisladores consideran diferentes variables en diversos momentos según quieran justificar sus decisiones algo vacilantes. La conducta de los legisladores, entonces, parece ser más compleja que la que se puede intuir si consideramos sus partidos o coaliciones como *information shortcuts*. La teoría de los partidos como resumideros de información, tan revisada en la academia, parece quedar corta al contrastarla con la discusión real llevada a cabo en el hemiciclo.

### **Referencia**

Cabezas, José Luis, y Patricio Navia. 2009. “Quiénes son y qué prefieren los no inscritos”. En: *Chile 2008: percepciones y actitudes sociales. 4º informe de Encuesta Nacional ICSO-UDP*. Santiago: Universidad Diego Portales.

# Comentarios de Jorge Burgos, Jaime Gazmuri y Carlos Ominami<sup>1</sup>

## La urgencia de la reforma política

Jorge Burgos

*Diputado del Partido Demócrata Cristiano*

Claramente una reforma política es mucho más necesaria que factible, a lo menos con los mecanismos que la carta de 1980 otorga para cualquier reforma institucional de envergadura. Todos sabemos que el resultado de las elecciones parlamentarias de 2009 no va a permitir convertir en viable lo necesario, aunque el tema de la reforma se convierta en un punto central de las campañas políticas.

Los resultados podrán traer más novedades que las acostumbradas, en materia parlamentaria, pero su magnitud no alcanzará, ni con mucho, para abrir los cerrojos que habilitan las reformas necesarias.

Prefiero hablar de reformas que de nueva Constitución; más bien veo una nueva Constitución como el resultado, en el mediano plazo, de un esfuerzo de negociación transversal, que puede eventualmente concluir en una nueva carta. La mía es una opinión muy personal, pues pertenezco a un partido y a un conglomerado donde se ha instalado fuertemente el tema de la necesidad de establecer una nueva Constitución.

En general, siempre he creído que la necesidad de nuevas cartas fundamentales tiene más que ver en épocas “refundacionales”; no tengo para nada claro que nuestra sociedad hoy esté en esa condición; me parece que colocarnos en esa disyuntiva es más bien artificial y puede ser productora de sensaciones de inestabilidad. Los procesos tipo Chávez, Morales, Correa, lejos de producirme admiración, me producen serias dudas, más bien reproches.

Sí creo que es indispensable abocarse a reformas políticas; su postergación indefinida, amparada en los candados aún vigentes, me parece altamente irresponsable.

Déjenme señalar algunas de las reformas que me parecen más urgentes.

1 Presentaciones en el seminario “¿Una nueva Constitución para la República?”, organizado por ICSO-Universidad Diego Portales y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y auspiciado por la Fundación Böll y el Instituto Igualdad. 24 de agosto de 2010.

## **Sistema electoral**

La permanente polémica sobre el sistema electoral vigente desde 1989 debiera dar paso a la búsqueda de un acuerdo modificatorio. Para justificar su mantención ya no basta su mérito original, el que reconozco: contribución a la existencia de dos grandes bloques, el bajo número de partidos que produce y sus efectos de mayor gobernabilidad. Sin embargo, los *incumbentes* del bando que sean se ven brutalmente favorecidos. Ello ha contribuido a una dicotomía compleja y a mucho reproche discursivo, pero a una escasa decisión de cambiarlo.

Me parece que este tema es muy central de reforma política, y requiere de un esfuerzo de negociación en que todos estemos dispuestos a ceder. Las bases de la búsqueda de un acuerdo las podemos encontrar en la propuesta que hiciera la comisión presidida por Edgardo Boeninger, hace ya algunos años, y que considera los siguientes cuatro aspectos:

a) Dotar de mayor competitividad al sistema, de modo que cada partido, pacto o subpacto lleve el número de candidatos que desee. La derecha, que siempre dijo que se perjudicaba al ser sólo dos partidos, hoy ya incorporó a Chile Primero y entiendo que ha establecido relaciones informales con el PRI (Partido Regionalista); en consecuencia, su contraargumento ha perdido fuerza a través del tiempo.

b) Establecer un número de diputados a elegir por aquellos partidos que, obteniendo más de un 5% de los votos, no pudieran acceder a escaños por votación directa.

c) Volver a un Senado de 50 miembros.

d) Rediseñar los distritos y subdivisión de las circunscripciones regionales o subregionales, de modo de terminar con uno de los grandes defectos del sistema electoral binominal: la gigantesca disparidad en el valor de los votos.

Una reforma del sistema sobre estas bases mínimas permitirá mayor competencia, más participación y un reflejo más genuino de la voluntad popular. De esos acuerdos pueden surgir sin duda caminos más expeditos para diversas reformas pendientes, hoy protegidas por un binominal intocado por más de 20 años.

## **Reformas al sistema de partidos políticos**

A mi entender, este ámbito debe incluir los siguientes aspectos:

- Mecanismos de selección de candidatos.
- Protección de los derechos de los afiliados.
- Participación de los militantes en la formulación de la voluntad partidista.
- Elección de autoridades.
- Distribución del poder dentro de los partidos.

- Disciplina de los parlamentarios.
- Mecanismos y métodos de rendición de cuentas dentro de los partidos.

Nuestra larga tradición de partidos políticos, fuertes, con programas, respetados por la ciudadanía, con capacidad de influir en el desarrollo de la nación, ha sido sin duda una contribución importante al desarrollo nacional. El grave deterioro de la imagen pública de los partidos, como lo certifican todos los estudios de opinión, hace indispensable abocarse con urgencia a intentar resolver este problema.

### **Reformas sobre gasto y financiamiento electoral**

El acuerdo entre el entonces ministro del Interior José Miguel Insulza y el senador Pablo Longueira, de la UDI, en el año 2003, marcó un antes y un después en esta materia y nos da una clara base para seguir progresando en esta importante aspecto del desarrollo político.

Creo que a lo menos deben incluirse los siguientes temas:

- Fin de las donaciones reservadas; es necesario transparentar todas las donaciones.
- Revisar la posibilidad de que las personas jurídicas hagan donaciones, limitándolas a las personas naturales. Sé que éste no es un tema fácil de resolver, pero requiere de una nueva discusión.
- Definir el tema del gasto en las pre campañas.
- Otorgar verdaderas atribuciones al Servicio Electoral en materia de control de gasto. Hoy, digámoslo, el control es bajísimo, por no decir nulo.
- Responsabilidad de los candidatos en materia de gasto, no sólo de los administradores.
- Financiamiento público permanente a los partidos políticos, no sólo en función de los gastos electorales.
- Término de toda discrecionalidad y plena transparencia en la entrega de recursos públicos para programas de carácter social.
- El resultado de las reformas indicadas debe ayudar a alejar cada vez más la influencia del dinero en la política, en las elecciones.

Sé que estas reformas son sólo algunas de las pendientes, pero me parecen las más esenciales y urgentes. Creo que el procedimiento para enfrentarlas debiera intentarse a la brevedad. Pienso que un buen camino para esta búsqueda, pudiera ser que el próximo Presidente de la República encargara a un grupo de personas (académicos, políticos, ONG representativos del país) para proponer en un plazo de 90 días propuestas de reformas al Congreso Nacional en esta materia.

# La repetición de la historia y el debate constitucional

Jaime Gazmuri

*Senador del Partido Socialista*

La pregunta que motiva este panel tiene que ver con la factibilidad y necesidad política y la estrategia del debate constitucional y eventualmente de una nueva Constitución. Hay una afirmación que normalmente hacen mucho quienes se oponen a las reformas constitucionales. Ellos afirman permanentemente que las cuestiones de la reforma política no están en la agenda porque no están dentro de los intereses más inmediatos de la gente. Ésta es una afirmación muy recurrente en el debate político sobre las cuestiones constitucionales. Además de estar en desacuerdo con lo esencial de la afirmación, yo quiero poner otro punto y es que, durante los últimos veinte años, los debates constitucionales han sido parte permanente, y muy importante, de la agenda política. El tema no es que los debates constitucionales no hayan existido en el país, ni las reformas políticas, desde el plebiscito hasta hoy.

Hoy tenemos en distintos trámites en el Senado de la República dos debates constitucionales de la mayor importancia, los cuales todavía no hemos podido resolver, que se están discutiendo en comisiones y en sala. Uno es sobre el régimen de descentralización y el estatuto de las regiones y la elección directa de los consejeros regionales —lo acabamos de discutir la semana pasada—, y el otro, que también es una discusión que viene desde hace mucho tiempo y que hoy tiene además una vigencia política inmediata, hasta casi periodística, es sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, el cual todavía no se aprueba. Por lo tanto, debate constitucional ha habido de manera ininterrumpida durante estos últimos veinte años.

El primer gran debate constitucional se realizó una vez que triunfó la opción No a Pinochet en el plebiscito de 1988, y que dio origen a las reformas acordadas entre lo que eran en esos tiempos el Comando del No y los representantes del régimen militar. Entre otras reformas importantes, se eliminó el artículo octavo, que favorecía la exclusión del sistema político de toda la izquierda del país; se incorporó el artículo quinto, que le dio estatuto constitucional al derecho humanitario internacional y que ha servido como fundamento constitucional para muchas de las cuestiones que se han hecho en materia de derechos humanos durante estos veinte años.

El año 1992 tuvimos una reforma constitucional importante que tuvo que ver con la democratización de los municipios. La ley orgánica constitucional sobre municipalidades establecía un municipio que no tenía génesis democrática en su composición.

Luego llegamos a las reformas del Presidente Ricardo Lagos del año 2005, donde se sacó la firma de Pinochet de la Constitución. Éstas finalmente fueron las reformas que culminaron con la eliminación del texto constitucional de lo que en esos tiempos llamábamos los *enclaves autoritarios*, es decir, eliminaron el estatuto que las fuerzas armadas tenían como quienes cautelaban el régimen político, y éste era uno de los elementos de la arquitectura de la Constitución del 80.

Dada toda la discusión política desde 1988 en adelante, no se sostiene la idea de la pertinencia o no de los debates constitucionales. Hemos vivido debates constitucionales, mucho más que cualquier otro país democrático ya durante veinte años. Eso tiene, obviamente, una explicación de fondo, y no es que los chilenos seamos particularmente apasionados por los debates constitucionales, sino que tiene que ver con el hecho de que la transición se inició con una Constitución que es ilegítima en su origen, dado que fue impuesta al país por una dictadura y no es democrática en sus contenidos. Esto generaba una tensión, una presión por las reformas políticas que nos acompaña desde el inicio mismo de la transición.

La pregunta no es si vamos a seguir haciendo reformas políticas, porque las vamos a seguir haciendo, y las estamos haciendo el día de hoy. Cualquiera sea el resultado de este foro, vamos a votar la primera semana de septiembre de 2009 el proyecto sobre régimen regional –no me gusta mucho el proyecto, pero igual lo vamos a votar– y seguramente vamos a aprobar la elección directa de los consejeros regionales, y en algún momento vamos a poner en votación el tema del reconocimiento de los pueblos indígenas.

La pregunta, por tanto, es si tener una democracia y un sistema político constitucional de calidad resiste seguir por este camino de las reformas parciales. De ir, por así decir, parchando, corrigiendo esta Constitución, que ya es bastante distinta a la anterior, según sean las demandas sociales y las mayorías que podamos construir, o si llegará el momento de plantearse una reforma política de fondo e intentar construir un acuerdo constitucional. Esto implica un acuerdo político y social sustantivo en el país, sobre un régimen político que responda a las necesidades político-institucionales que correspondan a las necesidades de un país que quiere progresar en democracia y que tiene fuertes aspiraciones por encaminarse por un desarrollo sustentable, integrador, no excluyente, que asegure crecientes derechos a los ciudadanos, etcétera. Ésa es la gran pregunta.

Para contestarla es fundamental, a mi parecer, tener también un juicio sobre la calidad del sistema político. Yo creo que existe suficiente evidencia en el país de que tenemos un sistema político-institucional que comienza a expresar quebraduras, resquebrajaduras y problemas por muy diversos lados. Yo no digo que estemos en una crisis institucional, de las instituciones como tales. Creo que todavía no hemos llegado a ese punto, al que han llegado otros países de América Latina y al que también han llegado otras sociedades políticas. No estamos en el punto de la Venezuela de la crisis del régimen partidista de ADECO y COPEI, que dio origen al chavismo como fenómeno social y político, ni estamos en el momento de cuasi derrumbe de la democracia en Bolivia, basada en bipartidismos de los partidos más tradicionales que dieron estabilidad democrática a ese país durante veinte años y que hace dos o tres hizo crisis completa.

No estamos en ese punto. Por lo menos no hay ninguna evidencia de aquello. Como decía el Presidente Lagos, *las instituciones funcionan...* todavía. Pero sí hay síntomas preocupantes, y mencionaré sólo algunos de ellos. El primero es una relativamente rápida pérdida del prestigio de instituciones que son centrales para un sistema democrático normal. Esto tiene que ver básicamente con el parlamento, con el Poder Judicial y los partidos políticos. Yo entiendo que ése no es un fenómeno exclusivamente chileno, sino que es uno que acompaña a las democracias modernas, pero es un signo preocupante. Cuando las instituciones dejan de tener respaldo, respeto, adhesión de la ciudadanía, estamos frente a un problema, y por lo menos debemos detectarlo.

El otro síntoma es el retiro, la ausencia de la actividad elemental del sistema político democrático, que es el ejercicio del voto por parte de las nuevas generaciones, y eso sí que es un fenómeno muy masivo. Y ese fenómeno sí es muy chileno, ya que no lo observamos con esta fuerza en otras democracias contemporáneas. Estamos con un padrón electoral que prácticamente es igual, menos los muertos y con unos poquitos inscritos cada año, que hace veinte años: ocho millones de ciudadanos, pero si calculamos que el derecho a voto es a los 18 años, debería ser por lo menos de 12 ó 13 millones. Además hay una tendencia creciente hacia el voto blanco y nulo.

### **Los temas del debate constitucional**

Si efectivamente queremos construir un sistema político de acuerdo con las exigencias que la propia sociedad chilena va planteando, considero indispensable abrir e iniciar un amplio debate constitucional con la perspectiva de redactar una nueva Constitución.

Creo que los temas que me parecen muy centrales son, en primer lugar, la debilidad de nuestros sistemas de representación democráticos. Tenemos un déficit de democracia representativa en el país que a mi juicio es muy evidente. Esto tiene que ver con el sistema binominal y la dificultad de que el Congreso Nacional exprese mayorías, integre minorías y favorezca competencias y renovación de la elite política.

Tiene que ver también con la Constitución que no haya ningún poder democrático en las provincias y regiones del país —yo represento a una región que ya tiene un millón de habitantes que no elige a nadie para su autogobierno—. Eso casi ya no existe en ninguna democracia moderna. Nuestros concejos comunales son ridículos de exiguos, 6, 8 y 10 concejales en ciudades complejas y grandes. Allí no cabe la deliberación ciudadana. Los cuerpos deliberativos están restringidos y por tanto hay un déficit fuerte de democracia representativa. Ya la democracia representativa tiene bastantes problemas en el mundo, pero si además hay un déficit de democracia representativa, la calidad del sistema democrático se debilita en extremo.

Es indispensable, en segundo lugar, establecer mecanismos de democracia directa, que son los clásicos: iniciativa popular de ley, plebiscitos, revocación eventual de mandato, etcétera. Creo que hay todo un amplio campo para explorar y desarrollar, para generar en el país instituciones de democracia directa y también de democracia participativa.

En tercer lugar creo que tenemos un cierto agotamiento del régimen político híper presidencialista que tenemos en el país. Esto genera problemas de representación política, e incluso problemas de gestión de los asuntos públicos. El hecho de que exista poca distinción entre el jefe de Estado y el jefe de gobierno genera un grado de centralización y de no responsabilidad política por parte del gobierno que es muy extremo. Sólo por poner un ejemplo, la cantidad inevitable y necesaria de horas protocolares del Presidente de la República deben ser unas cuatro horas diarias. Cuando se tiene además un gabinete de quince ministros, ninguno de los cuales puede coordinar al resto porque son todos iguales, entonces ustedes se dan cuenta de que los problemas de coordinación en la práctica del gobierno es un asunto complejo. Y para qué decir, y eso es tema histórico en Chile, de cómo el híper presidencialismo relega a los partidos políticos a funciones muy imprecisas.

Los partidos políticos en Chile no tienen funciones muy precisas. Todos decimos, y yo también, que son muy importantes, pero cuando uno empieza a ver la relevancia de ellos surgen las inquietudes: El programa de gobierno lo

resuelven los candidatos, y no solamente aquellos de la Concertación, sino todos los demás. El voto sí es por partido, pero es muy individual, no hay listas por partidos, ya que producto del sistema binominal se vota por personas. El gabinete lo genera el Presidente de la República. Las funciones de elaboración política, de vinculación de la teoría con la política, lo hicieron los partidos en los años 60, pero hoy día eso tampoco se hace. Todo esto tiene que ver mucho con el régimen presidencial, ya que esto fomenta los fenómenos que vemos: la indisciplina parlamentaria, porque, claro, si no hay responsabilidad tampoco hay compromiso, y la autocracia presidencial.

Otros problemas de carácter constitucional los mencionaré en términos muy generales. Primero, se requiere una modificación muy central, a mi juicio, del centralismo de la capital, que es una vieja tradición chilena. No sólo somos un país unitario, sino híper centralista, y eso se ha ido profundizando en el siglo XX y es la tendencia en el siglo XXI, incluso con los gobiernos democráticos de la Concertación, y a pesar del discurso regionalista que dicha coalición sustenta. Esto no se ha corregido y requiere de reformas muy profundas sobre cómo entendemos la naturaleza del Estado unitario en el país.

Es de creciente importancia, por otro lado, el estatuto especial constitucional que deben tener en el país los pueblos originarios, como una manera fundamental de expresar en la Constitución nuestra realidad de sociedad multiétnica y pluricultural, no una sociedad homogénea como nos intentó inculcar la vieja historiografía conservadora del siglo XIX.

Por último, tenemos que discutir muy a fondo el conjunto de disposiciones de la Constitución que expresan la matriz neoliberal en el orden económico y social, una Constitución que incorpore la voluntad nacional de construir un Estado de bienestar social o de protección social, y una Constitución donde las relaciones entre mercado, Estado y sociedad se modifiquen respecto de lo que la concepción de nuestra Constitución expresa y establece. Una Constitución que restituya al Estado con un rol fundamental no solamente subsidiario, sino también con un rol de integración de la nación y de proyección de su desarrollo histórico, de garante de la integración social y del respeto de las libertades sociales e individuales.

### **Estrategia para un cambio constitucional**

Creo que si todas estas cuestiones están en la discusión, como lo están hoy, no deberíamos avanzar por reformas parciales. Por tanto, se hace necesario generar un gran debate que permita las bases del acuerdo constitucional. ¿La estrategia? Estoy muy abierto a discutirla. A mí me parece que deberíamos

concordar en que la nueva Constitución fuera discutida y generada por una asamblea constituyente, y entiendo que eso despierta mucho debate en el país, pero creo que es el momento de iniciar ese debate.

No tenemos experiencia en Chile, y eso hay que decirlo, en doscientos años de vida republicana, de asamblea constituyente, y eso tiene algo que ver con la matriz autoritaria que ha tenido nuestra sociedad desde la construcción del Estado portaliano. La única experiencia de una discusión relativamente abierta de reformas constitucionales de fondo fue la comisión constituyente del 25, que fue un grupo de notables bastante representativo que originó reformas políticas de fondo que permitieron al país estabilidad institucional y constitucional desde el 25 hasta el 73.

Entiendo que no tenemos tradición, pero la verdad es que hay que abrir el debate porque las otras alternativas a mí no me parecen propias de una sociedad como la que por lo menos yo quisiera impulsar y desarrollar. Porque repetir la experiencia del 25 de los notables representativos no me parece que sea una fórmula que esté en consonancia con una de las dimensiones que existe en esta sociedad, que es una afirmación muy fuerte de la necesidad de la participación y de lo no renunciable de los derechos, de la dificultad incluso para generar mandatos representativos, etcétera. Creo que un grupo de notables iría absolutamente a contramano de una Constitución que debiera tener una fuerte legitimidad de origen y de participación.

El otro poder constitucional que podríamos considerar es el Congreso, pero no me parece que los Congresos sean buenos artífices de nuevas Constituciones porque tenemos demasiados intereses, incluso personales, creados en el orden constitucional en el cual nos hemos desarrollado –y no estoy hablando mal de nadie– como para poder efectivamente garantizar que el debate se exprese con la máxima amplitud y sin que haya intereses particulares, individuales, puestos en la discusión. Por tanto, a mí me parece que la manera más razonable sería generar las condiciones de un acuerdo constitucional.

Termino diciendo que esto necesita un esfuerzo político, la participación ciudadana es esencial, la opinión pública es fundamental. Las reformas que hemos hecho, por limitados que hayan sido sus resultados, han sido llevadas a cabo porque en general hemos tenido un gran respaldo de la opinión pública y no sólo para estas reformas constitucionales, sino también para otras reformas. Sacamos la ley de divorcio, que es una ley bastante razonable de divorcio, en un parlamento muy conservador, básicamente porque el 75% de la ciudadanía estaba a favor de la ley de divorcio. También hemos operado sin mucha movilización ciudadana. Generar, entonces, movimientos de opinión

ciudadana es un elemento central para que efectivamente podamos darnos una nueva Constitución y, al mismo tiempo, van a ser indispensables también muy amplios acuerdos, porque una Constitución es estable, duradera y funcional en la medida en que exprese y represente acuerdos políticos lo más amplios posible. Todo lo que desgraciadamente no hemos podido construir en estos veinte años, pero sí espero que podamos realizarlo en los próximos que vienen.

## Reforma, cambio constitucional y debate político

Carlos Ominami

*Senador independiente*

Junto con agradecer la invitación quisiera plantear que concurre a este debate con bastante modestia y humildad porque no son los temas en los cuales siento tener una competencia particularmente afirmada. Creo que en el curso de este seminario pudieron intervenir personas que han perfeccionado por mucho tiempo, y mucho más que uno, estos temas. Veo en la audiencia a Roberto Garretón, que viene hace muchos años trabajando sobre esto y buscando elaborar propuestas más concretas que permitan encaminarnos, no a una nueva serie de reformas políticas, sino derechamente hacia una nueva Constitución.

Quiero partir agregando algo a lo que decía el senador Gazmuri en relación a las urgencias respecto a esta discusión. Si la reforma constitucional, la nueva Constitución, fuera una urgencia de la gente, en la forma como algunos lo defienden, querría decir que este país estaría enfrentando una severa crisis. Cuando los temas constitucionales pasan a ser un tema de la calle, en la forma como algunos quisieran que fueran temas de la calle, eso querría decir que estamos en una crisis constitucional, que estamos en un severo problema político, y creo que lo propio de la gente inteligente, de los pueblos inteligentes, de las clases políticas advertidas es tratar de evitar llegar a esos momentos para discutir esos problemas.

Yo no quisiera que estuviéramos en una situación tipo Honduras para tener que discutir sobre cómo se tienen que resolver los problemas político-institucionales. Tampoco quisiera que llegáramos a la crisis que enfrentó el sistema político venezolano o las crisis que han enfrentado otros países, como

el caso de Ecuador, que han terminado también con asambleas constituyentes y reformando sus Constituciones, pero todo esto luego de una seguidilla de elecciones presidenciales, de destituciones presidenciales, de renunciadas presidenciales. Yo creo que lo inteligente sería que nosotros pudiéramos, en un marco de cierta estabilidad como la que tenemos en nuestro país, poder resolver estos problemas.

Lo primero que quisiera afirmar es que ya en nuestro país no se requieren nuevas reformas políticas, sino que quiero afirmar la idea de una nueva Constitución y no hacerlo simplemente porque estamos en época de campaña presidencial. Quiero decir que vengo sosteniendo esto por lo menos desde hace diez años, y he dejado testimonio escrito de ello en distintos textos que he publicado individualmente o que he suscrito colectivamente. No es una idea de última hora para enfrentar una campaña electoral.

Creo que hay por lo menos cinco razones, y con toda seguridad me quedo corto, pero por lo menos yo veo cinco grandes, para plantear la idea de una nueva Constitución. La primera idea tiene que ver con falta de legitimidad, con el vicio de origen, que tiene la Constitución de 1980. Ésta es una Constitución que todos sabemos la forma en que fue impuesta. Ésta debe ser —y no es un argumento mío, se lo he escuchado mucho a Manuel Antonio Garretón— una de las pocas democracias que se precian de ser democracias con todas las de la ley, que funciona con una Constitución impuesta por una dictadura. Creo que no hay otro país en el mundo que se ubique en la categoría de países en que Chile busca ubicarse, que tenga esta particularidad: estar regido por una Constitución que fue impuesta sin registros electorales, sin información política y en las condiciones de dictadura que prevalecían en 1980. Yo creo que es una vergüenza para el país que no hayamos sido capaces de enfrentar las cosas de una manera distinta.

Desde ese punto de vista, y con todo el cariño que le tengo, debo decir que fue un tremendo error del Presidente Ricardo Lagos haber puesto su rúbrica a esa Constitución. Y discúlpeme que lo diga con esta claridad, porque lo que hizo fue intentar cerrar un debate allí donde el debate tenía que ser abierto, y creo que eso fue un error del Presidente Lagos y fue un segundo error de la Concertación que lo está pagando caro. Una cosa es haber hecho un conjunto de modificaciones y otra cosa es asumir como propia una Constitución que creo que tiene, como decía, un vicio de ilegitimidad, un vicio de origen que es absolutamente irreparable. Creo que allí radica una parte importante de los problemas a los cuales aludía el senador Gazmuri respecto de la ilegitimidad del sistema, la falta de participación, la brecha que existe entre la política y la ciudadanía.

Yo creo que dada esta ilegitimidad, tenemos un problema muy serio en nuestro país. Hemos llegado después de un tiempo relativamente corto –veinte años en la historia de un país es un tiempo corto– a tener un sistema político con un alto nivel de desgaste, con un alto nivel de desprestigio y eso significa que tenemos un sistema político que tiene una capacidad de transformación cada vez menor. En este país, en este parlamento, la capacidad de resolver sobre cuestiones importantes es cada vez más pequeña. Las cosas que se pueden resolver en el parlamento, dado el juego de las mayorías o el sistema de los quórum, son, en general, de menor cuantía, porque no hay condiciones político-institucionales, dado el agotamiento del sistema, dada la falta de energía del sistema, para poder introducir cambios mayores. Me parece que allí hay un problema grave que le da mucho sentido a esta reflexión sobre cambio constitucional.

Una segunda razón que me hace pensar que ya no basta con nuevas reformas, sino que se requiere una nueva Constitución, es la siguiente, y voy a dar algunos ejemplos. La Constitución del 80 habla de todos los derechos. En el artículo 19 están prácticamente todos los derechos y se han ido incorporando algunos adicionales, pero digamos las cosas con total franqueza: la Constitución del 80 es irreformable porque hay un derecho que subordina al conjunto de los otros derechos, que es el derecho de propiedad. En materia de derechos de propiedad, la Constitución chilena es de fierro, y ahí está el neoliberalismo metido en ella. Y esto no es una cuestión puramente teórica, no es una cuestión puramente abstracta, es una cuestión que tiene mucho sentido práctico.

Dos ejemplos.

Primero, el tema de las aguas. Yo creo que hay bastante consenso hoy en Chile para considerar que todo lo que tiene que ver con las aguas va a ser una cosa fundamental en el siglo XXI, uno de los grandes recursos, y qué es lo que ocurre: Chile es uno de los pocos países del mundo donde lo esencial de los derechos de agua están privatizados. Ustedes saben cómo ocurrió: el Estado de Chile tenía razonablemente depositados los derechos de aguas en una empresa pública que era Endesa, pero en las condiciones de dictadura ésta se privatizó junto con los derechos de aguas y hoy ocurre que el 80% de ellos son propiedad privada. Un bien de uso público por la vía de esta concesión termina finalmente siendo privatizado y no ha sido constitucionalmente posible resolver este problema porque la Constitución protege la propiedad que tiene Endesa sobre el 80% de los derechos de aguas del país. Ahí yo creo que hay un buen ejemplo de cómo la Constitución es un obstáculo para el desarrollo; esta Constitución que privilegia los derechos de

propiedad sobre cualquier otro derecho es un obstáculo enorme para que el país pueda recuperar su soberanía sobre recursos tan fundamentales como el agua en el siglo XXI.

Otro ejemplo. Creo que con la Constitución actual el Estado de Chile no puede hacer algo tan elemental como preocuparse de forma prioritaria de la educación. Si aquí nosotros dijéramos “mire, frente a la crisis que está enfrentando la educación municipal, entreguemos una subvención de mayor envergadura donde más se necesita, que es la educación adonde van los pobres de este país”, eso sería claramente inconstitucional. Entonces, cuando estamos hablando de cambiar la Constitución, no estamos hablando de una discusión que involucre solamente a los juristas, o que queremos hacerla por la gracia de cambiar las cosas. Hay temas muy relevantes como el tema del agua, el tema de la educación, y podría citar otros ejemplos que hoy están obstaculizados por esta protección unilateral que tiene el derecho de propiedad respecto de otros derechos.

Tercera razón. El senador Gazmuri hablaba de esto y lo comparto plenamente. Quiero simplemente agregar un par de observaciones. Esta Constitución consagra un presidencialismo absolutamente exacerbado. En esto yo quiero ser bien claro. A mí me parece que este presidencialismo exacerbado está amarrando la democracia porque mata al Congreso Nacional y mata a los partidos políticos. Lleva a que los partidos, como tienen muy poca posibilidad de intervención frente a la figura de la presidencia, terminen dedicándose a las cosas que no debieran dedicarse. Terminan dedicándose al tema de los cupos, a conseguir trabajo para sus militantes, y no se dedican a las grandes definiciones, porque los Presidentes finalmente, y como siempre, que son más parte de una monarquía constitucional que de una república, sienten que los partidos no tienen por qué estar opinando respecto a las grandes orientaciones de desarrollo, ya que éstos son más bien ámbitos privativos de la acción presidencial. A mí me parece que esto es algo que termina matando la democracia.

Al respecto quisiera agregar dos cosas. La primera, creo que como Concertación, y yo me siento parte de esa historia, tenemos una gran responsabilidad. Aquí se nos fue perdiendo en la noche de los tiempos algo que era un consenso muy afirmado a finales de los 80: todas las discusiones que se plantearon en el Grupo de los 24, que era un punto de referencia muy importante en materia de estudios constitucionales a finales de los 80, donde estaban Patricio Aylwin, Ricardo Lagos, Enrique Silva Cimma, por citar algunos. Sus deliberaciones apuntaban a que en nuestro país debía darse, en democracia, un sistema por lo menos semipresidencial. Nosotros no podíamos instalarnos

en democracia a favor de un presidencialismo exacerbado como el que venía establecido por la Constitución de 1980. Yo creo que al inicio fue lógico poner en un segundo nivel esa reivindicación por una razón muy sencilla: por el hecho de que estaba Pinochet como comandante en jefe del Ejército y era necesario oponerle al comandante en jefe, todavía muy poderoso, una figura presidencial muy fuerte, pero convengamos que Pinochet se acabó hace ya bastantes años y seguimos con la misma.

En eso yo creo que ha habido una renuncia a ciertos principios democráticos básicos. Yo no soy un gran experto en eso, pero miro el mundo y veo que hay una correlación bastante alta entre desarrollo y regímenes más bien de corte parlamentario o semiparlamentario. Todos los principales países de Europa, los cuales están a la punta del desarrollo, son países donde lo que impera son regímenes parlamentarios o semiparlamentarios, y no el presidencialismo. Me podrán decir que hay un país desarrollado, el principal país del planeta, donde el desarrollo coexiste con el régimen presidencial, Estados Unidos, pero eso es bastante relativo, ya que lo que existe allí finalmente es un sistema con fuertes contrapoderes. La Corte Suprema es un contrapoder importante, el Senado de la República es un contrapoder muy importante —si no pregúntenle a nuestro amigo Arturo Valenzuela, que fue designado hace seis meses como encargado de América Latina y aún no es ratificado por parte del Senado—, y existen también los Estados, que son poderes muy importantes que generan un sistema mucho más equilibrado que el que existe en nuestro país.

Cuarto tema, y simplemente lo dejo mencionado, ya que comparto lo que decía el senador Gazmuri. Mi cuarta y mi quinta objeciones tienen que ver con el centralismo excesivo, con la dificultad para regionalizar en serio este país. Es cierto, vamos a votar por la base democrática de los consejeros regionales, donde yo sería derechamente partidario de hacer lo que hicieron los franceses: dividir la figura del presidente del consejo regional de la figura del intendente. Tiene que haber siempre un representante del Presidente de la República en la región y a cargo de temas de orden público, pero creo que sería mucho mejor tener presidentes de consejos regionales electos por la ciudadanía. Estos presidentes podrían plantarse con mucha más fuerza y propiedad a discutir mano a mano, como se discute hoy en Francia con el gobierno central, los presupuestos y las distintas políticas. Lo que tenemos aquí en temas de regionalización es todavía algo bastante precario e incipiente.

Por último, está también toda la discusión sobre los pueblos originarios. Creo que éste todavía es un tema que nos sigue reventando en las manos.

Creo que es realmente lamentable que en este gobierno haya dos comuneros mapuches muertos, pareciera ser que ambos por la espalda, lo que no habla bien de la democracia y muestra también que aquí hay una urgencia importante.

### **Estrategias para un cambio constitucional**

¿Cómo se hace para cambiar esto? Ésta es la gran pregunta. Me habría encantado estar en los otros debates para escuchar a quienes han reflexionado mucho más que uno respecto a este tema. Yo no tengo una fórmula precisa, pero sí me llama mucho la atención el poco debate o la escasa socialización de los debates en relación a este tema. Éste es un debate donde hay algunas personas que han estado planteando ideas de manera, creo yo, muy meritórias, pero también muy en solitario. Me parece que lo que han hecho ustedes hoy es un buen aporte, particularmente dado que hoy el tema de una nueva Constitución comienza a abrirse paso. Yo, por lo menos, sé que, de las cuatro o cinco candidaturas que se inscriban, por lo menos va a haber cuatro que van a plantear la necesidad de una nueva Constitución, y eso me parece que es un avance importante. El tema sería ver cómo ese avance, cómo esas declaraciones las transformamos en un avance sustantivo y no solamente en promesas de campaña. Creo que tenemos poco tiempo para ver cómo eso se hace.

A mí me parece que una manera de enfrentar las cosas, y esto es una modesta contribución a la búsqueda de una solución, pasaría porque los candidatos a Presidente y al parlamento digan expresamente que el mandato que ellos están recibiendo es un mandato para una nueva Constitución. Que diga eso Eduardo Frei, que lo diga Marco Enríquez-Ominami, que lo diga Alejandro Navarro, que lo diga Jorge Arrate. Respecto de Sebastián Piñera no me hago ninguna ilusión, no lo va a decir. Sin embargo, si los cuatro candidatos de la centroizquierda y los candidatos a parlamentarios, tanto quienes van en la lista de la Concertación o del Juntos Podemos, o en otras listas, decimos lo mismo, creo que podemos darle en los hechos un carácter plebiscitario al pronunciamiento del 13 de diciembre. Eso es lo que habría que pedirles a los candidatos, particularmente a Presidente. Si esos candidatos a Presidente obtienen sumados una mayoría importante, habría un mandato legítimo para cambiar la Constitución.

¿Cómo se hace? Eso deben decirlo los expertos. Quizás el Presidente electo bajo ese mandato puede tener la posibilidad, la facultad, habiéndolo dicho en la campaña, de nombrar una comisión de reforma constitucional que le proponga un conjunto de reformas al parlamento y que esos parlamentarios electos bajo

ese principio estén solemnemente comprometidos a votar las propuestas de esa comisión de reforma constitucional. Entiendo que hay otras vías que pueden ser alternativas o complementarias. La vía de marcar el voto para un cambio constitucional. Me sumo a las menciones que manifiesta el senador Jaime Gazmuri acerca de cómo se debiera convocar una asamblea constituyente.

Para ser franco, no hay nada que me gustaría más que se pudiera convocar una asamblea constituyente; el tema es que no sé cómo se puede hacer bajo las condiciones constitucionales de Chile. Si se pudiera hacer, cuenten conmigo en lo que mi modesta persona pueda aportar a esa noble causa, pero creo que las cosas podrían ir por la vía de darle a la próxima elección presidencial, la del 13 de diciembre y la del 17 de enero en segunda vuelta, un carácter plebiscitario que diera la legitimidad para poder avanzar en esa dirección, y cuando uno dice cambio constitucional yo diría una Constitución que resuelva los problemas que indicaba, que se pueda sustentar en principios básicos: una horizontalidad cada vez mayor entre gobernantes y gobernados —somos un país donde la distancia entre gobernantes y gobernados es enorme—, una mayor responsabilidad política —creo que aquí elegimos autoridades que en muchos casos no están afectas a ningún principio de responsabilidad política, salvo el que se ejerza en las elecciones posteriores—.

A mí me gustaría una democracia con más energía, con limitación de mandato, con la posibilidad de revocar mandatos si las autoridades no se comportan correctamente a juicio de la ciudadanía. Me gustaría que existiera un mecanismo de iniciativa popular de ley, de manera que si una cantidad importante de ciudadanos lo estima conveniente obliguen al Presidente de la República, obliguen al parlamento a pronunciarse sobre una determinada iniciativa. Creo que hay que extender la participación tanto en número como en ámbito. Doy un solo dato: en Chile no hay más de cuatro mil ciudadanos electos por la ciudadanía, eso, en relación con el tamaño de nuestra población, da una participación bajísima. Muchos otros países, además de tener más habitantes, tienen una relación entre gobernantes y gobernados muchísimo mayor que la nuestra.

Finalmente, está también el tema de la discriminación de los pueblos originarios y de las mujeres. Creo que hay que tener una nueva Constitución para garantizar que no sigamos con un Senado ridículo, en donde hay 36 hombres y solamente dos mujeres.

# EL LEGADO HISTÓRICO



# Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena

Verónica Valdivia Ortiz de Zárate  
*Universidad Diego Portales*

Uno de los motivos de mayor orgullo de los chilenos, y particularmente de su clase política, ha sido la estabilidad del país, ajena a caudillismos y militarismos, frecuentes en la América Latina posterior a la Independencia. La capacidad de lograr gobernabilidad y crear instituciones de larga duración fueron elementos claves en esta autopercepción de excepcionalidad en el continente, lo que se tradujo en un supuesto proceso de democratización creciente. Por ello, la tendencia general es a concebir la experiencia dictatorial pinochetista como una anomalía, un engendro extraño a nuestra historia, más bien inundada de pluralismo, libertades y civismo. Parte importante de estos logros lo constituiría la estabilidad constitucional, sin que ella fuera puesta en duda por los conflictos políticos cotidianos.

Paradójicamente, las tres principales Constituciones (1833, 1925, 1980) han sido frutos de períodos turbulentos, en un caso de una guerra civil (1829) y en los otros, de golpes de Estado: los de 1924 y 1973. En pocas palabras, ellas no han sido productos del debate político, rodeado del marco de la democracia, sino de la violencia, de la intervención de las fuerzas armadas y de la existencia de vencedores y vencidos. En ese sentido, todas nuestras Constituciones nacieron como imposición sobre los perdedores. Tal cuestión es la que siembra dudas acerca de sus legitimidades, encendidas especialmente respecto de la Constitución de 1980, reformada en dos oportunidades, sin alcanzar hasta el momento pleno reconocimiento social, manteniéndose siempre abierto el debate acerca de la necesidad de reemplazarla o volver a reformarla. La sombra tras estas demandas es la ausencia, en todos los casos, de una asamblea constituyente que hubiese hecho de cada Constitución el resultado de un consenso en torno a ciertas cuestiones básicas, que le otorgara legitimidad y permitiera una sana convivencia ciudadana.

El presente ensayo busca entregar una mirada histórica sobre este problema, caracterizando los contextos en los cuales las Constituciones se generaron y los mecanismos empleados para su confección, así como las influencias político-ideológicas presentes. Con ello se pretende brindar proyección histórica al debate actual sobre la Constitución heredada de la dictadura pinochetista, comparando las tres experiencias, y explicar la resistencia que ella ha encontrado.

Desde nuestro punto de vista, lo que diferencia la situación de la última carta fundamental de las de 1833 y 1925 es que éstas, a pesar de su origen ilegítimo, lograron alcanzar legitimidad, en tanto sus planteamientos básicos, así como las reformas que se les introdujeron, consiguieron reconocimiento de los sectores que conformaban la ciudadanía, aunque no de toda la población. Esto no significa, por cierto, que ellas fueran vistas como perfectas o el ideal alcanzado, pero sí pudieron incorporar las aspiraciones de los nuevos grupos sociales, especialmente en la creciente democratización que vivió el país a partir de la década del sesenta del siglo XX. Tal vez, el punto crucial fue éste: la capacidad política de transformar la Constitución de 1925 en verdadera expresión de una amplia masa ciudadana, cuestión que buscó ser revertida por el régimen militar. En ese sentido, la Constitución actual nunca ha logrado aceptación ciudadana y política, permaneciendo su ilegitimidad.

Hoy, cuando Chile vuelve a repensar el problema constitucional, una mirada a nuestras experiencias pasadas, con sus aciertos y errores, tal vez ayude a abrir una nueva senda.

### **Constitucionalismo y turbulencia política**

La imagen histórica del Chile excepcional, a que aludíamos antes, tuvo el efecto de generar una mirada candorosa e ingenua sobre el pasado, oscureciendo las confrontaciones, los estallidos de violencia y las rupturas ocurridas. Chile era casi esa “isla de paz”, como gustaba caracterizar al país el periodista de TVN Julio López Blanco, durante la dictadura de Pinochet. Ese mito nos ayuda a olvidar que tras las batallas de Chacabuco y Maipú no emergió la república, sino un régimen militar autoritario en el que las fuerzas armadas fueron los actores más importantes en la construcción del naciente Estado chileno, catapultados al estrellato desde 1810. Aunque es claro que tal denominación no es asimilable a lo que han sido los regímenes militares de la última mitad del siglo XX, durante el período de O’Higgins el Ejecutivo concentró gran parte de las decisiones, a pesar de la existencia de un Senado conservador —designado— que tenía reducidas facultades. La extensión de las guerras de Independencia al sur de Chile durante los años de 1820 profundizó

el protagonismo militar y dificultó la aparición de una clase política civil que fuera alternativa a los destacados jefes castrenses. Los grandes desafíos de la época eran crear una república y plasmar jurídicamente las aspiraciones iluministas/revolucionarias heredadas de la ruptura con España.

Tales cuestiones explican por qué los años de la mal llamada “anarquía” no fueron sino la maduración del proceso político iniciado en 1810, con el surgimiento de fracciones e ideas encontradas. Ellas se desplegaron con intensidad después de la caída de O’Higgins, evento que situó la discusión en torno al autoritarismo y la libertad como los dos polos políticos. En efecto, el quiebre con la metrópoli no trajo, como se esperaba, el progreso y la paz, sino la inestabilidad, las rebeliones sociales y la guerra. Los discursos que vinculaban la “felicidad de los pueblos” con la Independencia se enfrentaron a una realidad inesperada, la cual debilitó en algunos de sus protagonistas los compromisos con los principios revolucionarios de los que se habían alimentado. Si bien esta situación es reconocida para nuestros vecinos latinoamericanos, en Chile se tiende a pensar que escapamos a ese destino. Sin embargo, desde 1810 y, particularmente, desde la experiencia carrerina, el Chile colonial fue profundamente alterado. La Independencia aflojó los lazos de control social, no sólo porque la guerra requirió de soldados y pertrechos, sino porque implicó la construcción de una “comunidad imaginada”, la nación, que exigía nuevas lealtades.<sup>1</sup> El país del que se hizo cargo O’Higgins estaba convulsionado por el bandolerismo y la indisciplina social. Desde ese instante, las autoridades tuvieron como uno de sus principales objetivos reponer el control social, imprescindible, además, porque la guerra continuaba. Ambos problemas facilitaron la aceptación de la dictadura o’higginista.

Esta situación, no obstante, tendió a atenuarse a comienzos de los años veinte, cuando la independencia de Perú fue asegurada y, poco más tarde, la de toda América del Sur. Ese nuevo contexto repuso el debate de los días de la Independencia en torno a un orden libertario. La caída de O’Higgins permitió el desarrollo de las ideas de la revolución y la aparición de fracciones políticas conservadoras y más radicales. El eje de la década era orden y autoridad vs libertad, en un sentido amplio. Es importante resaltar que para un segmento de importantes protagonistas de la Independencia, en toda América Latina, la indisciplina sociopolítica que ella creó atenuó la fe en los principios liberales que la sustentaron, atribuyendo el fracaso en la creación de un nuevo

1 María Angélica Illanes, “Azote, salario y ley”, *Proposiciones*, 19, 1990; Leonardo León, “Reclutas forzados y desertores de la patria: el bajo pueblo chileno en la guerra de la Independencia, 1810-1814”, *Historia*, 35, 2002; Julio Pinto V. y Verónica Valdivia Ortiz de Zárate, *¿Chilenos, todos? La construcción social de la nación, 1810-1840* (Lom: 2009)

orden a la realidad latinoamericana, en especial el carácter de su bajo pueblo y el militarismo. Para los años veinte, muchos pensaban que la “barbarie” que dominaba el continente, incluyendo a Chile, hacía irrealizables, por el momento, los sueños independentistas. Ello obligaba a postergarlos, revalorizando la autoridad. Entre los desencantados hubo personajes tan señeros como fray Camilo Henríquez o el propio Andrés Bello.<sup>2</sup> Para otros, en cambio, la “felicidad de los pueblos” sólo podría alcanzarse erradicando el autoritarismo y asegurando la libertad y la descentralización. Pelucones y pipiolos personificaron estas posiciones.<sup>3</sup>

Los afanes de dar al país una Constitución reconocida por las fracciones en pugna fracasaron, convirtiendo a los años veinte en un período de ensayos frustrados. En 1828, finalmente, la nueva Constitución sintetizó los principios liberales y de autonomía provincial que dominaban el ambiente. La ampliación del sufragio y las elecciones periódicas agudizaron, para algunos, la sensación de desorden, pues ambas posibilitaron la participación política popular y la electividad de todo tipo de cargos, incluidos los parroquiales. El sentido de autoridad parecía en vías de disolución. Los sucesivos cambios de gobierno y la guerra, asimismo, habían alterado la estabilidad económica, entorpeciendo el reconocimiento internacional y la inversión extranjera, todo lo cual agudizaba la percepción de crisis. La abolición de los mayorazgos sumó otra incertidumbre. Fue ése el marco en el que un problema de definición electoral durante 1829 desató la guerra civil y puso en cuestión la carta de 1828. El bando estancero-pelucón rechazaba la evolución política habida, mientras los liberales se identificaban con ella. Aunque ambos decían defender la Constitución, lo cierto es que muy tempranamente los primeros plantearon la urgencia de modificarla.

Mariano Egaña, gestor de la Constitución de 1833, fue uno de aquellos que se alejaron de las posiciones liberales para acercarse a otras menos utópicas, más pragmáticas y autoritarias. Para él, la estabilidad sólo se alcanzaría cuando el poder radicara en una elite de virtudes republicanas, desconfiando de la democracia y prefiriendo soluciones autoritarias.<sup>4</sup> Contrariando el sentido original de la reforma constitucional, Egaña presionó y persuadió a la comisión de redacción de la Constitución de sustituir la de 1828, pues “los remedios deben ser

2 Iván Jaksic, *Andrés Bello. La pasión por el orden* (Ediciones Universidad Católica, 2002); Ana María Stiven, *La seducción de un orden* (Ediciones Universidad Católica, 2000). Una mirada alternativa: Alfredo Jocelyn-Holt, *El peso de la noche. Nuestra frágil fortaleza histórica* (Planeta, 1998).

3 Una interpretación renovadora del período: Gabriel Salazar, *Construcción de Estado* (Planeta, 2006).

4 Enrique Brahm, *Mariano Egaña. Derecho y política en la fundación de la República Conservadora* (Centro de Estudios Bicentenario, 2007).

radicales [...]. Restituir la legitimidad, hacer conocer a los pueblos que cuando se han separado del orden, se retrocede”.<sup>5</sup> El “voto particular” presentado por él a dicha comisión, rompió con la tendencia prevaleciente desde 1825 del predominio del Legislativo, concentrando las mayores facultades en el Ejecutivo. Su propuesta estampó en la nueva carta la reelección del Presidente, entregándole la declaración del estado de sitio sólo con el acuerdo del Consejo de Estado, organismo constituido por miembros nombrados por él mismo.

Esta atribución le permitía la suspensión de las garantías y derechos constitucionales. A la vez, el Presidente participaba en la formación de las leyes y gozaba del derecho de veto, es decir, de la facultad de rechazar proyectos de ley aprobados por las cámaras. La propuesta de Egaña le entregaba el control del gabinete y de las elecciones e injerencia en la conformación del Poder Judicial. La democracia fue escabullida mediante el voto censitario, del cual sólo podrían disfrutar los propietarios, los comerciantes y los profesionales que constituían la elite. Los afanes de descentralización despertados en la aurora de la Independencia fueron arrasados con la eliminación de las asambleas provinciales y la confirmación del centralismo santiaguino. Las “leyes periódicas” fueron los únicos resortes del Congreso. A fin de cuentas, la libertad y la democracia deberían esperar mejores días, como estaba ocurriendo en Europa.

La ilegitimidad de la Constitución de 1833 fue puesta en evidencia con el uso reiterado de facultades extraordinarias, con las numerosas tentativas de rebelión militar, con el exilio de las principales figuras liberales y especialmente con las guerras civiles de 1851 y 1859. Ambas buscaban derribar el autoritarismo y el centralismo. Sin embargo, hacia mediados de siglo el país había cambiado. Chile se conectó con el mercado inglés, se desarrollaba una pujante economía minera en el Norte Chico, mientras la agricultura vivía ciclos de expansión significativos. Este crecimiento permitió algunas mejoras urbanas, pero sobre todo cambios sociales: la aparición de una burguesía minera y comercial-financiera, a la par que un incipiente proletariado. Esta complejización social, no obstante, carecía de un correlato político, pues el sistema seguía dominado por los terratenientes y el autoritarismo, excluyendo no sólo a los liberales, sino también a los nacientes núcleos “burgueses” y, por supuesto, al mundo popular. Las guerras civiles de la década del cincuenta apuntaban a una reversión del autoritarismo, pero también a una redefinición del régimen político,<sup>6</sup> esto es, a un orden más parlamentario. A pesar de que los liberales

5 *Ibid.*, p.66.

6 Alfredo Jocelyn-Holt, “Civilización moderna vs modernización desenfrenada”, en Luis Ortega (ed.), *La guerra civil de 1891. Cien años hoy* (Universidad de Santiago de Chile, 1993).

perdieron ambas guerras, los conservadores no pudieron impedir los cambios. Desde la década del sesenta, el régimen político comenzó a ser redefinido con el abandono del orden autoritario y la estructuración de uno más cercano al parlamentarismo, incorporando a liberales y radicales. Los partidos políticos asumieron la representación de sus grupos de interés, mientras el Presidente se convertía en el árbitro y el Congreso se transformaba en el espacio de disputa política. Esto fue posible porque la Constitución fue modificada a comienzos de los años de 1870, prohibiéndose la reelección presidencial, a la vez que se sustraía de sus manos el control de las elecciones, se establecían las incompatibilidades parlamentarias –favoreciendo la separación de poderes– y se reconocía el sufragio universal masculino. La “paz” llegó.

Este acuerdo político significó el reconocimiento de la Constitución, en tanto las reformas introducidas permitieron la conformación de un nuevo bloque en el poder: una alianza terrateniente-“burguesa”. Desde entonces se reforzaría el poder de las oligarquías a través del control electoral, el cohecho y el dominio del Congreso. Sólo en ese sentido es posible hablar de una Constitución legítima, en cuanto ella efectivamente fue reconocida por todo el espectro partidario, el cual se sentía interpretado por sus artículos.

Esto ocurrió, en primer lugar, porque la mayoría de la población estaba al margen de ese debate y los partidos sólo representaban a un segmento social muy pequeño. A ellos este orden constitucional les acomodaba. Es cierto que desde 1874 se reconoció el voto universal, masculino, permitiendo la participación de los sectores populares, pero aquel voto carecía de independencia, pues era “cohechado” o manipulado clientelísticamente. No existía libertad electoral popular.

En segundo lugar, la diferencia entre conservadores y liberales se refería a la cuestión clerical y el autoritarismo, y no a la estructura de la propiedad y al modelo económico, sobre lo cual no había divergencias. Los liberales no representaban a una burguesía revolucionaria, por lo que sus luchas se centraban en el autoritarismo, sin cuestionar la mantención del latifundio y las relaciones sociales que allí imperaban. La Constitución de 1833 reformada sintetizaba la comunidad de pensamiento. Tras la guerra civil de 1891 el poder oligárquico-parlamentario fue reforzado con la Ley de Comuna Autónoma, a la vez que se profundizaban los lazos con el capital extranjero. En consecuencia, a pesar de su ilegitimidad de origen, la Constitución de 1833 logró corregir parte de sus carencias en el contexto que hemos señalado.

Sin embargo, desde fines de siglo XIX un nuevo actor desplegaba sus alas y cuestionaba la legitimidad del orden existente. El ciclo del salitre no sólo

incrementó los recursos del país, sino que profundizó los cambios sociales, ampliando los núcleos obreros vinculados a las exportaciones, la urbanización y la incipiente industrialización. Un activo y dinámico movimiento obrero en las faenas salitreras y carboníferas en las ciudades y puertos se levantaba contra el capitalismo, protagonizando prolongados ciclos de huelgas y protestas. Su adhesión al socialismo y al anarquismo nutría su crítica al orden oligárquico, y levantaba un contraproyecto de fraternidad e igualdad. No obstante —y contrariamente a lo que esta vez estaba ocurriendo en Francia y Alemania<sup>7</sup>—, el sistema se negaba a incorporar las demandas por mejoras sociales, económicas y laborales para los trabajadores, respondiendo con represión, la cual alcanzó niveles emblemáticos en la Escuela Santa María de Iquique. Aunque los trabajadores no apuntaron expresamente a la Constitución, sino al orden en su conjunto, un halo de ilegitimidad comenzó a cubrir el poder de las elites: la distribución del poder y de la riqueza establecida constitucionalmente era el objeto de los cuestionamientos.<sup>8</sup> El cohecho no era sino un reflejo de la ausencia de libertad electoral y de conciencia ciudadana de las grandes masas. Los trabajadores reactualizaron los ideales de antaño.

El inmovible poder oligárquico fue sacudido, sin embargo, por los golpes de la primera guerra mundial, que debilitó sus bases económicas, abriendo grietas en todo el sistema. Las protestas se incrementaron, la sindicalización encontró nuevos bríos y las organizaciones laborales se fortalecieron al ritmo de los vaivenes económicos, esta vez bajo la sombra de la primera revolución proletaria. El rostro del pueblo y su insubordinación no pudieron ser eludidas.

Pero, ¿qué hacer? La respuesta vino de la mano del “León de Tarapacá”, quien ofreció salvar el sistema, adecuándolo a los nuevos tiempos, es decir, incorporando las demandas populares y de las clases medias: los derechos sociales y laborales exigidos. Ello suponía redefinir la relación entre el Estado y la sociedad, fortaleciendo al primero como el principal agente en la institucionalización del conflicto social y ampliar la ciudadanía. Como es sabido, ello fue rechazado por gran parte de la oligarquía, la que no aceptó el estilo político de Arturo Alessandri, que insubordinaba aun más a las masas, en lugar de reponer la autoridad. El triunfo presidencial de Alessandri sólo acicateó la resis-

7 La Francia de Napoleón III y la Alemania de Bismarck fueron pioneras en la incorporación legal de las demandas sociales y laborales de los trabajadores.

8 Recabarren hizo referencia en una oportunidad al problema constitucional, cuando, planteando la reforma del conjunto del Estado, habría demandado “la revisión completa de la Constitución Política del Estado”. Citado en Gabriel Salazar, “Luis Emilio Recabarren y el municipio en Chile (1900-1925)”, *Revista de Sociología*, 9, 1994, p.69. Sin embargo, no se han encontrado otras referencias en los escritos y discursos del líder socialista, ni en otros dirigentes políticos o sociales de la época.

tencia oligárquica al cambio, tal como éste lo proponía, atrincherándose en su poder parlamentario y mediático. El “León” no podría sacar las leyes sociales prometidas en medio de la agudización de la crisis económica internacional. Tal fue el contexto para el planteamiento de una reforma constitucional: el imperativo de debilitar a quienes obstruían la gestión ejecutiva, impidiendo los cambios –partidos y Congreso–, y reponer el presidencialismo. A diferencia de la época portaliana, el presidencialismo sería utilizado para dotar al Estado de nuevas capacidades y abrir el sistema a los intereses de grupos sociales diferentes a la oligarquía, permitiendo la participación de partidos populares y de capas medias, y de sus líderes sindicales. El Estado –en tanto pacto de dominación– debía ser reformulado.<sup>9</sup>

Como es sabido, el conflicto no encontró una solución en el marco institucional y las fuerzas armadas fueron convocadas para actuar como árbitros. En efecto, frente al *impasse*, tanto la oposición oligárquica como Alessandri recurrieron a los cuarteles: uno para derrocarlo y el otro para buscar apoyo para impulsar sus reformas. El “ruido de sables” de septiembre de 1924 colocó a las fuerzas armadas en el debate político, lo que días más tarde derivó en un golpe de Estado. Lo importante de los eventos que se sucedieron es que finalmente el poder recayó en la oficialidad joven, partidaria del presidencialismo, de un Estado intervencionista en lo económico y lo social, y de la aprobación del paquete de leyes sociales,<sup>10</sup> que esperaban en el Congreso. Fue esta oficialidad militar, liderada por el coronel Carlos Ibáñez, la que repuso a Alessandri en el poder e impulsó la reforma constitucional, que se materializó en la Constitución de 1925.

La nueva carta redefinió el papel del Estado y puso énfasis en lo social. En efecto, el artículo 10, si bien reconoció la inviolabilidad del derecho de propiedad, limitó su ejercicio “a reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social”. A la vez, se estableció como garantía constitucional “la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social”. Asimismo, se explicitaba que el “Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y la constitución de la propiedad familiar”, siendo también deber del gobierno velar por la salud pública.<sup>11</sup> En ese sentido, el Estado fue facultado para intervenir en el proceso económico, apoyando la iniciativa y al capital privado, pero también posibilitando la actividad empresarial estatal. Tales atri-

9 Verónica Valdivia Ortiz de Zárate, “Yo, el León de Tarapacá, 1915-1932”, *Historia*, 32, 1999.

10 Augusto Varas, Fernando Bustamante y Felipe Agüero, *Chile, democracia, fuerzas armadas* (Flacso, 1980).

11 Constitución Política de la República de Chile, 18 de septiembre de 1925; Julio Heise, *150 años de evolución institucional* (Andrés Bello, octava edición, 1996), p.122.

buciones motivaron al historiador Gonzalo Vial a afirmar que “se debilitaron la fijeza y fuerza casi religiosa de la propiedad, derecho decimonónico”.<sup>12</sup> Aunque Alessandri y los gobiernos que le siguieron –hasta el demócratacristiano– nunca tocaron el derecho de propiedad privada,<sup>13</sup> la Constitución aludía a su función social. Simultáneamente, la nueva carta incorporó la responsabilidad del Estado en materia de salud, reiterando la que tenía en educación, y de ser el espacio de encuentro de los conflictos entre el capital y el trabajo, asegurando la reproducción del primero, pero reconociendo derechos sociales básicos al segundo. En materia política, se estableció la elección presidencial directa, buscando atenuar el cohecho.

Considerando que la nueva Constitución fue redactada y aprobada en un contexto de anormalidad política, se entiende que muchas de estas normas no tuvieron vigencia real, pues para tenerla debían ser reglamentadas, lo que no ocurrió hasta la llegada de Ibáñez al poder. Fue bajo su mando que la Constitución adquirió cuerpo a partir de la dictación de numerosos decretos supremos que la pusieron en funcionamiento, como lo ejemplifica el Código del Trabajo, decretado en mayo de 1931, contra la opinión de conservadores y muchos liberales. Durante los años de la dictadura, el sindicalismo legal fue organizado, los pilares de una industrialización con apoyo estatal dieron sus primeros pasos y nacieron los ministerios de Bienestar Social y Fomento, al tiempo que se implementó una reforma educacional. Un Estado preocupado del “bienestar” social empezó a perfilarse.

El naciente sistema de seguridad social, sindical y de derechos políticos, no obstante, era sólo atingente a los grupos urbanos –clases medias y obreros–, siendo excluido el mundo campesino, todavía bajo el dominio latifundista. Esto es crucial, considerando que para la época, aún poco más del 50% de la población vivía en las zonas rurales, lo que demuestra que lo de 1925 fue sólo un ajuste del sistema. El nuevo pacto de dominación suponía mantener el poder terrateniente, reforzar los intereses burgueses a través del apoyo a la industria, e incorporar los intereses de las capas medias y obreros sindicalizados.

Si bien esta Constitución daba respuesta a los conflictos más serios, no satisfacía a ninguno de los grupos involucrados: para la oligarquía, representaba una amenaza; para la naciente burguesía, favorecía en demasía los intereses agrarios; y para los partidos obreros, consolidaba al capitalismo y bloqueaba los proyectos socialistas. Esta evidente ilegitimidad facilitó la entronización

12 Gonzalo Vial, *Historia de Chile (1891-1973)* (Santillana, 1988), vol.III: *Arturo Alessandri y los golpes militares (1920-1925)*, p.552.

13 Juan Carlos Gómez, *La frontera de la democracia* (Lom, 2004).

del poder militar, el que, bajo la batuta del ahora general Ibáñez, estaba decidido a imponer los cambios introducidos. Ello no podía hacerse si no bajo una dictadura. Tanto así, que tras la caída de Ibáñez, en 1931, sectores del Partido Conservador propusieron la suspensión del Código del Trabajo y, por ende, de los derechos laborales. Ello fue acompañado en los meses de dominio “civilista” de un repliegue del papel social del Estado, en el contexto de la Depresión, de una grave cesantía y deterioro de la calidad de vida popular, mientras se reponía la represión policial. Este evidente retroceso en la consolidación constitucional impulsó el golpe militar que impuso la República Socialista, la cual reestableció los roles que la Constitución le otorgaba al Estado. En esos doce días nacieron los ministerios del Trabajo y Salubridad, y aunque su sucesora, la República Socialista de Carlos Dávila, era ibañista, el Estado Benefactor, consagrado constitucionalmente, fue ratificado.<sup>14</sup>

Fueron estas intervenciones militares las que finalmente obligaron al reconocimiento y la aceptación de la Constitución de 1925. Todo el espectro partidario, incluyendo a la derecha, aceptó la intervención económica y social del Estado, pues lo contrario podría augurar nuevos golpes militares, a la par que la izquierda marxista aceptó la democracia representativa y se incorporó al sistema, aunque sin abandonar su proyecto socialista. Otro elemento clave en la transición fue el rechazo general al intervencionismo político-militar, estableciendo la supremacía del poder civil. Bajo el segundo gobierno de Alessandri, la carta se consolidó, aunque con muchos rasgos autoritarios, los que fueron atenuados desde fines de los años treinta, cuando los gobiernos de centroizquierda enfatizaron las atribuciones económicas y sociales del Estado, dando vida a un pacto social, uno de cuyos ejes centrales era “el pueblo”, y se fortalecían las organizaciones sociales y laborales de los trabajadores.<sup>15</sup>

A pesar de haberse llegado a consensos centrales que posibilitaron la estabilidad e importantes mejoras sociales y en materia de derechos, las exclusiones existentes impedían una real democratización. La legitimidad constitucional y del orden imperante se sostenía en un universo electoral que no sobrepasaba el 17% de la población, lo cual comenzó a ser corregido con la legalización del voto femenino en 1949. No obstante, la marginación del campesinado seguía constituyendo el escollo más complicado, por su estrecho vínculo con la propiedad de la tierra, a lo cual se sumaban los efectos sociales y económicos de la falta de reforma agraria: inflación, retroceso de los índices de producción —especialmente agrarios—, caída del empleo, estre-

14 Verónica Valdivia Ortiz de Zárate “Marineros, trabajadores y soldados. Chile bajo la Depresión” (inédito).

15 María Angélica Illanes, *El cuerpo y la sangre de la política* (Lom, 2007).

chez del mercado interno y, sobre todo, una creciente marginalidad urbana y rural.<sup>16</sup> Esta realidad es la que en parte explica que el consenso alcanzado se fuera debilitando y se despertaran ansias de nuevos cambios. Ya hacia los años cincuenta había aparecido nítidamente una derecha económica ligada a los grandes gremios empresariales, de inspiración neoliberal, que comenzó a discrepar del papel del Estado, al que culpaba de la inflación y del estancamiento económico.

La solución, a su entender, estaba en devolver a los privados su rol social, replegando la acción estatal, favorecer la acumulación del gran empresariado y facilitar la transnacionalización de la industria. Para ello era necesario neutralizar el poder político de los partidos y los sindicatos, reflejados en las decisiones parlamentarias. Tales ideas fueron plasmadas en la propuesta de reforma constitucional presentada en los últimos días de gobierno del Presidente Jorge Alessandri, la que fortalecía las facultades presidenciales y debilitaba al Congreso en materias económicas y sociales, reforma que fue rechazada. En una posición distinta, Eduardo Frei Montalva presentó otro proyecto de reforma constitucional que dio a la propiedad una función social, abriendo la posibilidad a la expropiación y la reforma agraria, y amplió las atribuciones del Estado. En la centroizquierda, la reforma constitucional-agraria era vista no sólo como un requisito para el desarrollo económico, sino que representaba la integración de los marginados urbanos y rurales a los derechos ciudadanos. Como es claro, ambas propuestas de reforma constitucional significaban la ruptura del acuerdo en torno a la redefinición del Estado de 1925.<sup>17</sup>

La materialización de la reforma agraria y el proceso de democratización social y política que ella generó tensionó el sistema, porque derrumbó para siempre el orden señorial y puso en cuestión, durante los años de la Unidad Popular, el capitalismo. La reforma que posibilitó el reconocimiento del campesinado como sujeto de derechos, acabando con la exclusión, fue lo que le dio la legitimidad final a la Constitución de 1925, pues ella efectivamente convirtió en ciudadanos a toda la población. Fue esta nueva ciudadanía la que amenazaba con poner en jaque la tradicional distribución del poder y de la riqueza, amparada en un Estado poderoso.

16 En 1925, el electorado era un 7,7% de la población; para la elección presidencial de 1938, un 12,4%; en la presidencial de 1952, un 17,5%. Ricardo Cruz-Coke, *Historia electoral de Chile, 1925-1973* (Editorial Jurídica, 1984, p. 38).

17 Verónica Valdivia Ortiz de Zárate, *Nacionales y gremialistas. El parto de la nueva derecha política chilena, 1964-1973* (Lom, 2008)

Este contexto fue lo que convenció a la derecha en su conjunto –neoliberales,<sup>18</sup> gremialistas, alessandristas, nacionales– de la urgencia de una reforma autoritaria a la Constitución de 1925, pues ella había permitido su propia destrucción y la del pacto social de dominación que representaba. Esto, sin embargo, no podría realizarse bajo un orden democrático, porque nunca sería aprobada, en tanto revestía una involución ciudadano-democrática. Era necesaria una dictadura. El golpe de Estado de septiembre de 1973 empezó a realizar esas aspiraciones.

Aunque toda la derecha deseaba un régimen presidencial y un debilitamiento del parlamento como condición de la reproducción del capitalismo y el control del poder político, un segmento de ella –minoritario, por cierto– aún creía en la democracia representativa y en la mantención del papel reconocido al Estado en la Constitución de 1925. Esta derecha, sin embargo, no fue capaz de defender esta posición y delegó la responsabilidad política en las fuerzas armadas, facilitando la irrupción de liberales y gremialistas como categoría de fracción hegemónica del bloque insurreccional. Aunque, sin duda, en la supremacía alcanzada por éstos incidieron otros muchos factores ya establecidos en numerosos estudios, el retiro de la autodenominada “derecha democrática” favoreció la primacía del nuevo “Mariano Egaña”, el joven abogado Jaime Guzmán, para quien, al igual que Egaña, el cambio debía ser “radical”. La soberanía popular debía ser limitada, toda vez que ella no era absoluta, sino, a su juicio, estaba franqueada por los derechos naturales de la persona humana y el reconocimiento a la autonomía de las organizaciones intermedias. Asimismo, debían “reducirse aún más las facultades legislativas del parlamento”, pues las discusiones dejaban de ser ideológicas para ser sólo “técnicas”.

Su rechazo al pluralismo quedaba de manifiesto cuando sostenía que el Estado debía ser “militantemente antimarxista y anticomunista”, siendo dos los

18 Hablo de “neoliberales” por una cuestión de uso, aunque no se utilizaba en la época. Cuando se aplicaban medidas de esa inspiración se denominaban monetaristas o recetas de estabilización. Sin embargo, ya a mediados de los años sesenta existía una corriente antikeynesiana claramente identificable, que ponía en el centro del proceso económico al mercado y que buscaba el desmantelamiento del Estado. En Chile tuvieron sus primeras apariciones públicas con motivo de la espiral inflacionaria de mediados de los años cincuenta, en la Misión Klein Saks, auspiciada por Agustín Edwards y *El Mercurio*, y durante los dos primeros dos años de la presidencia de Jorge Alessandri. Su articulación definitiva ocurrió bajo las presidencias de Eduardo Frei Montalva y Salvador Allende. Uno de sus núcleos fundacionales fue la Escuela de Economía de la Universidad Católica. Considerando que esas políticas se conocieron como liberales en los años setenta, prefiero utilizar ese término. Sobre el tema, consúltese Verónica Valdivia O. de Z., *ibíd.*, caps. 1, 5-7; Sofía Correa, “Algunos antecedentes del proyecto neoliberal en Chile (1955-1958)”, *Opciones*, 1986; Eugenia Fediakova, “Conservadores e innovadores: la derecha en la segunda mitad del siglo XX”, en Mireya Dávila y Claudio Fuentes (eds.), *Promesas de cambio. Izquierdas y derechas en el Chile contemporáneo* (Universitaria, 2003).

principios fundamentales en la nueva institucionalidad: “el de subsidiariedad” y el de “seguridad nacional”.<sup>19</sup> La Constitución de 1980 estampó el autoritarismo presidencial y neutralizó el poder ciudadano a través de una ficción de soberanía popular y de los contrabalances institucionales: los senadores designados, el Consejo de Seguridad Nacional, el Tribunal Constitucional y el papel de garantes de la institucionalidad asignado a las fuerzas armadas. El sistema electoral binominal terminó de bloquear a la mayoría. La democracia, el gran ideal del siglo XX, dejó de ser un fin y pasó a ser definido sólo como un medio para realizar la “libertad”, entendida como económica, que era la verdaderamente importante para los ideólogos del régimen. Siendo así, el autoritarismo era aceptado sin problemas. Si finalmente se impuso el sufragio universal y se recuperó la idea de democracia, ella debía estar protegida. El Estado y las masas, los dos enemigos del siglo XX, fueron desarmados.

La aprobación de esta Constitución en el marco dictatorial, sin ninguna garantía, la cubrió de ilegitimidad. Las reformas introducidas en 1989 sólo extirparon de ella los elementos más inaceptables, tales como el artículo 8º, que excluía taxativamente al marxismo del sistema político, o el aumento del número de senadores para disminuir el poder decisorio de los designados, entre los cambios más significativos. No obstante, se mantuvo el núcleo y la lógica de ella. A pesar de que no pretendemos minimizar la importancia de la eliminación de los senadores designados, o la transformación del CO-SENA en un organismo consultor, las reformas de 2005 –aunque siguieron erosionando el autoritarismo– sólo pusieron en evidencia una vez más su falta de legitimidad. El actual candidato presidencial de la Concertación para la elección de diciembre de 2009 –Eduardo Frei Ruiz Tagle– reafirma esto al volver a abrir el debate acerca de la necesidad de una nueva Constitución, ello a pesar de que algunos integrantes de su equipo de trabajo son escépticos de la necesidad de una nueva carta y de una asamblea constituyente, apostando más bien por otra reforma.

En suma, Chile inicia el siglo XXI sin haber logrado en doscientos años una normativa constitucional que represente los acuerdos sociales mínimos, necesarios en un Estado democrático.

### **Chile ¿un país democrático?**

El fracaso del que damos cuenta en la sección anterior obliga a reflexionar acerca de sus razones. Como es evidente, las Constituciones fueron el resultado de agudos conflictos políticos, irresolubles por los mecanismos democráti-

19 *Ercilla*, 14 de julio de 1976, p. 15.

cos, recurriéndose a la violencia. Desde ese punto de vista, la autoimagen de un país institucionalista se ha asentado sobre el desconocimiento del papel de la violencia en nuestra historia. Su importancia revela la compleja relación con la democracia. La ausencia de un golpismo permanente, las elecciones periódicas, la existencia de partidos, mayorías y minorías, y el respeto a ciertas libertades básicas, ayudaron a levantar el mito de la democracia chilena. Detrás de ella, como hemos visto, se ocultaba una dura pugna clasista por el poder.

Históricamente, la clase dirigente chilena se ufano de haber construido un país estable y en orden. Sin embargo, su relación con la democracia fue tensa, alejándose de sus concepciones muy tempranamente. El objeto de su escepticismo era la naturaleza del bajo pueblo chileno, percibido como bárbaro: sin ilustración y lleno de vicios. A la vez, también desconfiaba de aquellos ilusos, adherentes a teorías abstractas, con capacidad de soliviantar a la masa, y a los poseedores de la fuerza: el militarismo. El “orden portaliano” buscó dominar ambos sectores. Para ello –si seguimos a Jocelyn-Holt<sup>20</sup>–, bastaba con introducir alguna modernización en el plano político, pero asegurándose de mantener el latifundio y el orden señorial. Se estableció una República –al menos, formalmente–, las autoridades eran elegidas pero por sufragio censitario y las fuerzas armadas fueron sometidas luego de la muerte de Portales. La mantención del mundo hacendal, por su parte, aseguró el control sobre la gran mayoría de la población, perpetuando la dominación social y elitizando las decisiones políticas, pues la marginación efectiva de la masa campesina de los procesos modernizadores impediría su insubordinación y un real desafío al poder oligárquico. En ese sentido, el sistema fue estructurado para que la toma de decisiones radicara en ese pequeño y selecto grupo social que constituía la clase alta.

Tal opción se enraizaba en una concepción orgánica de la sociedad, simbolizada en el microcosmos de la hacienda, donde las ideas de comunidad y las jerarquías sociales eran parte de la herencia cultural colonial. La dualidad urbano-rural a la que aludíamos incidió en que la matriz ilustrada liberal tuviera poco impacto en la concepción de mundo de la oligarquía terrateniente chilena, la que siguió creyendo en la existencia de un “orden natural”. La desigualdad social era un dato de la realidad. Esto no obstaculizó, por cierto, la labor educativa y secularizadora del Estado impulsada desde 1860, pero sin afectar la visión acerca del pueblo y del lugar que le correspondía en la sociedad. Más aun, la alianza terrateniente-burguesa que mencionábamos antes no

20 Alfredo Jocelyn-Holt, *La Independencia de Chile* (Mandfre, 1992) y *El peso de la noche. Nuestra frágil fortaleza histórica* (Planeta, 1998).

alteró esta cosmovisión, toda vez que se trataba de una burguesía mercantil y financiera, sin arrobos revolucionarios. El ingreso a la clase alta de un Cousiño o un Edwards no implicó la influencia de ideas sociales radicalmente nuevas. La mirada terrateniente era compartida por toda la clase alta y ello perduró hasta el siglo XX.<sup>21</sup> En pocas palabras, era obligación del Estado preparar a las masas bárbaras para que alguna vez pudieran ejercer sus derechos ciudadanos. En el intertanto, la elite gobernaría en su nombre. Esto explica por qué no hubo finalmente reparos al sufragio universal masculino alfabeto en 1874, pues no tendría ningún efecto político real, con nula capacidad de desafiar el poder y los privilegios de la clase dominante.

Esta cosmovisión ayuda a entender la reticencia, en casos de crisis políticas, a crear orgánicas participativas y resolutivas, prefiriéndose siempre comisiones de expertos: no a las asambleas constituyentes. Como es sabido, en los tres casos éstas fueron rechazadas y reemplazadas por cuerpos pequeños y selectos.

En efecto, en 1833 la comisión redactora de la Constitución estuvo conformada por dieciséis diputados de entre los elegidos a la cámara baja, además de seis grandes funcionarios públicos y catorce notables del Estado elegidos entre los literatos, eclesiásticos, grandes propietarios agrícolas y comerciantes de “considerable crédito”: en concreto, “veinte ciudadanos de reconocida probidad e ilustración elegidos por el Congreso Nacional”.<sup>22</sup> La lógica tras esta selección estaba en la certeza de la comisión de que los diputados elegidos lo eran por existir una extensión del sufragio desconocida en otras partes, mientras que los catorce notables servían “de contrapeso a la democracia, representada en los dieciséis diputados”.<sup>23</sup> En otras palabras, el cuerpo encargado de dar vida a la nueva orgánica constitucional estaba dominado por los “propietarios”, de modo similar al gobierno establecido por la reacción thermidoriana en Francia, luego de la experiencia jacobina. Esto es, la desmovilización y neutralización política del “pueblo”. Sin embargo, la importante y deliberada participación política que sectores del mundo popular habían tenido desde mediados de los años de 1820 en Chile fue estimulada por la radicalización alcanzada por ciertos grupos liberales, especialmente con la instalación de asambleas provinciales elegidas, lo cual propició alianzas con artesanos y pequeños productores. Esto, sin embargo, no fue privativo de esta fracción política, pues la movilización popular también fue fomentada por los estancieros, decididos a enfrentar con éxito a sus adversarios

21 Sofía Correa, *Las riendas del poder* (Sudamericana, 2005); María Rosaria Stabili, *El sentimiento aristocrático. Las élites mirándose al espejo* (Andrés Bello, 2003).

22 Brahm, op. cit., p. 90.

23 *Ibíd.*

pipiolos. Tal vez por esa misma participación es que, una vez ganada la guerra civil de 1829, se tuviera mayor claridad respecto de la urgencia de reponer el control social a sus aliados políticos y militares. Ello suponía la “República de los propietarios”. La comisión constitucional reflejó esas premisas.

Concordamos, a su vez, con Ana María Stiven en que la noción de republicanismo que dominaba en esa época privilegiaba el bien común antes que la libertad individual, aceptando restricciones ciudadanas, conservando el orden social existente. En consecuencia, tanto desde el plano de la realidad social como del horizonte intelectual que impregnaba a las elites, la participación política del pueblo fue descartada.

Casi un siglo más tarde, y con una sociedad bastante más compleja que aquella que hubieron de enfrentar Portales y Egaña, la clase dirigente chilena, y sus nuevos aliados, se aprestaron a salvar el orden existente resistiendo una vez más la convocatoria a una asamblea constituyente para la discusión de la Constitución de 1925. El grado de descomposición que había alcanzado el Estado oligárquico y la debilidad de la clase dirigente abrieron las compuertas para la irrupción de los descontentos y sus proyectos alternativos, antioligárquicos. Tras el golpe militar de 1925, todas las fuerzas sociales en fermento—socialistas, anarquistas, sindicalistas, militares “jóvenes”, incluso el propio Alessandri, radicales y democráticos— estuvieron acordes en la necesidad de reunir una asamblea constituyente que discutiera, por primera vez, democráticamente las bases del consenso social mínimo. Líderes sindicales se reunían con los oficiales del golpe para discutir sobre la propiedad agrícola, la industrialización, los derechos laborales y la naturaleza que habría de tener el nuevo parlamento. Si bien no había disenso en torno a su conveniencia, éste aparecía cuando se trataba de definir quiénes constituirían dicha asamblea. ¿Sólo los partidos políticos, capacitados para encauzar el voto? ¿Una representación gremial, dando cabida a las “fuerzas vivas”?

Mientras el debate se agitaba, en marzo de ese año se realizaba un Congreso Constituyente de Asalariados e Intelectuales que formularía un proyecto constitucional. Dicha asamblea estuvo constituida por proletarios, empleados, profesores, estudiantes, profesionales e intelectuales, con presencia de comunistas, miembros de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile y representantes del movimiento feminista. En pocas palabras, exponentes de las capas medias y del mundo popular. Entre sus propuestas destacaron la cámara única y funcional, elegida por los gremios y con mandato revocable; la coordinación y el fomento gubernativo a la economía, reprimiendo el agio, el robo y la usura, y la estabilización monetaria; y la separación de la Iglesia

y el Estado. Éste debía ser federal y colegiado, a todo nivel, mientras que el Tribunal Supremo de Justicia también debía ser elegido por los gremios, al tiempo que debía apuntarse a lograr la igualdad civil y política de ambos sexos. El ejército debía ser suprimido.<sup>24</sup> De acuerdo con Vial, las decisiones de la asamblea preocuparon a Ibáñez, tanto por su “tinte comunista” como por la posibilidad de que los partidos la llegaran a controlar. Alessandri, por su parte, también llamó a la conformación de una instancia parecida, la que debería estar constituida por las “fuerzas vivas” –o sea, orgánica–, en la que dos tercios se elegirían por el sistema “cuotativo-proporcional”, y su preparación sería encargada a comisiones de “personas distinguidas y eminentes”.

Como se observa, el meollo de la discusión era quiénes participarían, pues ello traducía un debate clasista y de carácter programático. Según Vial, Alessandri empezó a distanciarse de la idea, al hacérsele notar la duración que implicaba una constituyente, siendo probable que terminara su mandato sin que hubiera reforma. Más aun considerando que no había consenso en relación a la necesidad de una nueva Constitución o sólo implementando ciertas reformas. Finalmente, se nombró la comisión de “personas distinguidas” que abarcó gran parte del espectro político, incluyendo a exponentes del comunismo. La subcomisión a cargo de las reformas constitucionales –la verdaderamente importante– fue la que redactó la nueva Constitución, en la cual la presencia de Alessandri fue decisiva. La asamblea constituyente nunca se realizó y las propuestas del Congreso de Asalariados e Intelectuales no fueron consideradas, salvo el fomento a la economía y la separación de la Iglesia y el Estado. El proyecto constitucional redactado estaba lejos de aprobar la descentralización, la representación gremial y la eliminación del ejército. Según la interpretación de Gabriel Salazar, este desenlace fue una “versión corregida del Estado de 1833”, al eliminarse los excesos autoritarios y parlamentarios, manteniéndose el liberalismo de 1874 y el respaldo militar. Se había logrado la gobernabilidad de la sociedad civil en los términos establecidos tradicionalmente por la clase política. A su entender, Alessandri nunca quiso reformar el parlamentarismo e Ibáñez traicionó las aspiraciones socialproductivistas de los oficiales y el corporatismo social que embargaba a los distintos movimientos, distanciándose de “la horizontalidad civil” del liderazgo social. Finalmente, habría retornado a dicho corporatismo, desde una óptica verticalista, a través de decretos-leyes.<sup>25</sup>

24 Gabriel Salazar, *Historia contemporánea de Chile I* (Lom, 1998, pp. 45-46); Gonzalo Vial, op. cit., pp. 532-533.

25 Gabriel Salazar, *Historia contemporánea de Chile I* (Lom, 1998).

La imagen de traición al movimiento social que acompaña la interpretación de Salazar se afirma en ciertas premisas, a nuestro juicio, polémicas. Es cierto que fue el desarrollo de los movimientos sociales y su afirmación programática lo que obligó a la oligarquía a aceptar discutir el orden imperante, teniendo como telones de fondo la crisis económica de posguerra, la instalación del primer Estado de los Trabajadores en el mundo y las recomendaciones de la Sociedad de Naciones y la OIT en materias sociales y laborales. Ni Alessandri ni los militares con Ibáñez a la cabeza habrían podido seguir la ola corporativo-descentralizadora que envolvía la crítica social, pues ambos buscaban un acomodo del orden capitalista-democrático representativo. Alessandri no fue un revolucionario, ni nunca posó de serlo; Ibáñez, por su parte, estaba convencido de la necesidad de un Estado fuerte, capaz de controlar las fuerzas disolventes y canalizar disciplinada e institucionalmente las demandas obreras, a la par que impulsar el capitalismo industrial.<sup>26</sup> Todos los escritos militares desde la primera década del siglo reflejaban la demanda por un Ejecutivo robustecido, un debilitamiento de los partidos y una solución de los conflictos sociales. Un nuevo pacto de dominación era lo buscado. Ibáñez sólo coqueteó con el corporativismo, pero aquel que le seducía era el mussoliniano y, preferentemente, el de Miguel Primo de Rivera, bastante lejos del corporativismo preconizado por los movimientos sociales. Aunque en su momento la oligarquía no lo comprendió y la retórica antioligárquica lo encubrió, las fuerzas armadas seguían siendo sus principales aliadas.

La experiencia de 1925 fue la única en que la idea de una asamblea constituyente tuvo alguna posibilidad de concreción, posiblemente por la crisis que afectaba a las clases dirigentes. Sin embargo, no sólo ella no se concretó, sino que el plebiscito convocado para la ratificación de la nueva Constitución fue el instrumento utilizado para imponer una carta fundamental en la que, salvo Alessandri y los cuadros militares, nadie creía. En efecto, las resistencias partidarias al régimen presidencial que la reforma impondría y su defensa del parlamentarismo resucitaron la demanda de conservadores, radicales y comunistas por una asamblea constituyente. El fracaso que esa posibilidad auguraba al presidencialismo propugnado por Alessandri indujo nuevamente a éste a buscar el apoyo de las fuerzas armadas —en la voz del general Navarrete— para imponer las reformas ya discutidas y su aprobación mediante un plebiscito, anunciado el 31 de julio de 1925 y a realizarse un mes más tarde. Conservadores y radicales llamaron a la abstención. El plebiscito se realizó en ese marco de marginación, al cual se sumó la ausencia de cohecho —estímulo popular

26 Jorge Rojas, *Los sindicatos y la dictadura de Ibáñez, 1927-1931* (Dibam, 1993).

para sufragar—, lo que explica que la participación en el evento plebiscitario ni siquiera llegara a la mitad de los inscritos en los registros electorales, que ya constituía una minoría de la población. Chile tenía una nueva Constitución, aprobada por una minoría ciudadana.

La situación de los años setenta presentaría algunas características distintas, no sólo por tratarse de una dictadura militar, sino porque ella claramente venía a consolidar el poder de las clases dirigentes. El golpe militar de 1973, que instauró una dictadura de “nuevo tipo”, tenía como objetivo aplastar las aspiraciones socialistas, la capacidad de los movimientos sociales de imponer cambios radicales y la amenaza “celular” al capitalismo que la Unidad Popular revistió. Como señalamos antes, una reforma constitucional que impidiera aquello era un imperativo. Desde ese punto de vista, es obvio que no habría asamblea constituyente, al menos en la inmediatez, y que los cambios radicaría en un grupo selecto, designado por las autoridades militares. En ese sentido, el punto era si en la formulación de tales reformas tendrían cabida todos los representantes del bloque insurreccional. Esto equivalía a integrar a la democracia cristiana. Contrariamente, desde el primer momento se pudo observar la decisión militar de tomar el control total, prescindiendo el máximo posible de la injerencia civil.

En materia constitucional, sin embargo, ello no era posible, y por sugerencia del ministro de Justicia, Gonzalo Prieto, poco después del golpe se formó una Comisión Constitucional conformada por juristas y políticos: Enrique Ortúzar, ex ministro del Presidente Jorge Alessandri; Sergio Diez, ex conservador y ex nacional; Jorge Ovalle, radical, y Jaime Guzmán, líder del movimiento gremialista de la Universidad Católica y columnista estable de la revista de oposición a la Unidad Popular *Pec*. Salvo Ovalle, la comisión representaba a la fracción alessandrista-gremialista en el bloque insurreccional, haciendo evidente la alianza con la derecha política. Fue este claro sesgo lo que indujo al gobierno a incorporar a otros miembros, equilibrando las influencias políticas: Alejandro Silva Bascuñán y Enrique Evans, de la democracia cristiana, y Gustavo Lorca, también nacional; posteriormente se nombró a Alicia Romo, dando representación a las mujeres.<sup>27</sup> Su elección, con todo, no era casual, pues estaba ligada a los grupos femeninos antimarxistas más activos. En otras palabras, la Comisión Constitucional estaba dominada por una derecha fervientemente antimarxista y convencida, desde hacía casi diez años, de la necesidad de imponer un régimen autoritario y desarmar los movimientos sociales y el poder partidario y del parlamento. Comparativamente, este comi-

27 Carlos Huneeus, *El régimen de Pinochet* (Sudamericana, 2000).

sión de “expertos” fue mucho menos plural que la habida en las dos ocasiones anteriores analizadas, haciendo evidente su carácter unilateral. Esta decisión intransable implicaba asegurar su aprobación a como diera lugar, imponiendo un plebiscito que la “legitimara”, el que se realizó sin registro de votantes, con censura de prensa y un control absoluto del proceso electoral. Pinochet al fin tenía su Constitución.

En suma, y a pesar de la diferencia de contexto, todos los cambios políticos radicales en Chile han sido realizados bajo el poder de la fuerza, con exclusión de la ciudadanía, lo cual confirma una vez más el carácter antidemocrático de la política chilena, aunque cada experiencia debe considerar su propio contexto. En todas las ocasiones, el centro del problema fue el papel del “pueblo” en la institucionalidad, lo cual releva el imaginario existente respecto de él. A comienzos del siglo XIX, Egaña y sus compañeros de comisión tenían la convicción de que el pueblo real era “bárbaro”, vicioso e ignorante, responsable de la debacle que aquejaba al continente, siendo una amenaza al bien común. Como otros, creían que la palabra “pueblo” debía volver a ser una abstracción —como al comienzo del proceso independentista—, que se materializara en los propietarios y los ilustrados. Cien años más tarde, nuevamente el pueblo era el problema, con sus demandas y protestas. Esta vez, sin embargo, ya no podría insistirse en su barbarie, pues mundialmente se había vuelto “sujeto de derechos”. Aun así, la mirada oligárquica respecto del pueblo no había cambiado; para ella, éste seguía siendo incapaz de asumir responsabilidades políticas, las que deberían recaer exclusivamente en las elites. En 1973, el “pueblo” era realmente un problema, pues, acompañado de sus líderes políticos, había mostrado capacidad de poner en jaque al capitalismo, lanzar una contraofensiva hegemónica y amenazar el poder histórico de la clase dirigente chilena. El pueblo debía volver a la subordinación. Después de todo sólo eran “los niños chicos de la humanidad”, como los catalogara Gloria Errázuriz Pereira, integrante de la “aristocracia” chilena, definida, según sus palabras y la de las otras protagonistas del libro de Stabili, por su espíritu de “servicio”, el “espíritu de hidalguía”. Tales rasgos explicaban, a su entender, la obligación de “proteger el destino de los más pobres”.<sup>28</sup>

Esta mirada sobre el pueblo hace coherentes las influencias ideológicas que han permeado las construcciones constitucionales. Ninguna de ellas ha recibido el hálito vigoroso de la democracia, sino de aquellos planteamientos políticos que limitan la soberanía popular, pero que no se ligan al pensamiento

28 María Rosaria Stabili, *op. cit.*

contrarrevolucionario. En los tres casos, se ha adherido a raíces ideológicas modernas, pero no necesariamente democráticas.

Como sólidamente ha argumentado Enrique Brahm, la Constitución de 1833 y su principal mentor estuvieron fuertemente influidos por la experiencia revolucionaria francesa, especialmente por su etapa napoleónica. En efecto, los redactores de la carta y el propio general Prieto habían pertenecido a la tradición liberal-ilustrada, pero estaban desilusionados de las ideas liberales más radicales, identificadas con el pipiolaje y los levantamientos de esclavos en otras partes de América. Ello, sin embargo, no los ligaba al pensamiento contrarrevolucionario conservador del período posnapoleónico, sino a un liberalismo despojado de sus tendencias más utópicas. Sus fuentes inspiradoras parecen hallarse en Napoleón, el “liberalismo restringido” de la Restauración francesa y, en menor medida, la Constitución española de Cádiz. De la carta francesa de 1799 habría tomado el modelo de estado de sitio, así como la noción de república unitaria e indivisible y el resguardo hacia la conformación de facciones políticas. Las luchas entre pipiols y pelucones amenazaban, a su entender, la mantención del orden y provocaban la división de la “voluntad general”, tal como ya lo plantearon los constituyentes de 1791. Asimismo, de la influencia napoleónica provendrían las desconfianzas al funcionamiento de las asambleas parlamentarias, tendencia clara desde el período del Directorio, tendiendo al fortalecimiento del Ejecutivo. La composición del Senado, con senadores elegidos y designados y claras posturas conservadoras se inspiraba en el ejemplo inglés, de la Cámara de los Lores, reforzada más tarde con el Senado conservador bajo Napoleón. De éste se tomaron, además, el Consejo de Estado y el sufragio censitario.<sup>29</sup> Como es claro, no se buscaba un regreso literal al pasado, pero sí al ordenamiento “natural” asociado a él. Ello hacía posible aceptar cuotas de modernidad, sin que la modernidad realmente llegara.

La Constitución aprobada en medio de la crisis de dominación oligárquica –1925–, si bien se inspiraba en las nuevas tendencias de posguerra, no logró zafarse de la cosmovisión dominante ni poner en peligro la distribución del poder. En efecto, el mundo posterior a la primera guerra mundial se distanciaba del individualismo decimonónico y asumía una perspectiva social, revalorizando el poder del colectivo y de los procesos sociales. En ese sentido, el siglo XX puso el acento en la importancia de los derechos sociales, subrayando no sólo la igualdad política, sino también la igualdad social y económica. De allí que se buscara limitar los derechos individuales, en tanto se opusieran a los intereses colectivos, y se buscara dotar al Estado de nuevas capacidades,

29 Brahm, *op. cit.*, pp. 102-113.

para trabajar por el bienestar social.<sup>30</sup> Estas ideas provinieron de la Alemania de Weimar, de los planteamientos del Presidente Woodrow Wilson, de la nueva Organización Internacional del Trabajo y del cataclismo que vivió el liberalismo en el período de entreguerras. La derrota de los imperios centrales fue interpretada como el triunfo de la democracia, entendida no sólo como derechos políticos, sino como fundamentalmente sociales. La instalación de la Rusia bolchevique y el desafío que representó, incidieron en la apertura occidental hacia criterios sociales. El siglo XX era el siglo de las masas y todo sistema político debía adecuarse a esa nueva realidad. Tales fueron las palabras de Arturo Alessandri en la aceptación de su candidatura en 1920, enfatizando que el momento histórico tendía “a resolver con criterio de estricta justicia y equidad los derechos que reclama el proletariado en nombre de la solidaridad, del orden y de la convivencia social”.<sup>31</sup>

Chile parecía estar a la altura de los tiempos. No obstante, como hemos visto, estos criterios fueron asumidos desde una perspectiva verticalista, que permitía mantener la subordinación social y la integración controlada y disciplinada de los sectores subalternos, de modo que el poder seguiría radicado en las elites tradicionales. La incorporación de sectores medios y obreros a la disputa electoral directa y la participación de la izquierda marxista en el sistema no aminoraban el poder oligárquico, toda vez que el agro no fue tocado, permitiendo la mantención del control político del campesinado, limitando la influencia política de la izquierda. Ésta debió circunscribirse al mundo urbano, en disputa con radicales y liberales. Si políticamente el sistema no dio vida a una verdadera democracia ciudadana, menos lo hizo en materia de igualdad social, considerando que todo el campesinado quedó al margen de los derechos sociales y garantías reconocidas por la Constitución, no pudiendo escapar a su historia de “niños chicos de la humanidad”. El peso de la tradición fue mayor que las oleadas modernizadoras que invadían los nuevos tiempos.

Esta lucha entre tradición y modernidad se hizo del todo patente en el caso de la Constitución de 1980, cuando el grupo original de la comisión perdió sus representantes demócratacristianos y adquirió un perfil totalmente derechista, pero dominado por Jaime Guzmán. Posiblemente sea ésta la carta fundamental sobre la cual haya habido más discusión respecto de su inspiración ideológica, considerando el peso ejercido por los planteamientos corporativistas de Jaime Guzmán y la creciente influencia alcanzada por los neoliberales hacia finales de la década del setenta. La pugna entre corporativismo y liberalismo

30 Julio Heise, op. cit.

31 Verónica Valdivia Ortiz de Zárate, “Yo, el León de Tarapacá”, p. 518.

era de antigua data, reactivada en los años sesenta, cuando el primero ofreció posibilidades de renovación ideológica a la derecha política, como el Partido Nacional. Aunque el corporativismo debió convivir con el neoliberalismo y el alessandrismo dentro de ese partido, el primero adquirió cada vez más fuerza a raíz del proceso de reforma universitaria, alcanzando su cota máxima durante el gobierno de la Unidad Popular. El gremialismo fue el principal instrumento de dislocación económica y política y de organización social antisocialista. Para el momento del golpe, el liberalismo estaba desacreditado y el corporativismo en pleno auge. Éste, no obstante, carecía de influencia política en la sociedad chilena, estando asociado a grupos nacionalistas filo fascistas, a pesar de que el corporativismo de Guzmán pertenecía a otra vertiente. Como fuere, la doctrina que, en teoría, tenía mayores posibilidades de influir en la nueva institucionalidad era el corporativismo. La aparición de los neoliberales refflotó el debate intraderecha, dominando el resto de la década.

Un importante conjunto de trabajos ha afirmado la influencia decisiva del neoliberalismo en la Constitución de 1980, expresada en la reivindicación del individuo y en la redefinición de los conceptos de libertad, igualdad y democracia, así como en la inviolabilidad atribuida a la propiedad y su naturaleza individual.<sup>32</sup> En ese sentido, la lucha entablada entre neoliberales y gremialistas habría sido ganada por los primeros, logrando la neoliberalización de Jaime Guzmán. Otros, sin embargo, destacan más bien la influencia del franquismo español, experiencia que Guzmán y Pinochet habrían observado con detención. En este caso, la influencia decisiva la ejercería el filósofo alemán Carl Schmidt, quien defendió el autoritarismo fundado en la idea del principio monárquico como sujeto del poder constituyente. Schmidt asoció esa experiencia al ascenso de Hitler, quien habría asumido dicho poder tras ser nominado canciller de Alemania. Franco y Pinochet habrían fundado sus dictaduras en ese principio constitucional, destruyendo el poder constituyente del pueblo. En el caso de Chile, Guzmán habría utilizado ese principio para desarmar la Constitución de 1925, argumentando que el poder constituyente ya no radicaba en el pueblo, sino en la Junta Militar.<sup>33</sup> Quienes están en esta posición asignan una importancia decisiva al factor externo, resultando una institucionalidad marcada por influencias políticas foráneas. Por último, están quienes creen que la Constitución fue una mixtura entre el neoliberalismo, que permitiría fracturar la relación entre economía y política, y el corporativismo, que ofrecería una mascarada democrática, aquella de “plena participa-

32 Pilar Vergara, *Auge y caída del neoliberalismo en Chile* (Cieplan, 1985).

33 Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, *La República en Chile* (Lom, 2006).

ción social” concentrada en el ámbito municipal. Para esta interpretación, el franquismo fue sólo un referente, pero no decisivo, asignándole más importancia al impacto de la propia revolución chilena, la que sería crucial para la decisión de neutralizar a la izquierda y los sectores sociales asociados a ella.<sup>34</sup>

Cualquiera de las interpretaciones aquí reseñadas que sea aceptada como la más válida develaría un mismo propósito: la neutralización de la soberanía popular, de la ciudadanía, y la elitización de las decisiones. Todos los referentes ideológicos presentados por los distintos analistas eran antidemocráticos y todos apostaban por el autoritarismo y el control social. La Constitución de 1980 no tenía ninguna posibilidad de plasmar una institucionalidad pluralista, no sólo por tratarse de una dictadura militar, sino porque quienes participaron en su redacción no creían en la democracia.

Como se ha podido apreciar, todas las experiencias constitucionales chilenas han recibido influjos ideológico-políticos externos, entroncados con la modernidad, ya fuera en sus vertientes plenamente liberales o con rasgos autoritarios. El corporativismo puede ser conservador, pero pertenece al mundo de la sociedad de masas y a ese desafío respondió. No obstante, las clases dirigentes chilenas parecen no haber terminado de conciliarse con la idea de una democracia ciudadana, buscando subterfugios que permitan mantener formalmente la soberanía popular, y el poder de las elites en la realidad.

Cuando hoy todavía subsisten dudas respecto de la inscripción electoral automática, el voto de los chilenos en el exterior, el sistema binominal, la participación activa de la ciudadanía en los grandes debates nacionales y la necesidad de convocar a una asamblea constituyente para discutir el orden de este nuevo milenio, no es anacrónico preguntarse acerca de cuánto hemos avanzado como sociedad y clase política desde los días de O’Higgins y Portales. Pareciera que la premisa de la elite de 1810, que tan bien precisó Alfredo Jocelyn-Holt, “cambiar para que nada cambie”, se ha convertido en un principio de larga duración, desbordando las fronteras de la clase alta chilena.

34 Verónica Valdivia Ortiz de Zárate et al., *Su revolución contra nuestra revolución. Izquierdas y derechas en el Chile de Pinochet (1973-1981)* (Lom, 2006), cap.2; y vol.II: *La pugna marxista-gremialista en los ochenta* (Lom, 2008).

# Comentario de Ana María Stuvén

## Constitucionalismo, República y ciudadanía en el debate histórico

Ana María Stuvén

*Pontificia Universidad Católica de Chile*

Quiero comenzar felicitando a Verónica, porque me parece que su trabajo es pionero, desde la perspectiva historiográfica, en poner a prueba el discurso sobre la excepcionalidad chilena respecto de la legitimidad de sus Constituciones. Es indudable que ese discurso ha existido y se fue fortaleciendo durante el siglo XIX, incentivando un nacionalismo que se alimentó de sus triunfos bélicos. También es cierto que la construcción de esta excepcionalidad se pagó cara cuando la nación tuvo que percibir que algunos aspectos de ella eran un verdadero mito, que la más “antigua tradición democrática latinoamericana” tenía bastante en común con nuestros vecinos y que esa construcción tenía que ser cuestionada y revisada luego del golpe de 1973. Como dice Verónica, visualizar la dictadura como “una anomalía” fue una tendencia cuyos frutos me parece que hoy, paradójicamente, son positivos: nos han obligado, como a ella, a repensar esta tradición.

El trabajo de Verónica sostiene varias tesis. Elegiré un par. La primera: que las Constituciones de 1833, 1925 y 1980 serían ilegítimas por no ser fruto de una asamblea constituyente. Es indudable que todas ellas contienen un vicio de origen al no provenir su sanción de una expresión de la soberanía popular; sin embargo, es necesario consignar que parte de la tradición republicana recoge la posibilidad de que, aun viciadas en su origen, las Constituciones puedan eventualmente corregir esta condición paulatinamente. Es el caso de las Constituciones de 1833 y 1925, que, como Verónica acepta, terminaron, a través de sucesivas modificaciones, con un alto grado de reconocimiento ciudadano.

Indudablemente la Constitución de 1980 es harina de otro costal. En primer lugar, porque creo que el análisis histórico requiere no solamente reconstruir el contexto político en que se promulgan las Constituciones, sino también su contexto intelectual. En este sentido, me parece que el mismo concepto de legitimidad no tiene igual peso político en el Chile de 1833 que en el de 1980, como tampoco podemos equiparar el autoritarismo ejercido en el contexto

de creación del Estado, sin partidos políticos formales, con ciudadanía restringida y con autoridades enfrentadas en su imaginario a la dicotomía caos-anarquía. Hay que recordar que en esos años no se había inventado la figura de un régimen parlamentario al cual se le injerta la institución del Presidente de la República; esa invención es de 1870 en Francia. Existía la presidencia norteamericana, que se alejaba de los patrones políticos heredados de la corona española, y existía la figura del Rey, que preside el gabinete y es responsable ante el parlamento, y que es la figura de la monarquía constitucional donde el Rey conserva grandes cuotas de poder. Es solamente en 1830 que se extingue el poder del Rey como Poder Ejecutivo. La democracia se entendía como directa de la *ecclesia*, de la asamblea que delibera y decide y por lo tanto considerada inaplicable en Chile. No había surgido la libertad de los antiguos versus la de los modernos elaborada por Constant en 1830, cuya discusión se desarrolló más tarde en Chile. Existía la figura del gobierno moderado que establece en la Constitución escrita ciertos derechos y ciertas libertades para los ciudadanos y que crea la figura del ciudadano, pero los referentes de legitimidad no son los mismos en 1833 que en 1980. Como la clase dirigente en esos años consideraba que esas condiciones no se daban en Chile, se crea la república posible, que tiene muchos adeptos en el mismo republicanismo. Es indudable que eso crea una dialéctica de contradicciones que sólo se podrían resolver más tarde desde la existencia de una esfera pública democrática que requiere el despliegue del uso público de la razón al eliminarse el consenso del peso de la historia y abrirse paso a la diversidad.

Estas condiciones sí existían en los años 1970 del siglo XX. Un golpe de Estado, una Junta de Gobierno que se autoproclama poder constituyente y única detentora de los poderes Ejecutivo y Legislativo merece por lo tanto otra sanción y evaluación en 1980. De allí que en ese contexto, desde el punto de vista jurídico, el llamado plebiscito de 1980 no fue más que una consulta cuyo resultado no era vinculante. En ese sentido, a diferencia de las anteriores, ni siquiera hubo una convención que incluyera opiniones diversas, como se recoge, por ejemplo, de las discusiones entre Manuel José Gandarillas y Mariano Egaña, para el 33, aunque finalmente éste se impusiera. Ahora, si la Constitución de 1980 se ha legitimado en el tiempo, es una discusión que escapa a mi especialidad, aunque me parece que en un momento de transición riesgosa fue inteligente optar sólo por modificarla.

Comparto plenamente con Verónica que la Constitución de 1833 finalmente se legitimó a través de su reconocimiento por todo el espectro partidario, entendiendo que ése no es un espacio tampoco plural, aunque, como ha

demostrado Samuel Valenzuela, hubo una participación popular urbana en las elecciones relativamente importante para la época y, especialmente, las elecciones eran observadas tan atentamente incluso por mujeres que tenían cierto impacto sobre la sociedad nacional. Asimismo, sirvieron para consolidar los grupos políticos que luego fueron los partidos más influyentes por lo menos hasta la década de 1920.

La segunda tesis que quiero comentar es que tras Chacabuco y Maipú no habría emergido una república sino un régimen militar autoritario. Aquí es donde quisiera detenerme y hacer algunos comentarios, porque creo que esa antítesis no es conceptualmente necesaria durante los comienzos del siglo XIX, y aquí tomo otra tesis de Verónica: que la lucha entre tradición y modernidad es una constante en la historia política de Chile. Y para ello quiero apoyarme en los estudios de historia de las ideas que han recuperado el concepto de la república neorromana o de tradición atlántica, desde la obra de Pocock y Skinner hasta Pettit. Esta visión no era contradictoria con la postura republicana de comienzos del siglo XIX porque no intenta sobreponer la libertad individual a la de la comunidad, como lo hace el liberalismo, y en ese sentido acepta las restricciones ciudadanas si ello concuerda con el bien común.

Por lo tanto, sólo desde una acepción de republicanismo que efectivamente existía en la época y que no era necesariamente democrático podemos explicarnos los consensos que operaron en las clases dirigentes chilenas de comienzos del siglo XIX. Esa definición les permitió transitar desde la monarquía, sin alterar fundamentalmente las nociones de orden social y político que traían consigo. El republicanismo no se da en un vacío teórico. Indudablemente, el pensamiento político republicano tenía que pasar por el cedazo de su adaptación al proyecto que este grupo consideraba posible para las nuevas naciones, y en ese sentido una doctrina liberal estaba lejos del horizonte político de esta dirigencia, porque por sobre la libertad individual concebían el predominio del bien común de la sociedad. De ahí que el concepto de virtud cívica es clave para comprender el republicanismo hispanoamericano, particularmente desde la reformulación hecha por Montesquieu en el siglo XVIII para oponerse a la monarquía absoluta en nombre de la república moderna. De la obra de Montesquieu bebieron los próceres hispanoamericanos, a quienes fue funcional por permitirles coincidir en el enemigo común. En esa disyuntiva, y condicionados por su visión de la conflictiva realidad hispanoamericana, nuestros hombres de pensamiento y de acción apelaron a una conceptualización de la república que les permitiera conciliar el amor por la república y la libertad con el temor al caos y la incapacidad del nuevo

pueblo soberano para ejercer sus derechos. En consecuencia, desconfiados de la igualdad, imprimieron en la república rasgos tradicionales expresados en el control al cambio social por medio de la restricción a la ciudadanía y a la soberanía popular. Siguiendo con esta línea de reflexión, el concepto de ciudadano como individuo libre e igual no formaba parte de las definiciones republicanas de los actores políticos, proveniendo su legitimidad de la costumbre y de la ley. Sería desde la república desde donde debía surgir en el tiempo, congruente con la ideología del progreso, una comunidad nacional consistente con ella en un proceso de construcción cultural más que de apelación a una comunidad histórica preexistente o a principios de legitimidad históricamente válidos, como habían sido la trascendencia o la figura del Rey durante el Antiguo Régimen. En esto me distancio también de la idea de comunidad imaginada como sinónimo de nación en Latinoamérica. Se trataba de lo que Anthony Marx llama una “cohesión exclusionaria”, donde la ciudadanía era asignada selectivamente y no en forma universal. Me parece que en Chile siempre estuvo claro que el sistema político alternativo a la monarquía era la república. Lo demostró en los hechos Bernardo O’Higgins al instruir a Antonio José de Irisarri, su representante al Congreso de Aquisgrán, convocado en 1819 por la Santa Alianza, en el sentido de obtener el reconocimiento de la independencia nacional exclusivamente bajo la forma republicana de gobierno. Como se sabe, el Senado no había sido categórico ante este punto, influido por la actitud de los representantes de Argentina, Venezuela y Colombia, quienes estaban dispuestos a transar por la monarquía a cambio de que se reconocieran sus independencias. La idea aparece confirmada también en una carta que le enviara a Gaspar Marín, en 1821: “Si los creadores de la revolución se propusieron hacer libre y feliz a su suelo y esto sólo se logra bajo un gobierno republicano y no por la variación de dinastías distintas, preciso es que huyamos de aquellos fríos calculadores que apetecen el monarquismo”. Surge entonces la pregunta: ¿qué se entendía por república, más allá de la necesidad histórica de adherir a ella? David Brading, reflexionando en torno a Simón Bolívar, sostiene que el republicanismo latinoamericano no debe entenderse como “el simple repudio de la monarquía como forma de gobierno, sino más bien la aceptación de toda una filosofía secular que enseñaba que el hombre sólo puede alcanzar o perseguir la virtud como ciudadano de una república”. En ese sentido, confirmaría que la república no se entiende en su acepción clásica sino moderna, a partir especialmente de la comprensión que hace de ella Montesquieu y que la vincula al sistema representativo de gobierno y a la doctrina de la soberanía popular.

El constitucionalismo es otro rasgo republicano que se enraizó tempranamente en la mentalidad de las clases dirigentes chilenas. Existió una común conciencia de que una Constitución era el mecanismo para regular el funcionamiento republicano y la asignación de derechos. Hay innumerables textos al respecto. Es importante también la actitud de Bernardo O'Higgins al resistirse a apelar a los organismos representativos heredados de la administración española y porfiar en someter sus deliberaciones a las instituciones republicanas cuando nombró en 1818 una Comisión Constitucional cuyo proyecto debía ser sometido a la aprobación de todos los chilenos y no de la Junta de Corporaciones. O'Higgins exhortó a los miembros de su convención diciendo que la constitución sería "la alianza entre el gobierno y el pueblo [...] que asegura la quietud interior, produce la abundancia, abre recursos y afianza la justicia".

Juan Egaña, el conservador por excelencia, estableció la misma vinculación entre Constitución y república en la carta constitucional que él elaboró en 1823. Indudablemente esa Constitución incorpora elementos de resguardo conservador que no estaban presentes en otras cartas, pero comparte plenamente el principio republicano de separación de poderes y control contra la arbitrariedad de la autoridad. Por otra parte, aunque considerada liberal, la Constitución de 1828 también consignó en su redacción las desconfianzas que inspiraba la consagración de derechos. De allí las alusiones del Presidente Pinto, respecto de que la carta toma en consideración la cultura chilena y, en consecuencia, "participa de un carácter religioso y moral, el más conforme a nuestros hábitos y deseos".

Los de Egaña y Pinto son los mismos temores que inspiraban a Irisarri cuando escribe que el gobierno republicano implica "una soberanía tan extensa" que "es indispensable que la ilustración supla este efecto y que la virtud anime los votos de la multitud [...]. La astucia de algunos individuos, sobre la falta de ilustración de la masa popular, ha sido siempre el escollo en que perecen las repúblicas".

Dicho esto, creo que aquí es pertinente recurrir a la conceptualización de Philip Pettit y su diferenciación entre la concepción de libertad de republicanos y liberales. Los primeros entienden la libertad como la ausencia de dominación arbitraria, lo cual no implica necesariamente la plena vigencia de los derechos individuales, mientras el ejercicio del poder no sea arbitrario, tenga limitaciones y deba justificar cualquier suspensión de derechos en función de un bien social. Este espíritu fue el que guió a O'Higgins al justificar su gobierno en 1822: "Mi deseo fue siempre, y lo sostuve en el Congreso el año 11, que se adoptase en Chile un gobierno representativo, cualquiera que fuese su

denominación; mas la opinión general, apoyada en la razón y la experiencia, está porque el Supremo Poder Ejecutivo se confíe a un solo magistrado, cuya autoridad se debe limitar por medio de instituciones garantes”.

Por último sobre este punto: el tema del lenguaje. Creo que la definición que hoy manejamos de lo que Verónica llama “régimen militar autoritario” no es asimilable al contexto político ni ideológico de 1830, porque los militares eran vistos como los héroes de la gesta republicana, y de hecho le imprimieron una dimensión militar al republicanismo.

Para terminar, quiero sugerir que el conflicto que se hace presente desde comienzos del siglo XX, y que se hace obligatorio recoger en la Constitución del 25, exige, como dice Verónica, la redefinición de la relación entre Estado y sociedad, no solamente desde el fortalecimiento del Estado, sino también, y relacionado con lo anterior, desde la ampliación del espacio de inclusión nacional. Es decir, la ciudadanía. El reconocimiento de los derechos de los trabajadores, la función social de la propiedad, son todos aspectos que indican también que el contexto político se inserta dentro de nuevas definiciones intelectuales que apuntan hacia una república democrática, y de la cual son reflejo las nuevas tendencias surgidas no solamente desde del conservadurismo, sino también desde el socialismo.

# DERECHO Y CONSTITUCIÓN



# Participación y alienación política: el problema constitucional

Fernando Atria

*Universidad Adolfo Ibáñez*

## **El déficit de sentido de la participación política**

La alienación política es la marca de nuestra condición histórico-espiritual. En el sentido en que esa palabra será utilizada aquí, “alienación” describe el proceso (y el estado al que lleva) mediante el cual lo que es *propio* se nos aparece como *ajeno*, se nos *hace* ajeno. La alienación política, es decir, el hecho de que la voluntad políticamente producida se nos aparezca como ajena, es el fracaso específico de las formas institucionales democráticas. Es su *fracaso* porque la idea central de la democracia es la identidad entre gobernantes y gobernados, la idea de que sólo la sujeción a nuestra voluntad hace compatible la sujeción al derecho con la libertad: si el derecho es, al decir del artículo 1° del Código Civil, una declaración de voluntad, la única manera en que es posible compatibilizar sujeción al derecho y libertad es entendiendo que esa voluntad es la nuestra. Es su *fracaso específico* porque sólo la democracia promete libertad y sujeción al derecho.

Desde luego, el sentido en que la democracia promete autogobierno (identidad entre gobernantes y gobernados), en que reclama ser la única forma en que sujeción al derecho y sujeción a la libertad pueden en principio ser compatibilizados, y en particular el modo en que esa promesa es o no redimida, no necesita ser inmediato o autoevidente. La promesa no es negada por el hecho de que la ley se me aparezca, en tanto individuo, como imposición coactiva que limita mi libertad. En el sentido políticamente relevante, las instituciones democráticas están a la altura de su promesa cuando ellas configuran el proceso político de modo que éste pueda ser entendido como un procedimiento de formación de la voluntad común, de todos. No es que con esto hayamos avanzado mucho, desde luego. Este punto requiere un desarrollo mucho más cuidadoso de lo que es posible en esta oportunidad.<sup>1</sup> Pero eso no es ahora un

1 Por ahora, véase Atria, “La verdad y lo político (i): La verdad y su dimensión constitutiva”, y Atria, “La verdad y lo político (ii): democracia y ley natural”. Aunque en un estado preliminar, véase también Atria, “Viviendo bajo ideas muertas: la ley y la voluntad del pueblo”.

problema, porque, como veremos, el problema constitucional que está en la base de nuestra alienación política no es que las instituciones democráticas no estén a la altura de sus propias promesas (para determinar lo cual sí necesitaríamos una teoría acerca de qué quiere decir que esas promesas estén suficientemente cumplidas), sino el hecho de que la forma que el decreto ley 3464 (llamado a veces “Constitución de 1980”) dio y sigue dando a esas instituciones implica que ellas no tienen siquiera la pretensión de ser *nuestras*, lo que nos ha obligado a entender que la democracia es inteligible sin esa pretensión. Dicho de otro modo, nuestro problema será no que las pretensiones democráticas de las instituciones no sean redimidas por la operación normal de éstas, de modo que entenderlas como “nuestras” sea una forma de ingenuidad o autoengaño, sino que ellas *no pretenden* ser nuestras. Ellas son (y se nos presentan como) formas en que la voluntad de la dictadura nos gobierna como el Cid ganó su última batalla: desde la tumba.

Como ocurre con las características centrales de una situación histórico-espiritual, nuestra condición de alienación política se manifiesta reiteradamente y de muchas maneras, y por eso éstas tienden a devenir lugares comunes. Dos son las más perspicuas. La primera es el generalizado y radical escepticismo político. Como se ha dicho y se verá, las instituciones del decreto ley 3464 no pretenden ser “nuestras”. Por consiguiente, no son instituciones democráticas. Esto crea una enorme disonancia cognitiva, porque para quienes detentan el poder desde 1990 no es grato entenderse, en un sentido profundo, como mandatarios no del pueblo sino de la dictadura. Una disonancia cognitiva es una contradicción entre nuestras expectativas acerca de cómo el mundo debería ser y el modo en que el mundo es, y se soluciona cambiando el mundo o abandonando las expectativas.

En nuestro caso, la disonancia cognitiva se ha reducido por la vía de abandonar los ideales políticos propios de la tradición democrática y redefiniendo, entonces, la democracia en términos puramente instrumentales. Como nos hemos visto obligados a abandonar estas aspiraciones para no enfrentar el hecho de que nos gobierna la voluntad de la dictadura y sus herederos políticos, tenemos que hacer como el zorro que ante su incapacidad de alcanzar las uvas se convencía a sí mismo: “están verdes”. Nuestra manera de hacerlo es mirar las aspiraciones de autogobierno democrático en sentido literal y declarar entonces que son ingenuas. Por eso hoy incluso quienes defienden la idea de la democracia ya no usan el lenguaje de la tradición democrática sino el de sus enemigos. Para esa tradición, por ejemplo, la ley es la voluntad del pueblo, no de una facción; y el procedimiento de formación de la ley es un procedimien-

to cuyo sentido es transformar lo que en un principio puede haber sido lo que interesaba a una facción en lo que interesa a todos, por la vía de purgarlo de intereses particulares. Pero hoy la ley y los procedimientos no son defendidos de este modo. En efecto, quienes hoy los defienden recurren al lenguaje que tradicionalmente usaban los enemigos de la democracia: insisten en que la ley no es la voluntad del pueblo (de hecho, la palabra –y el concepto– “pueblo” ha desaparecido de nuestro lenguaje político), sino como el resultado de constantes negociaciones entre diversas facciones que tienen intereses opuestos.

Es sólo la voluntad de “la mayoría”, lo que quiere decir: de la facción más grande. Un senador de una región extrema se aprovecha del hecho de que es necesaria una inversión considerable para evitar que colapsen los servicios de transporte de la capital para lograr, mediante la amenaza de negar su voto al proyecto de ley que autoriza el gasto, ventajas para sus electores. Desde el punto de vista de las ideas democráticas, esto es un abuso de poder, porque un interés particular no deja de serlo por el hecho de estar definido geográficamente. Pero estas formas de presión ya no son vistas como un ejercicio inadecuado de la función parlamentaria. Nuestros representantes ya no reclaman representarnos a *todos*, sino a los habitantes de sus distritos o circunscripciones: es a ellos y a sus intereses a quienes los representantes tienen lealtad, y su deber es representar esos intereses facciosos en los espacios en donde se negocian acuerdos con representantes de otros intereses igualmente facciosos. A veces las negociaciones entre parlamentarios parecen conferencias internacionales.

Por el contrario, la idea de representación democrática supone que un diputado es un diputado del pueblo, elegido (por ejemplo) *por* Concepción. Hoy el diputado se entiende a sí mismo como un diputado *de* Concepción: es Concepción el que designa a un mandatario, a un embajador plenipotenciario para que represente sus intereses en Valparaíso. El deber del diputado de Concepción no es contribuir a formar la voluntad del pueblo por la vía de discutir y decidir sobre lo que es conveniente para éste (es decir, para *todos*), sino que defender los intereses de Concepción ante otros plenipotenciarios que defienden intereses de otros distritos, de modo que de esa negociación, análoga a la negociación de las partes en el mercado, surja algo que deje suficientemente satisfechos a todos.

Esta pérdida de sentido de las instituciones se generaliza. Un diputado que se presentó como candidato a la Presidencia de la República se jacta de que durante la campaña electoral rechaza su dieta, porque después de todo las actividades de campaña interfieren con el trabajo parlamentario en sentido estricto. Es decir, la dieta parlamentaria es una prebenda establecida en favor

de los parlamentarios, que muestran su altruismo renunciando a ella. Si la decisión del candidato se generalizara, y “la gente” llegara a esperar que los parlamentarios demostraran su preocupación por el interés público renunciando a beneficios como la dieta, y premiara a los que lo hacen castigando a los que perciben esos beneficios, la carrera política estaría abierta sólo a los que son suficientemente ricos para vivir de sus rentas o a los que tienen (como el candidato en cuestión) amigos millonarios. Lo grave, por supuesto, no es que en rigor el candidato haya hecho lo que hizo, porque después de todo qué hace cada uno es algo imposible de prever; lo grave es el hecho de que su acción fue celebrada en público, o al menos no criticada; es la manera en que la opinión pública entendió la acción del candidato, lo que muestra que para ella las instituciones democráticas han devenido ininteligibles. La dieta es algo que va en interés de todos, no del diputado que la percibe.

Pero en nuestra condición actual de cinismo político, la dieta es un beneficio que “los políticos” se asignan a sí mismos para aprovecharse de sus posiciones. Un diputado o senador es acusado de un ilícito, y anuncia que renunciará a su fuero parlamentario, como quien renuncia a un privilegio. Pero el fuero no es un privilegio de los representantes, es una garantía para los representados de que nuestros representantes no serán fácilmente intimidables. Por eso el fuero es irrenunciable. Y ante esa constatación un diputado (hoy senador electo) presenta un proyecto de reforma constitucional para hacer renunciabile el fuero, para que la Constitución obligue a entender el fuero como un privilegio del representante.

La segunda manifestación particularmente notoria de nuestra condición de alienación política, que ha devenido también, como la primera, un lugar común con un lenguaje que le es propio, es el colapso de la participación política formal. Si la primera manifestación se concibe a sí misma como una reacción en contra de “los políticos” que “no conectan”, esta segunda manifestación del mismo fenómeno se explica por referencia a la indiferencia política de “los jóvenes”. Dependiendo del punto de vista desde el cual se juzgue esta situación, esta indiferencia es expresiva de desencanto o de consumismo. En el primer caso, se trata de que “los jóvenes” no participan porque “los políticos” no quieren escucharlos (lo que es, desde luego, incoherente, porque el hecho de que las instituciones no tomen en cuenta los intereses de uno no sirve como razón para una actitud de sumisión dócil a ellas: éste es, desde luego, el efecto político inmediato de la falta de participación. El que no participa no evita con eso que las decisiones tomadas por las instituciones que no toman en cuenta sus intereses se le apliquen a él); en el segundo, se trata de que el auto-

interés característico del mercado ha destruido las condiciones necesarias para la mantención del espacio público en el cual la deliberación política ocurre.

Éstos son, entonces, los lugares comunes a través de los cuales se manifiesta nuestra condición actual: el autointerés de “los políticos” o “la clase política”, que los lleva a despreocuparse de “los problemas de la gente” y atender sus intereses “de elite”, por una parte, y la indiferencia de “los jóvenes”, que están más preocupados de bajar música en sus i-pods que de actuar políticamente.

Que estas dos posiciones sean lugares comunes no quiere decir que deban ser pura y simplemente desechadas como caricaturas falsas. Las ideas que logran predominar como lugares comunes normalmente lo hacen porque dan cuenta de algún fenómeno subyacente, aunque lo hacen de un modo superficial. A estos lugares comunes, entonces, corresponden explicaciones menos superficiales. Y la explicación subyacente no necesita ser ni grata ni novedosa. Ya en 1926 Carl Schmitt advertía sobre la incompatibilidad entre democracia de masas y política deliberativa, con un lenguaje cuya pertinencia no puede ser ignorada:

“La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía [...]. Los partidos [...] ya no se enfrentan entre ellos como opiniones que discuten, sino como poderosos grupos de poder social o económico, calculando los mutuos intereses y sus posibilidades de alcanzar el poder y llevando a cabo desde esta base fáctica compromisos y coaliciones. Se gana a las masas mediante un aparato propagandístico cuyo mayor efecto está basado en una apelación a las pasiones y a los intereses cercanos. El argumento, en el real sentido de la palabra [...], desaparece, y en las negociaciones entre los partidos se pone en su lugar, como objetivo consciente el cálculo de intereses y las oportunidades de poder. En la actualidad se asemejaría a una sátira citar la frase de Bentham: ‘En el parlamento se encuentran las ideas; el contacto entre las ideas hace saltar chispas y lleva a la evidencia’ ”.<sup>2</sup>

Algunos creen que esta advertencia puede ser ignorada por la vía de refutarla *ad hominem*, recordando que Schmitt, menos de diez años después de escribir estas líneas, se quitaría la careta y se mostraría como el jurista del nazismo. Pero mientras hacen esto fundan movimientos “ciudadanos” para excluir de una candidatura presidencial a los partidos políticos, y toman para ese “movimiento” el nombre de un libro que describe estrategias de marketing para “asegurarse mercados y excluir a la competencia”. Pero si a pesar de

2 Schmitt, “Sobre el parlamentarismo”, pp. 9-10. Esto es parte del prefacio a la segunda edición (de 1926) del texto cuya edición original es de 1923.

eso alguien todavía insistiera en ignorar el mensaje apuntando al nazismo del mensajero, se encontrará con que el punto fue también notado por autores a quienes ciertamente no se puede acusar de nada parecido. Lo que en 1962 Jürgen Habermas llamó la “refeudalización” de la esfera pública es en lo central el mismo fenómeno.<sup>3</sup>

Y en este contexto estamos: uno en el cual la explicación superficial es moralista, mientras la explicación profunda es epocal. Entre la explicación *más* epocal y la explicación más moralista no parece haber término medio. Pero en algún sentido profundo ambas cumplen la misma función: ambas nos exculpan y ambas nos sugieren continuar, *business as usual*.

La explicación moralista es exculpatoria porque, pese a todo su cinismo, el que la ofrece no se entiende a sí mismo alcanzado por la corrupción que denuncia. El cinismo de este crítico es uno que, analizado con atención, no es más que ingenuidad: él espera de “los políticos” que actúen rectamente porque tienen el deber (“moral”) de actuar rectamente. Cuando esta expectativa ingenua es frustrada, como suele ocurrir con las expectativas ingenuas, ella es reemplazada por el cinismo, que entonces se vuelve contra la corrupción de quienes la frustraron. Pero el cínico, al menos el que aparece en público, presenta sus observaciones cínicas como crítica, es decir, como constatación de un déficit. Esto implica que el cínico *mantiene el estándar que sustenta su crítica* (si no mantuviera la pretensión de que “los políticos” han de preocuparse de “los problemas concretos de la gente”, entonces la constatación de que no lo hacen no contaría como una crítica) y *entiende que su crítica no lo alcanza a él mismo* (de otro modo su crítica podría ser respondida simplemente: tu *porque*). El cínico es exculpado porque su explicación lo deja en la posición de ser el virtuoso en un mundo corrupto.

La explicación epocal al modo de Schmitt o de la Escuela de Frankfurt nos exculpa de un modo mucho más evidente: si la democracia de masas es una idea imposible (es decir, si no puede haber democracia si ésta es de masas), o si hay contradicción entre capitalismo y democracia, entonces vivir bajo formas democráticas deficitarias *es lo que hay*. Antes de la revolución, la pretensión de vivir vidas no alienadas políticamente es fútil. Y nuestra época, por supuesto, ha superado ideas infantiles como la de “revolución”.

Este artículo asume una postura distinta, en algún sentido intermedia entre la moralista y la epocal, y que podría llamarse (aunque esta etiqueta también corre el riesgo de ser capturada por el lugar común) “institucional”. Ella entiende que nuestra alienación política es en buena parte causada por la forma de

3 Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, pp. 181-235.

nuestra convivencia política, por las instituciones políticas que nos dominan. Ellas nos impiden entender la voluntad política como nuestra voluntad y nos fuerzan a entenderla como una voluntad ajena que nos resulta heterónoma.

Esta explicación no necesita negar ni la explicación moralista ni la explicación epocal. Respecto de estas dos, es necesario decir un par de cosas: a la primera, si fuera verdad que “los políticos” son personas con estándares morales más bajos que lo normal, la pregunta sería qué aspecto de las reglas institucionales conforme a las cuales ellos han accedido a sus posiciones es el que permite o hace probable esta situación. Lo mismo puede decirse de la “indiferencia” de “los jóvenes”: la pregunta será entonces qué hay, si hay algo, en las formas institucionales de participación que hacen menos probable su participación. En lo que es relevante para la discusión constitucional, entonces, la explicación moralista necesita transformarse en una cuestión institucional. Ello porque las instituciones siempre cumplen la misma función: la de hacer probable algo que es improbable. Si nuestra conclusión fuera que es improbable que personas “como uno” (porque, como vimos, el cínico siempre se excluye a sí mismo) accedan a cargos de poder, o si es improbable en las circunstancias actuales que haya índices altos de participación, esa improbabilidad debe ser institucionalmente tratada. No hay garantía de éxito, desde luego: es posible que se trate de una improbabilidad superior a la que pueden procesar las instituciones. Pero eso sólo puede saberse después de haber hecho el intento.

Esto último permite explicar el sentido en el que el argumento de este artículo no necesita tampoco ofrecer una razón positiva para rechazar la visión pesimista de Schmitt o la Escuela de Frankfurt. Como antes, es posible que ellos tengan razón, y que en nuestras condiciones materiales la democracia haya devenido imposible. Pero la acción política es contingente, es decir, es apta para cambiar las condiciones desde las cuales actúa. Como ha dicho Hannah Arendt, ella no es el puro desenvolvimiento de algo que estaba desde el principio implícito (envuelto) en las condiciones iniciales.<sup>4</sup> Por eso el deber de nuestra generación es tener presente la posibilidad aludida por Schmitt y la Escuela de Frankfurt y tratarla como otra razón para entender que la democracia es improbable. Como antes, eso no implica renunciar a ella, sino que exige imaginación institucional: es posible que necesitemos nuevas formas a través de las cuales neutralizar la improbabilidad de la democracia. La improbabilidad de la democracia no implica la futilidad del momento institucional, sino al contrario.

Lo que más arriba he llamado una “perspectiva institucional”, que se distingue de una moralista y otra epocal, mira al modo en que las reglas cons-

4 Arendt, *The Human Condition*.

titucionales dan forma a los procesos de formación de la voluntad política. En nuestra condición actual, esas reglas no pueden sino producir alienación política, porque hoy esos procedimientos, atendido precisamente al modo en que están institucionalmente configurados, no pueden producir una voluntad susceptible de ser reconocida, sin autoengaño, como “nuestra”. La manera en que este problema se presenta en la discusión pública es a través de la demanda por una nueva Constitución. La demanda misma es, hasta cierto punto, sorprendente: la llamada “Constitución de 1980” ha sido, desde 1989, reformada más veces que las Constituciones chilenas anteriores en toda su vigencia, y a pesar de eso sigue siendo deficitaria. En 2005 se promulgó la ley 20.050, que reformó importantes instituciones de la estructura constitucional de la dictadura, y se presentó como “la Constitución de 2005”, una que abolía el régimen de democracia protegida instaurado por el decreto ley 3.464. Lo que llamaré “el problema constitucional” es que a pesar de todas estas reformas, y a pesar de casi 20 años de práctica política, la Constitución sigue siendo un problema. Nuestra primera preocupación, entonces, será identificar el problema constitucional y sus causas.

### **El problema constitucional**

La primera pregunta que toda discusión del problema constitucional en Chile debe responder hoy es por qué, después de tanto esfuerzo, la Constitución sigue siendo un problema. Que esto último es el caso es indudable: durante la campaña de 2009, como probablemente en ninguna otra desde 1990, el tema de la reforma constitucional tuvo un lugar destacado. Y en particular lo que se pretendía, de acuerdo a los programas de varios de los candidatos, era la dictación de una nueva Constitución.

Notar que hay en Chile un problema constitucional (aunque no explicarlo) es notar que hay algo de extraño en este hecho, que en 2009 la demanda de una nueva Constitución aparezca con una fuerza considerable. Dicho de otro modo, es extraño que se sienta hoy la necesidad de una nueva Constitución, después de casi 30 años de la dictación del decreto ley 3.464, y después de casi 20 años de que ese texto se reformara por acuerdo entre la dictadura militar y la oposición tras el triunfo de octubre, y después de innumerables reformas constitucionales desde entonces hasta la “Constitución de 2005”. Que después de todo este esfuerzo la demanda de una nueva Constitución siga vigente exige una explicación. Que la exija quiere decir que no es razonable empezar a discutir sobre la Constitución en Chile hoy sin tener una explicación para este hecho.

Por supuesto, no es parte del diagnóstico el que esta demanda sea sentida por todos. Parte de la explicación del problema constitucional está en que es sentida sólo por una parte de los chilenos, porque la llamada “Constitución” no es de todos, sino de una facción.

Ahora bien, ¿cuál es el contenido de la demanda por una “nueva Constitución”? Aparentemente, la respuesta es clara: una Constitución es una norma jurídica, un *texto*, y lo que se demanda es derogar el texto vigente y dictar uno nuevo. Por supuesto, entendido así, no es necesario, para que algo califique como una nueva Constitución, que *cada* norma, *cada palabra*, sea diferente de la anterior. Muchas de las reglas que aparecían en el texto del decreto ley 3.464 estaban también en la Constitución de 1925 y varias de esas reglas desaparecieron de la “Constitución de 2005”. Aquí el sentido común indicaría que se trata de modificar una o más normas, porque ellas son normas con las cuales quienes reclaman la nueva Constitución no están de acuerdo.

Desde 1989 el problema constitucional ha sido enfrentado de este modo. La idea fue que el decreto ley 3.464 contenía una serie de reglas que debían ser modificadas, y que si ellas eran identificadas y modificadas el problema constitucional desaparecería. En efecto, la expectativa detrás de casi cada reforma constitucional desde 1989 es que en algún momento daríamos con la o las normas que constituían el problema, y entonces podríamos decir que, aunque en un sentido puramente formal la Constitución mantenía continuidad con el texto de ese decreto, ya no sería la misma Constitución, la “de Pinochet”. Es relativamente claro que ese camino se consumó en 2005, cuando ese nombre fue purgado del texto, y que el fracaso de esa reforma en superar el problema constitucional nos obliga a revisar el diagnóstico. En efecto, si uno compara el texto original del decreto ley 3.464 y el de la “Constitución de 2005”, es difícil negar la enorme diferencia: desde el infausto artículo 8º original a la restricción constitucional a la remoción de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas, a la derogación de los senadores designados y la modificación del estatus del Consejo Nacional de Seguridad, entre otras, parece absurdo decir que las modificaciones de los últimos 20 años han sido puramente “cosméticas”. Pero esto sólo agudiza nuestro problema: pese a estas considerables reformas, el problema constitucional sigue en pie. Pese a ellas, todavía hoy se discute la necesidad de una nueva Constitución.

El fracaso de la “Constitución de 2005” nos enseña que los intentos anteriores, hasta, e incluido, ése, han malentendido lo que significa una Constitución y la función que cumple. Una Constitución no es un texto: es una decisión. Y no es cualquier decisión, sino la decisión fundamental, sobre la forma y modo

de existencia de una comunidad política. La pregunta evidente acerca de esta decisión es: ¿es la decisión de quién? Y el problema es que la decisión sobre quién la toma anticipa su propio contenido. En efecto, no puede decirse que nuestra forma de existencia es democrática, si la decisión no la hemos tomado nosotros, si no es “nuestra” decisión. Y si no es nuestra decisión, no puede decirse que *nos constituya*; habrá que decir que *se nos impone*. Pero si se nos impone, no podremos decir que es *nuestra Constitución*. Pero si no es nuestra Constitución no es la Constitución de nadie. No es una Constitución.

Por lo anterior la idea de Constitución es necesariamente democrática, así como la idea de poder constituyente es un poder necesariamente del pueblo.<sup>5</sup> Si no ha sido dada por el pueblo, no es Constitución. Podrá denominarse “Constitución”, pero no es una verdadera Constitución. Pero aquí es preciso tener cuidado con las palabras, que hacen difícil entender el verdadero sentido del problema. Si se trata de que la Constitución sea “dada” por el pueblo, parece que lo que es decisivo es lo que ocurre en el momento de aprobación; que para saber si algo que (como el decreto ley 3.464) se denomina a sí mismo “Constitución” es una verdadera Constitución, necesitamos estar en condiciones de determinar si *al momento de ser dictado* fue aprobado por el pueblo mismo y no por una facción del pueblo (la derecha, la dictadura militar, etcétera).

Estas consideraciones sugieren una respuesta a la pregunta por el problema constitucional. En efecto, sugieren que el problema precisamente está en el origen, de modo que todo lo que ocurra después está manchado por lo que ocurrió en el origen. Como el decreto ley 3.464 nos fue impuesto a través del fraude del plebiscito de 1980, no importa mucho cuántas reformas haya sufrido: su origen lo contamina todo. Esto explicaría el fracaso de todos los intentos desde entonces.

### **El “pecado de origen” del decreto ley 3.464 y su irrelevancia**

Al decir que de lo que se trata es que la Constitución haya sido “dada” por el pueblo, en otras palabras, pareciera que quedamos definitivamente vinculados a lo que ocurrió en septiembre de 1980: que reconocer al decreto ley 3.464 como Constitución es reconocer que el plebiscito de entonces fue expresión del pueblo, y que si hoy creemos que no lo fue tenemos que negar al decreto ley 3.464 fuerza de Constitución. La pretensión del entonces Presidente Ricardo Lagos de presentar la ley 20.050 como una Constitución suponía crear un nuevo momento constituyente, que nos permitiera limpiar a la Constitución de 1980 de su pecado de origen, es decir, que nos permitiera reconocer

5 Böckenförde, “El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional”.

en ella una “verdadera” Constitución sin estar obligados a aceptar que en 1980 se expresó auténticamente el pueblo chileno.

Pero en realidad basta reflexionar por un momento para notar que la idea de que lo decisivo es lo ocurrido en el momento constituyente es absurda. La respuesta a la pregunta de si hoy hay en Alemania, Japón o Estados Unidos una “verdadera” Constitución sólo puede estar en la manera en que la Constitución de cada uno de esos países es *hoy* entendida, y no en el hecho de que en 1949, 1946 o 1783 lo que se presentó como Constitución haya o no sido impuesto por un poder de ocupación extranjero (como en Alemania o Japón) o decidido por un grupo de aristócratas dueños de esclavos (como en Estados Unidos).

Lo anterior nos da la pista que necesitamos: para determinar si la Constitución es una que el pueblo se ha dado, lo que ocurrió en el momento constituyente carece de una relevancia especial frente a lo ocurrido después. La pregunta no es si en 1980 habló “genuinamente” el pueblo chileno; la pregunta es si hoy nosotros podemos decir que, después de 20 años de práctica política, hemos hecho “nuestra” esa Constitución, incluso si (por hipótesis) no hayamos estado dispuesto a hacerlo en 1981; si que ella hoy valga es “nuestra” decisión, y no una heterónoma impuesta (por ejemplo) por la facticidad del poder militar o económico o social.

Lo que hemos notado por referencia a tradiciones democráticas extranjeras puede decirse de nuestra propia tradición. Las condiciones de aprobación de la Constitución de 1925 no fueron muy distintas a las de la aprobación del decreto ley 3.464. Pero en nuestra autocomprensión histórica (es decir, en la manera en la que nos representamos nuestro pasado como comunidad política) la Constitución de 1925 sí fue una Constitución democrática, en el sentido de que, a pesar de ese pecado de origen, es hoy recordada como una Constitución que en su momento fue “nuestra”.

### **Un proceso político intervenido por la heteronomía**

Entonces nuestra pregunta ya no es por las condiciones de aprobación del decreto ley 3.464, sino por la forma que las reglas contenidas en el texto constitucional dan al proceso político. La Constitución es una decisión sobre la forma y modo de existencia política, y esa forma está dada por las instituciones centrales, cuya función es definir la manera en que una voluntad determinada es imputada al pueblo. Y la razón de la persistencia del problema constitucional, la explicación de por qué, a pesar de todo el esfuerzo y el capital político que se ha invertido en eso, la cuestión sigue siendo problemática, es que la Constitución de 1980 configura un proceso político que impide que, a través

de él, se exprese el pueblo, que el propio texto constitucional entiende como quien ejerce la soberanía. Todo lo que se manifieste a través de esas formas institucionales (incluidas leyes de reforma constitucional como la 20.050) nos ha de resultar ajeno, heterónomo.

En efecto, dada la forma en que está configurado el proceso político por el texto constitucional de 1980 y sus reformas, hay hoy ciudadanos cuyas voluntades son más valiosas que otras: para imputar al pueblo, por ejemplo, la voluntad de derogar o modificar una de las llamadas “leyes orgánicas constitucionales”, no basta que una mayoría de ciudadanos, debidamente representados, hayamos llegado a la conclusión de que ella debe ser modificada o derogada: es necesario que esa voluntad alcance los 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio. Si la voluntad de una minoría puede mantener la vigencia de una ley contra la voluntad de una mayoría, eso no puede sino significar que las opiniones de esa minoría son, ante el texto constitucional, más valiosas que las del resto. La regla de mayoría (la ley se crea o deroga por la mayoría) es la consecuencia *necesaria* de la igualdad de cada ciudadano. El proceso político bajo las reglas de 1980 niega la igualdad de cada ciudadano, y crea entonces minorías privilegiadas. La voluntad que se expresa a través de él es la voluntad de esa minoría, no la voluntad de todos.

La comparación con la Constitución de 1925 continúa siendo relevante: a pesar de todas sus limitaciones, ella no creaba, como el texto de 1980, minorías privilegiadas; por eso, con el tiempo la acción política normal pudo reconocerla como suya, de modo que lo que en un principio podría haberse dicho era una decisión heterónoma (de una facción, no del pueblo) devino una decisión autónoma, una del pueblo mismo.

¿Cuáles son las reglas o instituciones de 1980 que impiden la expresión política del pueblo? Ya hemos mencionado una, las leyes orgánicas constitucionales. Las otras dos son el sistema binominal y el Tribunal Constitucional.

Dadas estas tres instituciones, el proceso político chileno está intervenido. Las leyes orgánicas constitucionales no pueden ser políticamente entendidas como voluntad de nosotros, sino de la minoría privilegiada (son la voluntad no de todos sino de una facción); el sistema binominal garantiza a esa minoría la representación que necesita para mantener su privilegio; y a todo esto se suma un Tribunal Constitucional que es el paradigma de la heteronomía, que ha entendido que su misión es “hacer prevalecer su *voluntad* por sobre la del órgano controlado. En otros términos, el Tribunal Constitucional *sustituye* la voluntad de los parlamentarios o la del Presidente de la República” (c.9, rol 591).

Cuando los efectos conjuntos de estas tres instituciones son considerados, la conclusión resulta relativamente inevitable: la voluntad que se forma a través del proceso legislativo no es una voluntad que podamos asumir como *nuestra*: es una voluntad facciosa, es decir, de un “sector del pueblo”, y además depende, para su validez, de que sea aprobada por *otra* voluntad, superior y ajena, la del Tribunal Constitucional que afirma tener lealtad no a nosotros sino a esta Constitución heterónoma, la que cumple precisamente la función de impedirnos darnos nuestras normas salvo en materias de menor importancia.

Dicho de otro modo, el sistema que encuentra su raíz en el decreto ley 3.464 no puede ser visto como un sistema institucional a través del cual se haga probable que las normas que rijan nuestra vida en común sean nuestras normas: en realidad, aparece como un sistema destinado precisamente a que nosotros no podamos decidir cuáles han de ser las normas conforme a las cuales hemos de vivir. A pesar de sus declaraciones en los artículos 4° y 5°, el sistema constitucional de 1980 busca negar la soberanía del pueblo y someterlo a una voluntad ajena. Es pura heteronomía.

### **La aprobación de la ley y sus quórum**

Es importante notar que la argumentación anterior no depende de una controvertida teoría de la democracia conforme a la cual ésta sea reducible a la regla de mayoría. Lo que antes Guzmán llamaba “democracia protegida” es hoy llamada “democracia que protege derechos” por oposición a la “democracia mayoritaria”. Hoy en muchos círculos la idea de “democracia mayoritaria” es rechazada, porque (curiosamente) se la vincula con regímenes como los de Bolivia, Venezuela o Ecuador (digo “curiosamente”, porque desde luego el paradigma de democracia radicalmente mayoritaria es la de Westminster). Hoy suele decirse que una exigencia de mayorías superiores a la mitad más uno es *más*, no menos, democrática, en la medida en que permite alcanzar consensos superiores para aprobar legislación importante. Esto es un error trivial aunque de proporciones.

Es un error *trivial* porque basta considerar la cuestión por un minuto para notar que el efecto de la exigencia de quórum contramayoritarios es *precisamente el contrario* del que sus defensores alegan. Lejos de asegurar que las leyes vigentes contarán con un respaldo especial, ellas permiten que esas leyes se mantengan vigentes aun cuando no alcancen siquiera el umbral del 50% más uno de aprobación, porque una minoría (de 3/7 más uno) puede vetar una reforma querida por la mayoría. La regla de mayoría es la única que asegura

que las leyes vigentes darán cuenta de algún consenso: si una ley está vigente, es que no hay más ciudadanos (o representantes) que creen (suficientemente) importante derogarla o modificarla. La exigencia de 4/7 permite que leyes que cuentan con la aprobación de menos de la mitad subsistan. Todo esto es demasiado obvio. El hecho de que el argumento contrario, tan evidentemente falso, se haya sostenido y defendido por gente sensata por tanto tiempo es en sí mismo ratificación de lo que se ha dicho más arriba: es sólo reducción de la disonancia cognitiva.

Pero en términos de lo que significa un sistema democrático es un error además de proporciones. El error *no* es creer que hay ciertas cuestiones que deben estar sustraídas a la decisión de las mayorías. Aunque la cuestión es considerablemente compleja, para nuestros efectos ahora podemos dar por supuesto que las decisiones fundamentales que identifican una comunidad política no han de estar sujetas al régimen normal de discusión y aprobación de las leyes. Pero nótese que la idea de exigir más que la mayoría para modificar esas decisiones no busca lograr un consenso más extendido de lo normal para su modificación. Sería absurdo, por ejemplo, entender el principio democrático (contenido en el artículo 4° del texto constitucional de 1980) diciendo que “Chile es una república democrática, a menos que dos tercios de senadores y diputados decidan lo contrario”. El sentido de la exigencia contramayoritaria aquí es que las normas protegidas por ellas no sean modificadas. Si se justifica la exigencia contramayoritaria para modificar la Constitución eso no es para asegurar un consenso superior para reformarla, sino para impedir su reforma.

Nada de lo anterior vale para la ley. Cuando el texto constitucional vigente, por ejemplo, dispone que la organización y atribuciones del Ministerio Público han de estar contenidos en una ley orgánica constitucional (artículo 84), el sentido de esa exigencia no es impedir la reforma del Ministerio Público. La idea aquí es precisamente que no es problemático que esta organización y atribuciones sea modificada, siempre que lo sea por 4/7 de los votos de diputados y senadores en ejercicio. “El Ministerio Público tendrá la organización y atribuciones que decidan los 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio” es una manera de expresar esta idea. Pero entonces el único sentido de esa regla es dar a la minoría poder de veto. Por eso esta idea (de que se justifica sujetar la aprobación de la ley a exigencias superiores a la mayoría) es, pese a todo lo que suele oírse al respecto, estrictamente incompatible con el principio democrático. Ella pudo introducirse entre nosotros sólo como parte de la idea guzmaniana de “democracia protegida”.

## El Tribunal Constitucional

El caso del Tribunal Constitucional es menos obvio. Aunque no hay espacio ni en la teoría ni en la práctica democrática para reglas que exijan quórum superiores a la mitad más uno para la aprobación de *la ley*, hoy parece haber no sólo espacio, sino también apoyo, para la idea de un Tribunal Constitucional que puede declarar inconstitucional la ley. Aunque yo creo que en definitiva es una institución que debe ser abolida, puedo reconocer que mi desacuerdo con quienes opinan lo contrario no necesariamente muestra que entendemos de manera incompatible las exigencias del ideal democrático. Pero es importante notar el efecto que un Tribunal Constitucional tiene bajo *nuestra condición constitucional*. Nuestro problema central es que lo que llamamos “Constitución” se nos aparece como heteronomía: no es una Constitución porque no nos constituye, nos domina. Que la Constitución se nos aparezca como heterónoma quiere decir, en lo que importa aquí, que quienes no se sienten herederos de la dictadura militar no están en condiciones de mostrar *lealtad* a la Constitución. La aceptan, claro, porque se sienten identificados con el destino político del pueblo chileno, pero la aceptan como algunos jugadores de fútbol profesional aceptan las reglas de la FIFA: ellas definen lo que tienen que hacer y lo que no pueden hacer si quieren que su acción sea exitosa. Pero no están en condiciones de mostrar lealtad a sus principios inspiradores. Cuando hay condiciones para la lealtad constitucional, la compatibilidad de un Tribunal Constitucional con el autogobierno democrático se basa (si es que tiene alguna base) en que él sujeta al sistema político a los mismos principios a los cuales ese sistema es leal. Cuando no hay condiciones para la lealtad constitucional, el tribunal no puede sino aparecerse como pura heteronomía. Y que aparezca como pura heteronomía tiene el agravante adicional de que hace que ya no sea posible que ocurra lo que ocurrió con la Constitución de 1925, cuando el propio proceso político pudo definir el sentido de los compromisos constitucionales de modo de hacerlos suyos a través de la práctica democrática. Ello, porque cada cosa que a juicio del tribunal demuestre falta de lealtad con los principios constitucionales será invalidado. Por consiguiente, incluso si pudiera defenderse en principio la compatibilidad de un Tribunal Constitucional con una Constitución democrática (lo que es dudoso), en el caso chileno eso es imposible. Aunque en sentido subjetivo es claro que el Tribunal Constitucional no quiso decir en la sentencia citada más arriba lo que efectivamente dijo (que la suya es una voluntad que *sustituye* la del legislador), en los hechos hizo explícita la razón más poderosa por la que en Chile su existencia es parte principal del problema, no de la solución: hoy lo que decide el Tribunal Cons-

titucional chileno sólo puede ser entendido como la sustitución de la voluntad del pueblo por otra voluntad, una heterónoma. No puede sino ser, como dijo un senador, un “poder fáctico”.

No cabe duda de que el modo particular en que el Tribunal Constitucional ha ejercido sus atribuciones desde 1990 ha agudizado notoriamente el problema: en vez de entenderse como un órgano facilitador de la política democrática, ha entendido que esa política es una amenaza contra la cual debe estar siempre en guardia (por eso: una voluntad que debe ser sustituida, neutralizada, ignorada). Y la radicalización de la alienación comentada en este artículo ocurrió cuando, en 2005, al reformar la Constitución para modificar el Tribunal Constitucional, los autores de la ley 20.050 decidieron maximizar, no restringir, la competencia de este órgano antidemocrático. Actuaron como víctimas insatisfechas, y lo hicieron sin saber lo que hacían. Muchos de ellos dijeron después, cuando se enfrentaron a la heteronomía del tribunal, que no era eso lo que pretendían. *Vae victis!*

Es en este contexto que debe ser entendida la demanda por una nueva Constitución. Pero así como el problema de la llamada Constitución de 1980 no está en su pecado de origen, la novedad de una nueva Constitución no está vinculada a la dictación de un texto nuevo. Una nueva Constitución no necesita ser el resultado de una asamblea constituyente. Una nueva Constitución es una nueva decisión sobre la forma y modo de existencia del pueblo chileno. En el sentido políticamente relevante, la eliminación de las tres instituciones identificadas constituiría una nueva Constitución, porque nos permitiría volver a entender el proceso político como la formación de nuestra voluntad.

### **Volar bajo el radar del derecho**

La solución al problema constitucional es simple de formular, aunque eso por supuesto no implica nada respecto de su viabilidad fáctica: es que el pueblo se apropie de la Constitución, y la haga suya, aboliendo todo lo que impide su expresión. Pero si algo nos enseñan todos los fracasos anteriores, hasta, e incluyendo, el de la ley 20.050, es que esto es problemático. Y la razón por la que es problemático es que si la Constitución es la que define la forma a través de la cual una voluntad se imputa al pueblo, ¿cómo es que se puede imputar al pueblo una voluntad constituyente? Discusiones como éstas son habitualmente descartadas como “puramente teóricas”, pero aquí como en ninguna otra parte se aprecia que no hay nada más práctico que una buena teoría. Las reglas contenidas en el decreto ley 3.464 son reglas que no hacen posible reconocer la voluntad formada conforme a ella como la voluntad del

pueblo. Y como todas las reformas constitucionales, hasta, e incluyendo, la ley 20.050, se han hecho a través de las formas institucionales del decreto ley 3.464, ellas no han podido sino mantener la alienación que las hizo necesarias en primer lugar.

El fracaso de la Constitución de 2005 muestra que en nuestras circunstancias un proceso llamado de “reforma constitucional” que se somete a las formas contenidas en el texto constitucional es autocontradictorio. Todo lo que sea aprobado mediante esas formas será imposible de reconocer como voluntad del pueblo y perpetuará el problema constitucional. Esto no es un argumento formalista; al contrario: es un argumento puramente político, substantivo. Someterse a las formas instituciones del decreto ley 3.464 es aceptar las limitaciones substantivas y procesales que esas formas implican. Y son precisamente ellas las que impiden que las decisiones políticas puedan ser entendidas como “nuestras”. Pero no someterse a esas formas implica, aparentemente, una estrategia de radical desafío a la legalidad. ¿Hay algo en el tramo intermedio? ¿Requiere la solución al problema constitucional una acción abiertamente ilegal?

Debe notarse, para comenzar a tratar este problema, que, a diferencia de los poderes constituidos (lo que a veces se llama entre nosotros el “poder constituyente derivado”), el poder constituyente del pueblo (“originario”) no es una potestad en el sentido de un poder normativo sujeto a condiciones formales o procedimientos fijados por una norma que lo confiere. El poder constituyente es una atribución intrínseca del pueblo por ser pueblo. Esto tiene una consecuencia crucial: es necesariamente in-forme. Que sea in-forme no quiere decir que cuando actúa no necesita asumir alguna forma (nada puede aparecer en el mundo sin asumir alguna forma), sino que no está *vinculado* a forma alguna. Parte de lo que el pueblo decide cuando ejerce el poder constituyente es la forma de su ejercicio.

Esta forma es *radicalmente autónoma* del derecho vigente, de las instituciones. Del mismo modo, y por las mismas razones por las que es absurdo decir que el poder constituyente debe ejercerse a través de las formas constituidas, es absurdo decir que debe ejercerse a través de formas ilícitas. Esto muestra el camino: se trata de producir un movimiento político suficientemente fuerte para solucionar el problema constitucional, con absoluta prescindencia de las limitaciones institucionales. Un “movimiento político” aquí es una *magnitud política real*. La manera en que eso es producido no necesita ser ilegal, del mismo modo en que no reconoce los límites legales.

Un movimiento político entendido como una magnitud política real no necesita ser jurídicamente aprehensible, porque el derecho atiende a la forma

de las cosas. Esto quiere decir que es posible que un movimiento político surja y adquiera cualquier magnitud manteniendo, dado su carácter in-forme, su invisibilidad jurídica. Para eso basta que adopte formas jurídicamente irrelevantes. Un proceso de creación de una magnitud política real puede, por así decirlo, *volar bajo el radar del derecho* hasta que la ha adquirido.

El abogado Roberto Garretón, por ejemplo, ha sugerido la siguiente adaptación de la experiencia colombiana: que en las próximas elecciones se llamara a los votantes a “marcar” su voto escribiendo en él la expresión “nueva Constitución” u otra equivalente. Un voto por alcalde o concejal que exprese una preferencia entre los candidatos inscritos pero contuviera una marca de ese tipo es desde luego un voto válidamente emitido, por lo que debe ser escrutado, pero la ley manda además que “se dejará testimonio en el acta de los accidentes estimados como marcas” (art. 71.5 inc. 2º L 18.700). El efecto *jurídico* que tendría una magnitud inusualmente alta de votos marcados después de un llamado de ese tipo sería nulo: formalmente no significaría nada, porque la marca a la que se refiere el artículo 71 no afecta la validez del voto. Pero si el número de votos marcados con esas palabras es suficientemente alto, la presión política que eso generaría podría ser incontrarrestable. En ese momento, desde luego, *después* de haber alcanzado esa magnitud real, habrá que buscar una forma de manifestación de dicha magnitud que pueda reclamar validez jurídico-formal. Pero buscar esa forma cuando se ha alcanzado la magnitud necesaria no es lo mismo, políticamente hablando, que buscarla *antes* de alcanzarla.

El punto de describir la estrategia sugerida por Garretón, desde luego, no es recomendar precisamente ésta, sino ilustrar la idea de que un movimiento político puede surgir y alcanzar una magnitud que lo haga incontrarrestable antes de ser percibido por el derecho, antes de necesitar hacer algo susceptible de ser calificado de nulo o ilícito. Ésa es la forma general de la solución del problema constitucional.

### **Anexo: sobre el régimen de inscripción y votación**

El argumento anterior no supone un exagerado optimismo respecto de la viabilidad fáctica de una estrategia sugerida. Es en efecto poco probable que el problema constitucional se solucione de ese modo. Más probable es que el problema se arrastre por un tiempo considerable, y que entonces se manifieste como lo ha hecho hasta ahora: como una crítica genérica y progresivamente más fuerte a “la política” y “los políticos”.

Dada esta situación, es importante además decir algo sobre la acción política normal en las condiciones actuales de alienación política. En efecto, se

trata de no actuar de modo de aumentar esa alienación. El problema es que cuando hay alienación lo que produce más alienación aparece como justo y progresista, lo que agudiza el fenómeno. Ahora quisiera comentar dos cuestiones (brevemente una, más latamente la otra) que ilustran este punto.

La primera ya ha sido mencionada: la regulación del fuero parlamentario. Hoy el fuero es irrenunciable, y tiene que serlo: como la renunciabilidad de un derecho es la marca de que ese derecho mira al interés privado del titular del derecho (art. 12, Código Civil), un fuero renunciable es un inaceptable privilegio privado. El fuero no es un privilegio del parlamentario, porque no mira a su interés sino al de todos, a los representados (el pueblo). En efecto, la representación deviene problemática cuando el representante puede ser intimidado a través de amenazas de acciones legales sin fundamento, formuladas por quien tiene fácticamente el poder suficiente para llevar adelante un juicio aun cuando carezca de fundamentos.

Pero la razón que llevó a la presentación de un proyecto de reforma constitucional que introduce la renunciabilidad del fuero es real: dadas las consecuencias del desafuero (el parlamentario desafortado queda suspendido de sus funciones, y de ese modo se altera la composición de la cámara respectiva) el estándar que se aplica es alto. Por consiguiente, una de las dos situaciones es habitual: si el parlamentario es desafortado, en los hechos eso es recibido como una sentencia definitiva anticipada, sin haber tenido el parlamentario derecho a defensa; pero si no lo es, el juicio público suele ser no que la acusación desechada era un intento de presión fáctica, sino que el parlamentario (como hacen todos los “políticos”) usó sus influencias para obtener impunidad. El parlamentario pierde en todos los casos. La solución evidente no es hacer renunciable el fuero, sino relajar las condiciones de desafuero por la vía de eliminar la consecuencia que hoy tiene de suspensión del parlamentario. Si el desafuero no tuviera esta consecuencia, él podría ser declarado cuando se ha reunido el mínimo de antecedentes necesarios para constatar que la acusación no es un intento de intimidar a un parlamentario. La Corte de Apelaciones respectiva no tendría entonces que declarar, para acoger el desafuero, que ha adquirido convicción sobre la responsabilidad del parlamentario, sino sólo que la acusación no es una presión fáctica. La solución es bastante elemental, pero el caso muestra también cómo reformas que distorsionan radicalmente las instituciones democráticas pueden aparecer como “progresistas” y apelar a “la gente”.

Mucho más importante es el problema del régimen legal de la inscripción en los registros electorales y el voto. De hecho, pocas cosas muestran de modo más evidente el déficit de sentido de la participación política que la discusión

que culminara en la ley 20.337. Dicha ley sustituyó el inciso 1° del artículo 15 del texto constitucional, que en su redacción hoy derogada disponía que en las votaciones populares el sufragio será personal, igualitario y secreto. Para los ciudadanos será, además, obligatorio. La ley 20.337 reemplazó esa disposición por otra, conforme a la cual “en las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario”.

La reforma es desafortunada y ya escucharemos, como con la ley 20.050, a senadores y diputados que nos dirán que “no querían” eso. Lo primero que debe notarse es que para obtener la finalidad buscada bastaba con eliminar la segunda frase del inciso primero del artículo 15. No había necesidad alguna de que la voluntariedad del voto fuera un mandato constitucional; todo lo que se requería era que su obligatoriedad dejará de serlo. Que el legislador, por consideraciones de oportunidad, decida imponer o levantar la obligatoriedad del voto es algo que es razonable que esté dentro de su competencia. Que la Constitución, en abstracto y con prescindencia de consideraciones de oportunidad (que no son consideraciones propias para la decisión constitucional), declare que el voto es voluntario es una declaración nefasta. La única razón por la que puede explicarse que dicha reforma haya contado con la aprobación de 3/5 de los senadores y diputados en ejercicio (art. 127 inc. 2°) es que ellos no estaban conscientes del significado de lo que estaban haciendo.

Lo que hizo plausible la reforma inicialmente era que en los hechos la inscripción en los registros electorales era potestativa del ciudadano, mientras que la votación era obligatoria. Como el proceso político chileno es pura heteronomía, la manera natural de entender esto fue que la condición potestativa (“voluntariedad”) de la primera cumplía la función de *compensar* la obligatoriedad de la segunda. En estas circunstancias, era políticamente inviable defender la automatización de la inscripción sin cambiar el régimen de la votación. En efecto, la obligación de votar es vista como tan heterónoma como la voluntad que el voto contribuye a formar.

Como lo muestra la desafortunada reforma de la ley 20.337, esa comprensión de la “voluntariedad” de la inscripción como compensación de la obligatoriedad del voto era inadecuada en sus propios términos. Era inadecuada porque implicaba que la obligatoriedad del voto exigía una compensación, es decir, exigía un momento de voluntariedad. Más adelante veremos que la reforma de la ley 20.337 no es sino la consecuencia natural de esta comprensión.

Como antes, la necesidad de la reforma era imperiosa. El sistema de inscripción potestativa y votación obligatoria era tan contrario a la idea democrática como las tres instituciones a las que nos hemos referido en el cuerpo de este

artículo. En efecto, si de lo que se trataba era de compensar la obligatoriedad del voto con la voluntariedad de la inscripción, era derechamente absurdo que la decisión de incorporarse al registro fuera irrevocable. Pero mucho más grave que esto, este régimen exigía al ciudadano que no deseaba adquirir la obligación de votar la marginación *total* del proceso político institucional, es decir, que *dejara de ser interlocutor en la discusión pública*. Como el no inscrito no era interlocutor, la interpelación política que el aumento de la automarginación representa nunca pudo manifestarse institucionalmente: un programa político dirigido a responder a la crítica implícita en el aumento de la marginación se enfrentaba siempre al hecho de que su audiencia principal no estaba habilitada legalmente para hacer una diferencia (porque no votaba), por lo que era altamente improbable. La situación era la peor posible desde el punto de vista de la estabilidad de las instituciones democráticas, porque hacía prácticamente imposible que el sistema se autocorrigiera. Esa interpelación, por eso, se mantenía siempre en pie, sin poder manifestarse, y causando entonces, en defecto de esa manifestación, un efecto corrosivo de deslegitimación de las formas institucionales. Por supuesto, siempre fue en rigor estrictamente posible que un programa de renovación política lograra interpelar a los no inscritos de modo que se inscribieran masivamente para apoyarlo (después de todo, para inscribirse todo lo que era necesario era una manifestación de voluntad), pero como esa decisión era irrevocable ella era extraordinariamente improbable. Las reglas institucionales, en otras palabras, se volvieron en contra de ellas mismas, en tanto no aseguraban sino minaban su estabilidad.

La situación, entonces, era la peor posible. Sin embargo, en el contexto de alienación política identificado en el cuerpo de este artículo, la solución es particularmente desafortunada. En un contexto en que la participación política carece de sentido, al menos para una parte considerable de los ciudadanos, la ley 20.337 declara que votar es una cuestión de interés privado, que no interesa a nadie más que al ciudadano que ha de votar (si quiere).

Como votar es ahora en Chile una cuestión privada que no interesa a nadie más que al individuo que vota, el texto constitucional no se limita a callar respecto del régimen del voto, dejando su determinación al legislador. Al declarar expresamente que votar es *por mandato constitucional* voluntario, se está declarando que la comunidad política no tiene título para exigir a sus ciudadanos que participen de los procesos de formación de voluntad política. Es esta declaración la que la sola eliminación de la segunda frase del antiguo artículo 15 inciso 1° no habría significado. En efecto, si la Constitución declara que el voto es voluntario, ello implica que el legislador no puede decidir, atendiendo

a las circunstancias, que se justifica exigir a los ciudadanos participar de las elecciones populares; si la Constitución permanece en silencio al respecto, eso quiere decir que en principio, como el voto no es algo de interés puramente privado, el legislador puede, si las circunstancias así lo hacen necesario, hacerlo obligatorio. Si en este contexto el legislador decide hacerlo voluntario, eso no es negación del *título* para declarar su obligatoriedad, sino declarar voluntario algo que podría haber sido declarado obligatorio. El hecho de que el voto sea *legalmente* voluntario no necesita implicar, como sí lo hace el hecho de que sea *constitucionalmente* voluntario, que votar es algo privado que mira sólo al interés del votante.

Es éste el contexto que justifica las líneas que siguen. El texto constitucional vigente después de la ley 20.337 parece obligar una interpretación que trivializa el voto, al dejarlo sujeto al mismo régimen que la decisión de contratar en el mercado (contratar en el mercado es voluntario, y esa voluntariedad tiene fundamento constitucional, en el sentido de que el legislador no puede imponer legalmente, salvo en casos excepcionales, la obligación o prohibición de celebrar ciertos contratos con determinadas personas..., tal como ahora es el voto). Nuestra pregunta ahora ha de ser: ¿deja el texto constitucional espacio para que el legislador construya un régimen que busque rescatar la relevancia del voto de la trivialidad en la que lo ha dejado?

La oportunidad para esto está dada por la disposición 23ª transitoria, introducida al texto constitucional por la misma ley 20.337. Conforme a esta disposición,

Las reformas introducidas a los artículos 15 y 18 sobre voluntariedad del voto e incorporación al registro electoral por el solo ministerio de la ley regirán al momento de entrar en vigencia la respectiva ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso segundo del artículo 18 que se introduce mediante dichas reformas.

Esa ley (orgánica constitucional) debe regular el sistema electoral. Como la reforma constitucional que modificó el artículo 15 no entrará en vigencia antes de la dictación de esta ley, la discusión de ésta es la oportunidad para corregir el problema creado por aquélla. Contribuir a esa discusión es el sentido de este anexo.

Pero previamente es útil decir un par de cosas acerca de por qué es importante que el voto no sea pura y simplemente voluntario. Esa explicación debe mostrar también qué es lo importante, y que debe en consecuencia ser preservado, del argumento de quienes lograron trivializar el voto mediante la ley 20.337.

La razón fundamental por la que el voto no puede ser entendido sólo como un derecho es una que en nuestras condiciones de alienación política es casi ininteligible: al votar contribuyo a formar una voluntad que todos podemos identificar como nuestra. Nos interesa a todos que todos vivamos conforme a normas que podemos entender como nuestras normas. El voto no es un derecho porque no tiene sentido entenderlo en términos de un deber correlativo, como puede haberlo tenido en sus orígenes cuando el derecho a voto se reclamaba en contra del monarca, o cuando las mujeres demandaban su derecho a votar en contra de los hombres que se los negaban. Hoy no hay un *otro* frente al cuerpo de ciudadanos que puede ser entendido como el deudor, el obligado por ese derecho. Cada ciudadano debe poder votar porque eso es lo que significa ser ciudadano. Cada uno tiene interés en que los otros voten porque eso es vivir en democracia.

Este argumento no es hoy particularmente convincente. Si tuviera que ser expresado de acuerdo a la autoimagen de la época, es decir, en términos que un economista pueda entender, habría que decir que el que no vota es un *free-rider*. Quien se beneficia de la democracia (en alguna de sus dimensiones: porque aprecia la participación política, o la libertad de opinión que le es propia, o la posibilidad de cuestionar los actos de quienes detentan potestades públicas o pedirles cuentas por su ejercicio, o simplemente el control de la arbitrariedad que todo lo anterior hace más probable que sus alternativas) debe estar dispuesto a contribuir con el esfuerzo de su mantención, al menos si ese esfuerzo es de una intensidad razonable. Siendo la de votar una carga de intensidad razonable, y siendo la participación del conjunto de los ciudadanos determinante en el nivel de estabilidad de las instituciones democráticas, la comunidad política está legitimada desde luego para imponerla. Votar no es un *servicio* que el ciudadano hace a la comunidad política, ni menos (como en las versiones más extremas del neoliberalismo político) un derecho del individuo que mira *solamente* a su beneficio, por lo que en principio es renunciable.

La conducta del *free-rider* es objetable porque lo que él mismo quiere es que se mantengan las instituciones democráticas, por lo que su decisión de no votar no es generalizable. Si todos hicieran lo que hace el que no vota, las instituciones devendrían inestables. Por consiguiente, el aprovechador reclama para sí un estatus preferencial: que todos los demás ciudadanos hagan lo necesario para mantener la práctica que (entre otras cosas) le beneficia a él, pero que esa contribución no le sea exigible a él. Esta posición es públicamente inaceptable (es como el que pretendiera que las reglas sobre límites de velocidad o restricción vehicular se aplicaran a todos, para poder así gozar del beneficio de

conducir en calles más seguras o menos congestionadas, pero no a él). El caso del *free-rider* siempre ha sido discutido como el caso paradigmático en que se justifica la coacción legal, que no limita sino aumenta la libertad.

Por supuesto, el que no vota no es un aprovechador si su acto de no votar tiene el sentido comunicativo preciso de minar las instituciones democráticas porque cree que las instituciones democráticas son injustas (porque, por ejemplo, se trata de una democracia “formal”). Aquí él no quiere aprovecharse del resto, sino al contrario, desea que su acción se generalice y nadie vote para que las instituciones democráticas colapsen. De modo que la pregunta sobre si la comunidad política tiene título para exigir a sus ciudadanos el ejercicio del derecho al voto equivale a la pregunta de si la comunidad política tiene título para exigirle a sus ciudadanos un compromiso mínimo de preservación de las instituciones democráticas.<sup>6</sup>

Las consideraciones anteriores fundan la legitimidad en principio de la obligatoriedad legal del voto. De que ella sea en principio legítima, sin embargo, no se sigue que el voto deba ser obligatorio. Aunque no hay opresión por el hecho de que la ley obligue al ciudadano a ejercer su derecho (ésta es la conclusión a la que llevan las consideraciones anteriores), el hecho de que el voto sea obligatorio tiene aptitud para introducir una distorsión del sentido del voto. En efecto, si no ejercer el derecho a voto tiene como consecuencia una sanción legal, el voto tiende a perder el sentido político identificado más arriba: votar no puede ser una acción cuyo sentido sea el de participar en el autogobierno colectivo en que consiste la democracia y al mismo tiempo una forma estratégica de actuar para evitar la sanción.

Las consideraciones anteriores, entonces, fijan el curso del argumento a seguir: es un argumento que pretende (a) configurar un sistema del cual pueda decirse que, en el sentido relevante, el voto es voluntario, de acuerdo al nuevo texto del artículo 15, pero al mismo tiempo (b) rescatar el sentido político del voto de la trivialización en la que esa regla lo deja. Para obtener esto es necesario que el régimen del voto haga transparente al ciudadano el hecho de que votar no es una cuestión que mire solamente al interés del votante, pero (c) evitando tanto como sea posible la distorsión del sentido comunicativo del voto.

Ahora podemos volver a la referencia que la disposición 23<sup>a</sup> transitoria hace a la ley y el espacio que ella crea para evitar el daño mayor de la reforma con-

6 Nótese que incluso el que se encuentra en esta situación, que no desea votar porque desea contribuir a la inestabilidad de prácticas políticas que cree que deben ser combatidas, tiene una razón para evitar la trivialización del voto que el nuevo art. 15 CPol sugiere. En efecto, en las condiciones del art. 15 el sentido político de su decisión de no votar es neutralizado por la vía de igualarlo al que por desidia o indiferencia no vota.

tenida en la ley 20.337. La ley a la que hace referencia el artículo 18 del texto constitucional tiene el mandato de configurar un régimen en el que el voto sea voluntario; pero el legislador tiene en todo caso el mandato (art. 4°) de asegurarse que esa voluntad no es frívola. No es raro que la ley establezca condiciones que tiendan a garantizar la seriedad con la cual una determinada voluntad es expresada. Un caso típico lo representan todos los contratos en los que la ley exige formalidades adicionales al consentimiento. De todos esos contratos no puede decirse que por ser formales no sean voluntarios. El juicio legislativo, sin embargo, es que diversas consideraciones de política justifican el recurso a formas que tienen la finalidad de hacer probable que la voluntad manifestada de ese modo sea suficientemente seria. Desde luego, esto no puede utilizarse como argumento para negar en los hechos el mandato del artículo 15. No se trata de crear condiciones para la expresión de la voluntad de no votar que sean tales que en los hechos el voto siga siendo obligatorio; se trata sólo de crear un régimen en el cual la decisión de votar o no votar sea tratada como una decisión públicamente importante, no como una frívola o trivial.

Para lograr esta finalidad, bastaría modificar el artículo 139 de la ley 18.700 (que enumera los casos en que el hecho de que un ciudadano no vote está justificado y por consiguiente no corresponde aplicar la sanción especificada en el inciso 1° del mismo artículo) introduciendo una nueva causal de justificación para el ciudadano que manifieste, ante el funcionario público competente (las comisarías y el servicio electoral son los candidatos obvios), su decisión de no votar en la siguiente elección, siempre que esta manifestación se hubiere hecho dentro de un plazo determinado.

De acuerdo a esta fórmula, la manifestación de su decisión de no votar hecha por un ciudadano ante funcionario competente no lo inhabilitaría para votar. Sólo le permitiría configurar una defensa a ser presentada en el procedimiento sancionatorio especificado en los artículos 144 a 149 de la ley 18.700 (es decir, tendría formalmente el mismo efecto de la certificación obtenida por el ciudadano que se encuentra a más de 300 kilómetros del lugar donde le corresponde votar: nada obsta a que el ciudadano obtenga esa certificación y luego renuncie a invocar esta consideración y, después de hacer el viaje, vote). La diferencia entre ambas posibles consecuencias de la manifestación es importante, porque sólo en el segundo caso el ciudadano que la ha hecho continúa siendo parte del proceso político: no habría obstáculo para que, durante la campaña y en la medida en que la información transmitida en ella lo convenza de que, a pesar de su intención original, es importante expresar su opinión, el ciudadano que ha hecho la manifestación pueda modificar su

decisión y renunciar a su defensa, votando. Este caso debe ser tratado institucionalmente como uno en el cual la campaña ha cumplido su finalidad, haciendo transparente para el ciudadano dubitativo la importancia de su voto. Precisamente porque aquí la campaña ha sido exitosa, no tendría sentido impedir al ciudadano corregir su decisión anterior. Adicionalmente de este modo se evita que el ciudadano o el funcionario ante el cual se haga la manifestación deba informar, con la anticipación suficiente para que la información sea procesada, de la decisión del ciudadano. La fórmula propuesta no requiere más que la posibilidad del ciudadano de manifestar su decisión de no votar en un formato apto para dar fe de su fecha. En particular, no requiere la creación de un sistema que permita registrar centralizadamente las manifestaciones de ciudadanos con el tiempo suficiente para que ellos queden inhabilitados para votar y que eso se refleje en el padrón respectivo.

Esta fórmula satisface las condiciones identificadas más arriba:

(a) *Es un régimen del cual se puede decir que, en el sentido relevante, el voto es voluntario.* Que el voto sea voluntario quiere decir que la ley no puede sancionar el hecho de no votar, pero por sí misma esa exigencia no implica que cualquier forma de manifestación de la decisión de no votar ha de ser legalmente equivalente. Un contrato de compraventa de bienes inmuebles no deja de ser voluntario en el sentido relevante por el hecho de que la ley exige para su perfeccionamiento escritura pública.

(b) *Rescata al voto de la trivialización a la que la nueva regla del artículo 15 lo deja expuesto.* Permite que todo ciudadano que desea no votar pueda hacerlo con algún costo para él (de este modo se previene al *free-raider*) pero perfectamente tolerable, porque es incluso menor al costo que votar tiene para el votante (el que desea dejar constancia de su voluntad de no votar puede elegir el momento dentro del plazo respectivo y el recinto donde le acomoda dejar constancia de su voluntad). Con esto el legislador hace transparente al ciudadano el hecho de que su decisión de no votar no es una decisión que desde el punto de vista público sea indiferente, que es una decisión importante, y que entonces no es suficiente para que ella sea reconocida que sea tomada por mero defecto.

(c) *Por último, el sistema evita distorsionar el sentido comunicativo del voto.* En este sentido, la propuesta contenida en este anexo es superior al régimen de votación obligatoria, porque evita que votar pueda ser una actitud estratégica del que vota no para manifestar su voluntad sino para evitar la sanción. En el régimen aquí propuesto, no hay razón para votar estratégicamente en este sentido.

Como ya ha sido mencionado al principio, uno de los más graves inconvenientes de la situación que motivó la dictación de la ley 20.337 era que un porcentaje considerable de ciudadanos no estaban habilitados para votar por no estar inscritos en los registros electorales, dejando de ser interlocutores políticos. Por consiguiente, ningún agente del sistema político tenía interés en tomar en cuenta las necesidades o intereses de esas personas. Bajo el sistema propuesto, estos ciudadanos estarían, hasta el cierre de las mesas respectivas, habilitados para votar, aun cuando (por haber hecho la manifestación respectiva) podrían no hacerlo sin verse expuestos a sanción alguna. Esto provee a los agentes políticos de razones para intentar apelar a ellos y evitar de ese modo su marginación.

En la proposición contenida más arriba, la negativa a votar no es considerada como un acto frívolo del ciudadano que adopta esa posición: supone que el ciudadano podrá manifestar su decisión de no votar sabiendo aproximadamente qué es lo que estará en juego en la elección. Para hacerlo, deberá tomar la decisión y actuar en consecuencia. La acción no es especialmente onerosa, pero necesita de la iniciativa del ciudadano. Esto implica que la decisión de no votar no es resultado ni de la desidia ni de la indiferencia.

La modalidad aquí propuesta, entonces, permite reconocer institucionalmente la diferencia entre la abstención del aprovechador (que no hay razones para respetar) y la del ciudadano que asigna a su negativa a votar un sentido político (que merece, en principio, respeto). Pero ¿no puede decirse que confunde el voto en blanco y la manifestación de la decisión de no votar? La respuesta es que la segunda expresa un grado mayor de desafección con las instituciones públicas o con las opciones entre las cuales ha de elegirse, sin negar el compromiso mínimo con la subsistencia de las instituciones democráticas. Dado un régimen de inscripción potestativo como el vigente hasta la entrada en vigor de la ley 20.337, la decisión de mantenerse fuera del registro permite tres interpretaciones: (a) la decisión positiva de realizar una (pequeña) contribución a la desestabilización de las instituciones democráticas; (b) pura y simple indiferencia, frivolidad, y (c) un grado considerable de desafección con el sistema democrático, que no necesariamente un intento, por limitado que sea, a contribuir a su destrucción. La opción (b) puede ser declarada ilícita por corresponder al aprovechador. En un sistema democrático dotado de cierta estabilidad puede razonablemente plantearse la pregunta por permitir la opción (c) o, incluso, (a). Pero ni el sistema vigente antes de la ley 20.337 ni uno en que el voto es simplemente voluntario (el que quiere va y vota) permiten diferenciar entre estos tres casos, cuyos sentidos políticos son evidentemente

disímiles. El régimen aquí propuesto reconoce y respeta la opinión política del ciudadano en (c) e incluso en (a), permitiendo que ella se exprese de un modo que evita que sea confundida con (b).

## Referencias

- Arendt, H. 1958. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press.
- Atria, F. 2009. “La verdad y lo político (i): la verdad y su dimensión constitutiva”, *Persona y Sociedad*, 23: 21-50.
- . 2009. “La verdad y lo político (ii): Democracia y ley natural”, *Persona y Sociedad*, 23: 35-64.
- . 2009. “Viviendo bajo ideas muertas: la ley y la voluntad del pueblo”. Trabajo presentado en IV Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional. Santiago.
- Böckenförde, E. W. 2000. “El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional”, en E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, pp. 159-180.
- Habermas, J. 1989. *The Structural Transformation of the Public Sphere*. Cambridge: Polity Press.
- Schmitt, C. 1990 [1923]. *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Tecnos.

# Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena

Javier Couso / Alberto Coddou<sup>1</sup>  
*Universidad Diego Portales*

A partir de la era moderna, las Constituciones han establecido las reglas básicas de la convivencia social, organizando el poder político y proclamando los derechos fundamentales de las personas. Adicionalmente, cuando el grueso de la población se siente interpretada por una Constitución, ella representa el documento fundacional de lo que Habermas denomina “patriotismo constitucional”, esa suerte de religión cívica que ayuda a cimentar la unidad nacional en sociedades pluralistas, como de hecho ocurre en Estados Unidos en relación con la Constitución de 1787 y en Francia con respecto a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. Más recientemente –a partir de la segunda mitad del siglo veinte– las Constituciones han ido adquiriendo en una creciente proporción del planeta el estatus de norma “justiciable”, esto es, susceptible de ser aplicada por órganos especialmente facultados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Al acercarse el Bicentenario de Chile como nación independiente (época propicia para evaluar la marcha institucional del país) la llamada “cuestión constitucional” ocupa un lugar significativo en la discusión pública. En efecto, en los últimos años se ha venido desarrollando un importante proceso de crítica constitucional que comenzó con la intervención de historiadores (Tomás Moulian, 1998, y Gabriel Salazar, 2006), y que luego incorporó a constitucionalistas (Pablo Ruiz-Tagle, 2006; Fernando Atria, 2008, y Francisco Zúñiga, 2008) y a personas activas en la sociedad civil.<sup>2</sup> Finalmente, y

1 Este trabajo se enmarca en una investigación más amplia que cuenta con financiamiento del proyecto Fondecyt n° 1085202. Adicionalmente, los autores agradecen el apoyo del ICSO y de la Heinrich Böll Stiftung, y los iluminadores comentarios de Francisco Zúñiga.

2 Como Roberto Garretón. Adicionalmente, a mediados del año 2008 la Cámara de Diputados constituyó una comisión especial “de estudio del régimen político chileno”, donde se ha discutido la necesidad de elaborar una nueva Constitución.

en parte como resultado de estos llamados de la academia y las organizaciones no gubernamentales, el cuestionamiento de la Constitución vigente adquirió notoriedad política cuando el ex Presidente Eduardo Frei planteó la reforma constitucional como uno de los ejes centrales de su campaña para volver a ocupar la cabeza del Ejecutivo.

En este capítulo se analizan las razones que desde el punto de vista jurídico-político justifican revisar nuestro arreglo constitucional. Asimismo, se argumenta que a pesar de las numerosas reformas que se le han introducido a la Constitución de 1980 desde el fin del régimen militar, ésta continúa exhibiendo un fuerte déficit democrático, que se expresa en una serie de instituciones contrarias al autogobierno del pueblo, y que son el resultado de la constitucionalización de la fuerte desconfianza que exhibía el constituyente del ochenta respecto de la deliberación democrática. Finalmente, se sostiene que la declaración de derechos de la carta vigente exhibe un fuerte sesgo en materias económico-sociales, que en la práctica han “congelado” en la Constitución un modelo hostil a la acción del estado en la economía (Zúñiga, 2005: 39).

### **La persistencia de una “democracia protegida”**

Como planteábamos en la introducción, el gran problema de la Constitución que nos rige es su déficit democrático, que se expresa en una serie de instituciones que analizaremos más adelante en este trabajo. Este déficit es el resultado directo de la filosofía política que animó al constituyente original, y que se asentaba crucialmente en la noción de “democracia protegida”. Este concepto –que fue propiciado con fuerza por quien lideró el esfuerzo constituyente, Jaime Guzmán– expresa la profunda desconfianza respecto de la capacidad de la población de autodeterminarse políticamente que predominó al interior del régimen militar que impulsó la Constitución de 1980.

En este punto, surge la pregunta acerca de contra qué –o contra quiénes– se intentaba “proteger” la democracia. La respuesta es clara: contra la irracionalidad que se atribuía al pueblo. Esta noción, que de hecho subyacía a la justificación del golpe militar de 1973 y la dictadura que sobrevino, surgió del juicio extremadamente crítico que tanto Guzmán como el equipo económico del régimen militar compartían respecto de la política democrática que tuvo el país durante los cuarenta años que precedieron al golpe de Estado, periodo que caracterizaban como uno marcado por la “demagogia” y la “politiquería” (Huneus, 2000). Producto de estos vicios, seguía el argumento, la nación había quedado prisionera de facciones alejadas del bien común, lo cual derivó en la grave crisis institucional a la que pusieron fin las fuerzas armadas.

Con esta interpretación histórica como telón de fondo, los constituyentes del ochenta concibieron a la carta fundamental como una suerte de “dique de contención” que frenaría la irracionalidad de la política partidista, que se preveía iba a retornar tarde o temprano. A partir de este diagnóstico tan pesimista respecto del funcionamiento de la democracia chilena durante el siglo veinte, el gremialismo y los *Chicago boys* coincidieron en que había que aprovechar la oportunidad que brindaba el régimen autoritario para introducir elementos de “racionalidad” a la institucionalidad económico-social del país, la que luego se “congelaría” en una Constitución que impidiera a las futuras mayorías políticas desmantelarla.

En ese sentido, la Constitución de 1980 representa un buen ejemplo de lo que Tom Ginsburg ha denominado “el constitucionalismo como seguro” (Ginsburg, 2000). De acuerdo a esta forma de entender la producción constitucional en regímenes autoritarios, lo que se persigue es asegurar la futura vigencia de los valores y principios de la era autoritaria ante lo que se vislumbra como la inevitable transición a una política democrática. Esta aproximación (que Ginsburg articuló a partir del estudio de países del sudeste asiático) enfatiza que las dictaduras tienen fuertes incentivos para incorporar en Constituciones rígidas mecanismos que perpetúen en el tiempo sus valores y principios. A nuestro juicio, eso es exactamente lo que ocurrió en nuestro país con la Constitución de 1980.

### **La reforma constitucional del año 2005**

Después de años de intentar eliminar de la carta constitucional algunos de los más evidentes “enclaves autoritarios” (como la existencia de senadores no elegidos democráticamente, la tutela militar del sistema constitucional por medio del Consejo de Seguridad Nacional y la inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas), finalmente el tercer gobierno de la coalición de partidos que se había opuesto al régimen militar logró negociar con la oposición la supresión de dichos enclaves mediante una reforma constitucional aprobada en el año 2005.<sup>3</sup> Quizás por la importancia que los últimos tenían a ojos de la coalición oficialista, la reforma constitucional ofreció al gobierno de la época la oportunidad rebautizar la Constitución de 1980

3 Esta reforma constitucional fue aprobada por la ley 20.050, publicada en el *Diario Oficial* el 26 de agosto del 2005.

como la “Constitución del 2005”.<sup>4</sup> El argumento técnico para argüir esta idea fue subrayado por el propio Presidente de la República: la forma jurídica que adoptó la Constitución en el 2005 ya no era un decreto ley –forma jurídica característica de los gobiernos de facto–, sino un decreto supremo dictado por el Ejecutivo en el ejercicio de una facultad atribuida por un poder constituyente ejercido por los representantes del pueblo, cuya legitimidad democrática no podía ser puesta en duda.

El intento por instalar la noción de que en el año 2005 el país se había desecho de la “Constitución de Pinochet” y adoptado en cambio la “Constitución de la democracia” demostró ser un esfuerzo infructuoso, ya que al poco tiempo del intento eran muy pocos quienes defendían seriamente tal idea (Atria, 2008; Couso y Tohá, 2008; Ruiz-Tagle y Cristi, 2007; Salazar 2006).

Como veremos más adelante, este fracaso fue también el resultado de la subsistencia en la carta de 1980 de importantes enclaves autoritarios que siguen limitando (“protegiendo”) la deliberación democrática del pueblo (Atria, 2008). Esto último no debiera sorprender demasiado, ya que, después de todo, las reformas del 2005 fueron producto de lo que los herederos políticos de la dictadura estuvieron dispuestos a conceder. Este problema, sumado al hecho de que buena parte de la declaración de derechos de la Constitución representa el intento de perpetuar un diseño neoliberal en lo económico y autoritario en lo político, contribuyen a explicar que para la mayor parte de la población la “Constitución de 2005” no es considerada como fundamentalmente diferente a la Constitución de 1980.

Desde el punto de vista de los antecedentes de la reforma constitucional que se analiza, ella fue iniciada en el año 2000 por mociones de senadores pertenecientes a los dos bloques políticos con representación en el Congreso. Según se infiere de la lectura de estas mociones, la Alianza por Chile buscaba “poner fin al proceso de transición política”, mientras que la Concertación de Partidos por la Democracia tenía por meta lograr una “mayor democratización de la Constitución” (Carrasco, 2005). A pesar de estas diferencias, existía consenso en torno a la necesidad de dar un término definitivo a la transición democrática.

El escenario en que se produjeron estos intentos de reforma constitucional fue muy distinto al que existió a inicios de la década de los noventa, cuan-

4 El Presidente Lagos fue uno de los más entusiastas defensores de la idea de que con la reforma del 2005 el país se estaba otorgando una nueva Constitución. En sus palabras: “El 17 de septiembre del año 2005, firmamos solemnemente la Constitución democrática de Chile que fija un marco institucional dentro del que se ejecutarán los programas políticos que gozan del apoyo del pueblo, a través de sus representantes. Será la Constitución con la que entraremos a este tercer siglo de vida republicana”. Citado en Ricardo Lagos, “Una Constitución para el Chile del Bicentenario”, en Francisco Zúñiga, op. cit., p. 11.

do hubo dos intentos de reforma que fracasaron debido a que la oposición política ejerció exitosamente sus poderes de veto.<sup>5</sup> Primero, la detención de Pinochet en Londres, y, luego, el descubrimiento de cuentas secretas de este último, contribuyeron a producir una brecha entre la derecha política y el mundo militar. El término de los estrechos vínculos entre estos últimos allanaron el camino para acabar con las disposiciones del tutelaje militar sobre la institucionalidad que consagraba la Constitución de 1980.<sup>6</sup> Con ello, eventualmente se produjeron acuerdos en torno a eliminar los enclaves autoritarios más evidentes. Sin perjuicio de que muchas de las atribuciones propias del tutelaje militar nunca fueron aplicadas (por razones de prudencia política), la Alianza estaba consciente del evidente déficit democrático de algunas de las normas constitucionales heredadas de la dictadura, las que a juicio de los propios políticos de la Alianza habían perdido su utilidad.<sup>7</sup>

Producto de las coincidencias anotadas entre las dos coaliciones, finalmente la reforma del 2005 logró eliminar de la Constitución de 1980 los siguientes enclaves autoritarios:

- a) Los senadores designados y vitalicios.
- b) La inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas.

5 En palabras de Edgardo Boeninger: “En 1993, Renovación Nacional dependía de su alianza electoral con la UDI para las elecciones parlamentarias de ese año. La UDI rechazaba frontalmente las reformas y como no aceptó que su socio tuviese una posición diferente a la suya, Renovación Nacional tampoco dio su acuerdo y el intento fracasó. En 1995 la historia se repitió de un modo diferente. Ya sin elecciones en el horizonte político de corto plazo, la directiva nacional y el consejo nacional de RN dieron su respaldo formal a una nueva propuesta reformadora del gobierno. Sin embargo, al tratarse el tema en el Senado, un grupo mayoritario de senadores de ese partido —más cercanos a la UDI que al sector liberal de RN— rompió la disciplina partidaria y sumó sus votos a los de la UDI para nuevamente hacer fracasar la propuesta. Se produjo aquí un fraccionamiento partidario que dio al poder de veto parlamentario suficientes votos para imponerse”. Véase Edgardo Boeninger (2007).

6 Recordemos que se eliminó la calidad de garantes de la Constitución de las fuerzas armadas al incorporarse un nuevo artículo 6° en la carta fundamental: “Los órganos del Estado [...] deben garantizar el orden institucional de la República”. De este modo, la carga del resguardo de la institucionalidad es ahora una tarea colectiva.

7 Comentando las reformas, con ocasión de la ratificación por el Congreso Pleno, Andrés Chadwick, en representación de la Alianza por Chile, señalaba: “En primer lugar, decidimos terminar con los senadores vitalicios e institucionales [ya que] como institución ha quedado superada, ha perdido su necesidad y su justificación, pues hoy en Chile —gracias al avance y a la consolidación de la democracia— no es menester que el sufragio universal, mediante el cual se eligen los representantes, requiera un filtro ni algún elemento de ponderación. Por eso, avanzamos hacia una plena integración democrática del Congreso Nacional. En segundo término, dejando de lado la visión del pasado, hemos procedido a poner término al rol de garante de las fuerzas armadas en cuanto al orden institucional de la República, que se expresaba en lo fundamental a través del Consejo de Seguridad Nacional, el cual se modifica sustancialmente [...]. Asimismo, la fortaleza de nuestra democracia no requiere ninguna garantía externa, ni especial ni extraordinaria, para subsistir y desarrollarse en plenitud” (legislatura ordinaria, sesión del Congreso Pleno, 16 de agosto de 2005).

c) La radicación exclusiva de la facultad de “garantizar” el orden institucional en las fuerzas armadas.

d) El carácter y mayoría militar del Consejo de Seguridad Nacional (que se transformó luego en un órgano con mayoría civil y reducido a un rol de mera asesoría al Presidente de la República y sólo cuando este último lo solicite).<sup>8</sup>

Como se puede advertir en esta lista, los enclaves autoritarios eliminados por la reforma fueron importantes, por lo que debe reconocerse que aquella indudablemente representó un avance significativo para una transición política que se había extendido por demasiado tiempo. Dicho esto, se dejó intacta una serie de cuestiones que conspiran en contra de la aspiración de contar con una democracia. Los elementos que a nuestro juicio siguen marcando un legado autoritario y neoliberal en nuestro ordenamiento constitucional se analizan en la siguiente sección.

### **Las asignaturas pendientes en materia de reforma constitucional**

Como veíamos en la sección precedente, a pesar del avance democratizador del orden constitucional que representó la reforma del año 2005, ella no fue lo suficientemente profunda como para permitir que sean las mayorías las que prevalezcan al momento de adoptarse las decisiones públicas más importantes. En efecto, la mencionada reforma dejó en pie una serie de aspectos de la Constitución de 1980 que conspiran frontalmente en contra del mencionado ideal democrático, permitiendo a una minoría gozar de un poder de veto incompatible con este último. A continuación, los aspectos más problemáticos en este sentido.

#### ***El sesgo neoliberal de los derechos constitucionales***

Es difícil sintetizar la penetración del pensamiento neoconservador en el capítulo III de la Constitución (“De los derechos y deberes constitucionales”). Intentando resumir al máximo, debe subrayarse la obsesiva protección que se brinda al derecho de propiedad privada, que contrasta fuertemente con el pobre o nulo reconocimiento de importantes derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación, a la huelga o al multiculturalismo. En efecto, mientras el constituyente de 1980 dedicó largos pasajes a proteger el derecho de propiedad contra eventuales ataques del Estado y sus regulaciones (artículo 19, n° 24), apenas consagró el derecho al trabajo (artículo 19, n° 16) y estableció una abierta hostilidad contra las actividades empresariales del Estado (artículo 19, n° 21). Asimismo, privilegió la libertad de enseñanza por sobre el derecho a la educación (artículo 19, n° 11).

8 La lista que se incluye está tomada de la elaborada por José Luis Cea Egaña (2006), p. 21.

En relación al derecho a la huelga, debe subrayarse que mientras en la Constitución de 1925 se lo consagraba explícitamente,<sup>9</sup> en la carta vigente el constituyente sólo se refiere a este importante derecho fundamental cuando señala que los trabajadores de la administración pública y las municipalidades tienen prohibido declararse en huelga.<sup>10</sup> Así, el intérprete se ve forzado a deducir que, dado que se niega a un sector determinado el derecho a huelga, éste debe estar implícitamente reconocido para los demás casos. Esta deficiente técnica de consagración de un derecho fundamental revela la profunda hostilidad que exhibía el constituyente autoritario hacia los derechos de los trabajadores, cuestión nada baladí, puesto que otorga “piso constitucional” al cuestionado Plan Laboral introducido por la dictadura, que en lo esencial no ha sido modificado desde el retorno a la democracia (Caamaño y Ugarte, 2008).

La hostilidad que anotamos respecto de los derechos laborales se extiende también a la actividad empresarial del Estado, la cual, de acuerdo al artículo 19, n° 21, sólo puede desarrollarse si está previamente autorizada por una ley aprobada por una súper mayoría (en este caso una “ley de quórum calificado”, que requiere ser aprobada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio). Debe subrayarse que la animadversión que expresa esta norma constitucional respecto de la actividad empresarial del Estado no tiene parangón en el derecho constitucional comparado.

Las deficiencias del capítulo de derechos constitucionales de la Constitución de 1980 anotadas no son las únicas, pero las mencionamos a modo de ejemplo porque no tenemos espacio en este trabajo para abordarlas todas. Dicho esto, no podemos dejar de consignar otro aspecto del capítulo señalado que a nuestro juicio refleja las cuestionables opciones políticas tomadas por el constituyente de 1980 y que sólo han sido reparadas en parte. Nos referimos al hecho de que uno de los mecanismo más expeditos y efectivos para garantizar los derechos fundamentales, el llamado “recurso de protección”,<sup>11</sup> sólo puede utilizarse para la defensa de aquellas garantías constitucionales más afines con la concepción neoconservadora de los derechos que exhibía el constituyente autoritario, dejando desprovistos de acceso a tan rápido mecanismo de protección a derechos fundamentales como la educación, el trabajo y otros de carácter económico-social.

9 A partir de la reforma del 1970.

10 El artículo 19, n° 16, inciso 5° de la Constitución de 1980 señala lo siguiente: “No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional”.

11 Véase el artículo 20 de la Constitución de 1980.

### *La legislación de súper mayoría*

El segundo aspecto de la Constitución de 1980 que urge ser reformado es la presencia de leyes de súper mayoría, como las leyes “orgánicas-constitucionales” y las “de quórum calificado”, las cuales, contraviniendo lo dispuesto por el artículo cuarto de la carta fundamental (“Chile es una república democrática”), han establecido una forma de “democracia protegida”. En efecto, en el contexto de un constituyente autoritario que buscó “blindar” los lineamientos básicos de una muy peculiar concepción de la política, la economía y la sociedad contra el riesgo de que fuera luego desmantelada en democracia, surgió la cuestión de cómo lograr tan ambicioso objetivo sin incurrir en la desmesura de una carta fundamental excesivamente larga y detallada. La respuesta estuvo en la introducción en el sistema constitucional chileno de las mencionadas leyes súper mayoritarias, en especial las leyes orgánicas-constitucionales. Este último tipo de legislación requiere de un muy elevado quórum para ser aprobado, modificado o derogado (cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio).<sup>12</sup> Producto del alto quórum requerido, tales leyes son el equivalente funcional de lo que en otras democracias representa la propia Constitución. Adicionalmente —y en combinación con el sistema electoral binominal— este tipo de leyes hace extremadamente difícil que incluso un gobierno que cuente con el respaldo de ambas ramas del Congreso pueda avanzar su agenda legislativa sin contar con el concurso de la oposición.

Complicando aun más las cosas, y dado que la legislación orgánica-constitucional “de base” es la que la propia dictadura militar hizo aprobar hasta su último día en el gobierno (el 10 de marzo de 1990, cuando se apuró en introducir una batería de leyes con tal carácter), en los hechos nuestro sistema constitucional impide que gobiernos elegidos democráticamente puedan eliminar la legislación heredada del periodo autoritario si no logran persuadir de ello a una oposición que continúa fuertemente comprometida con lo que denomina “la obra del gobierno militar”. Así, en la práctica, o se logran acuerdos con las fuerzas políticas herederas del régimen militar o sigue en vigencia la legislación “orgánica” elaborada en dictadura (Couso y Tohá, 2009).

Como el lector advertirá, la existencia de este tipo de legislación de súper mayoría no es compatible con una sociedad comprometida de veras con el autogobierno del pueblo, es decir, con una democracia sin apellidos. Si bien es razonable que existan “cotos vedados” de derechos fundamentales que ni siquiera una mayoría puede pasar a llevar, no es compatible con una democracia en forma el que buena parte de la legislación que regula las políticas públicas (en

12 Artículo 63, inciso 2, de la Constitución de 1980.

materia de educación, seguridad social, la justicia, fuerzas armadas y muchas otras) deba concitar mayorías propias de lo que en otras latitudes demandaría una reforma constitucional. Muy por el contrario, en los sistemas democráticos “a secas”, basta con que una mayoría simple de legisladores acuerde con el Ejecutivo una propuesta legislativa para que ésta se transforme en ley. Esto tiene la saludable consecuencia de que los electores sienten que su voto influye decisivamente en el curso de las políticas que finalmente se adoptan.

Por lo señalado más arriba, se podría decir que las leyes orgánicas-constitucionales representan una suerte de “Constitución en la sombra”, que complementan el texto de la Constitución de 1980. En efecto, si bien no están incluidas explícitamente en ella, en la práctica son verdaderas “leyes constitucionales” que suplementan la carta fundamental con normas casi tan difíciles de modificar como ella misma. Así, gracias a estas leyes de súper mayoría el constituyente autoritario evitó tener que redactar una carta de cientos (o miles) de artículos de extensión, al tiempo que lograba conseguir el objetivo de dejar bien “amarrados” los aspectos básicos de sus opciones de política pública.

Finalmente, si se toma en consideración que durante los últimos años el Tribunal Constitucional ha expandido por vía jurisprudencial el ámbito de materias que requieren ser reguladas por leyes “orgánicas-constitucionales” (Zapata, 2008: 395-458), se advierte que ello ha reducido aun más las materias susceptibles de ser decididas por la libre y soberana acción de los representantes del pueblo. Esta sensible disminución de la capacidad decisiva de la democracia tiene como resultado práctico que se mantiene el statu quo heredado de la dictadura.

### ***Integración, designación y atribuciones del Tribunal Constitucional***

A diferencia de los otros dos enclaves autoritarios que se han analizado en esta sección, el Tribunal Constitucional no suele considerarse como un elemento de la Constitución de 1980 que contribuya al déficit democrático de la misma. En efecto, dado que ya en democracia existió un órgano con ese nombre (entre 1970 y 1973, aunque con un rol y unas atribuciones muy diferentes a las que tiene el actual tribunal), y como consecuencia de que en la actualidad la mayoría de los especialistas consideran a las cortes constitucionales como compatibles con el sistema democrático, lo cierto es que hasta hace poco tiempo eran escasos los constitucionalistas que consideraban al Tribunal Constitucional como un órgano problemático para la democracia chilena.<sup>13</sup>

13 Esto último era así con la salvedad de que la mayoría consideraba inaceptable que interviniera en la designación de sus integrantes un Consejo de Seguridad Nacional con mayoría militar, cuestión que fue resuelta por la reforma constitucional de 2005.

En efecto, la vasta mayoría los constitucionalistas chilenos considera al Tribunal Constitucional como un órgano crucial para la protección de los derechos de las minorías y no una entidad que contribuya al déficit democrático de nuestro país (Zapata, 2008).

En contraposición a lo planteado recién, en este trabajo argumentamos que –sin perjuicio de que en condiciones ideales una corte constitucional podría potenciar el sistema democrático– en el contexto de las características específicas que exhibe nuestra carta fundamental el Tribunal Constitucional juega en la práctica un muy rol problemático desde el punto de vista democrático. En efecto, y tomando en consideración que la corte constitucional chilena vigila que los órganos democráticamente elegidos respeten los quórum exigidos para derogar o modificar leyes de súper mayoría heredadas de la era autoritaria, y que debe además hacer exigible una carta de derechos sesgada ideológicamente e impuesta unilateralmente por una minoría en dictadura, nos parece que cabe caracterizar al Tribunal Constitucional como el último eslabón de un complejo entramado institucional dirigido a proteger los lineamientos básicos del modelo autoritario, contra el “peligro” que representa la democracia.

Tomando en consideración que afirmar el carácter de “enclave autoritario” del Tribunal Constitucional chileno es en general contraintuitivo en nuestro contexto jurídico-político, dedicaremos la segunda parte de este trabajo a analizar con detenimiento el proceso y alcances de las reformas introducidas al Tribunal Constitucional. De este análisis se desprende que los parlamentarios involucrados en la expansión de las atribuciones de la corte constitucional no alcanzaron a dimensionar el rol que el tribunal podía jugar en defensa del orden constitucional heredado de la era autoritaria, lo que explica la profunda desazón que les causó advertir los efectos de la reforma que ellos mismos habían aprobado cuando, en el año 2008, el Tribunal Constitucional comenzó a desplegar con fuerza su poder de veto de legislación y actos administrativos de autoridades elegidas democráticamente.

### **El Tribunal Constitucional en la reforma de 2005**

En los acápites anteriores analizamos dos de los tres aspectos de la Constitución de 1980 que a nuestro juicio contribuyen al déficit democrático de la misma y que, sin embargo, no fueron corregidos por la reforma constitucional de 2005. En el caso del tercer factor problemático –el carácter y rol que en los hechos juega el Tribunal Constitucional– la situación es peculiar, ya que el constituyente democrático del 2005 no sólo lo dejó en pie, sino que además lo legitimó y aumentó sensiblemente sus poderes, lo cual contribuye a perpetuar los valores y

principios que la dictadura militar pretendió “congelar” en la Constitución de 1980. Dada la relevancia de este aspecto del problema, en lo que sigue se analiza en detalle tanto el debate que tuvo lugar durante la reforma constitucional del 2005 a propósito del Tribunal Constitucional como el problemático carácter e impacto que este último está teniendo en nuestro sistema político.

Las reformas constitucionales relativas al Tribunal Constitucional fueron de gran envergadura, al punto que muchos especialistas han sostenido que ellas inauguraron lo que en los hechos es el “tercer” Tribunal Constitucional que ha tenido el país.<sup>14</sup> En primer término, y en consonancia con el espíritu general de la reforma del 2005, se eliminó todo rol al Consejo de Seguridad Nacional en la designación de algunos de los integrantes del Tribunal Constitucional. A esta importante (y positiva) reforma se añadió otra de extraordinaria importancia, esto es, el traspaso al tribunal de las atribuciones que tenía la Corte Suprema en materia de llamado “recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. Finalmente, la reforma entregó a este último la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales, expulsando del ordenamiento jurídico normas elaboradas por órganos representativos de la soberanía popular. En síntesis, la reforma que analizamos no sólo eliminó el rol de un organismo controversial en integración del Tribunal Constitucional, sino que además modificó sustancialmente la estructura de la justicia constitucional en Chile, pasando desde lo que los constitucionalistas denominaban un “doble control concentrado” (doble, porque antes de la reforma tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional tenían poderes de revisión de la constitucionalidad de las leyes) a una “concentración única”, radicada en la corte constitucional.

Para justificar estas modificaciones, se esgrimieron varias razones, destacando aquellas que buscaban transformar al tribunal en el guardián definitivo y exclusivo de la Constitución, y en el máximo órgano protector de los derechos de las personas.<sup>15</sup> A pesar de esta retórica, durante la discusión de la reforma se decidió no entregarle al tribunal competencia para cautelar derechos fundamentales mediante los recursos de “amparo” y “protección”, los que siguen

14 El “primer Tribunal Constitucional” fue el que existió entre 1970 y 1973; el “segundo Tribunal Constitucional”, el del periodo 1980-2005, y el “tercero”, el posterior a la reforma de 2005. Tanto Francisco Zúñiga (2005) como Miguel Ángel Fernández (2006) han utilizado esta tipología para caracterizar las tres épocas o momentos del Tribunal Constitucional chileno.

15 En el sitio web del Gobierno de Chile, se resumen las modificaciones introducidas al Tribunal Constitucional por las reformas del 2005, con un particular énfasis en el rol del TC en materia de derechos fundamentales: “Se fortaleció el órgano de *defensa esencial de los derechos fundamentales*: el Tribunal Constitucional, reforzando la supremacía normativa de la Constitución”. Sitio web: [www.gobiernodechile.cl/viewEstado.aspx?idArticulo=22484](http://www.gobiernodechile.cl/viewEstado.aspx?idArticulo=22484) [visitado el 4 de abril de 2009].

radicados en las Cortes de Apelaciones y en la Corte Suprema (que ve las apelaciones a los fallos de protección de las Cortes de Apelaciones). Sin perjuicio de esta última consideración, tanto la ampliación de las atribuciones del Tribunal Constitucional como los nuevos actores autorizados para acudir a éste para solicitar la inaplicabilidad y/o inconstitucionalidad de las leyes (jueces y la ciudadanía en general) suponen un extraordinario fortalecimiento del rol del Tribunal en tanto protector de las garantías constitucionales.

### ***El contexto general de la reforma al Tribunal Constitucional***

El consenso alcanzado por las dos coaliciones políticas mayoritarias con ocasión de la reforma constitucional de 2005 buscaba eliminar los enclaves autoritarios más evidentes (en especial, los senadores no elegidos, el exagerado poder del Consejo de Seguridad Nacional y la inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas), lo que se pensaba era fundamental para dar por definitivamente concluida la larga transición política chilena. Dado que éste era el foco que animaba la reforma, la radical transformación del Tribunal Constitucional que finalmente ocurrió (y que expandió considerablemente su poder de control de la constitucionalidad de las leyes, elaboradas por el propio Poder Legislativo) representó algo completamente imprevisto para los parlamentarios que participaron en la discusión constituyente del 2005. De hecho, la reforma al Tribunal Constitucional que comentamos no fue parte del acuerdo político previo que “destrabó” los obstáculos que se habían presentado para avanzar en la reforma global a la carta de 1980, sino que fue un tema que se planteó en el Senado cuando la decisión política de avanzar en una reforma constitucional estaba ya tomada. Lo dicho aparece corroborado por lo señalado por el ministro José Miguel Insulza durante las discusiones de la Comisión:

“Agregó que, tratándose de una reforma sustancial, el Senado había ido más lejos que la sola sustitución de la filosofía autoritaria y había avanzado en centrar la defensa de la Constitución no en órganos político-militares como el Consejo de Seguridad Nacional, sino que en el Tribunal Constitucional, órgano que, como intérprete supremo de la carta política, reafirmaría la supremacía constitucional y se constituiría en garante de los derechos de las minorías y de todos en general [...]. A su juicio, debería tratarse de una reforma con características específicas, encaminada a reemplazar el núcleo de la filosofía del constituyente de 1980, sustituyendo la idea de la democracia protegida por la de la democracia constitucional. Es decir, democracia en cuanto fundada en un régimen político de gobierno de las mayorías, y constitucional en cuanto asentada en el principio de la protección de las minorías y

de la defensa de los derechos fundamentales de todos, sin exclusiones. Agregó que los elementos de la democracia protegida que era necesario modificar eran, fundamentalmente, la tutela militar, la composición no integralmente democrática del Senado y la existencia de un sistema electoral que debilitaba la participación ciudadana”.<sup>16</sup>

Como se advierte en lo expuesto por el gran articulador de la reforma, el ministro Insulza, el Tribunal Constitucional no fue concebido como una de las expresiones de la “democracia protegida” que había que eliminar del ordenamiento constitucional chileno, sino que, por el contrario, como una reforma que profundizaba el carácter democrático de la Constitución. Así, una vez eliminadas las manifestaciones del tutelaje militar en materia de la designación de algunos de sus integrantes, el Tribunal Constitucional se erigía como un posible escenario de conflicto entre los diferentes órganos constitucionales que ahora concurrirían a designar a los miembros del tribunal.

A pesar de este inminente peligro, las reformas al tribunal fueron finalmente consensuadas a través de vetos presidenciales que zanjaron los posibles desacuerdos que pudieran existir entre ambas cámaras. Este incidente nos da cuenta de la importancia del rol de los expertos en diseño constitucional, especialmente aquellos del Poder Ejecutivo, para no generar un desequilibrio de poderes producto de las mayores atribuciones. Por esto –y más allá de las pugnas de poder entre ambas cámaras, y entre éstas y el Presidente– las modificaciones introducidas al Tribunal Constitucional tuvieron como base las opiniones de los expertos: de aquellos que participaron en la elaboración de las mociones, de los que participaron en la redacción de los vetos presidenciales y, por último, de los que participaron en la comisión del Senado.<sup>17</sup>

A continuación, se analizan las diferentes modificaciones que experimentó el Tribunal Constitucional en sus diversos aspectos a raíz de la reforma de 2005, ejercicio que nos ayudará a entender la forma en que discurrió esta importante reforma.

### ***Integración y perfil del juez constitucional***

Uno de los aspectos centrales en torno a la reforma de nuestra corte constitucional era la eliminación de las atribuciones del Consejo de Seguridad

16 El énfasis es nuestro. Palabras de José Miguel Insulza, ministro del Interior, citadas en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

17 Sólo respecto de estos últimos existe certeza de sus identidades. En efecto, fueron invitados a emitir sus opiniones en la comisión del Senado las siguientes personas: Juan Colombo, entonces presidente del Tribunal Constitucional; Eugenio Valenzuela, entonces ministro del Tribunal Constitucional; y Miguel Otero, ex congresista y profesor de derecho procesal.

Nacional y de la Corte Suprema en el nombramiento de los ministros del Tribunal Constitucional. Como consecuencia de este diseño, hasta el año 2005 cuatro de los siete ministros de la corte constitucional eran nombrados por organismos no generados democráticamente. Gracias a la reforma de 2005 –como lo subraya Eduardo Aldunate– se pasó de 5/7 de los ministros del tribunal elegidos por órganos sin legitimidad democrática a 7/10 elegidos por órganos generados por sufragio popular (Aldunate, 2005).

A diferencia del gran consenso que existía en torno a la modificación de los órganos llamados a designar a los miembros del tribunal, sobre quiénes debían integrar el mismo se generaron opiniones divergentes, en especial al interior de la comisión del Senado. Ello queda en evidencia cuando se constatan las grandes diferencias que existían entre las dos mociones al respecto. Así, por ejemplo, en la moción de la Alianza se mantenía a los ministros de la Corte Suprema entre los integrantes del tribunal y se terminaba con el nombramiento directo de ministros por parte del Presidente. Por otra parte, el proyecto original de la Concertación eliminaba a los ministros de la Corte Suprema como candidatos al tribunal, manteniendo por otra parte el poder de elección del Presidente, además de incorporar a la Cámara de Diputados en el nombramiento de ministros.

En torno a la integración del Tribunal Constitucional, el trabajo de la comisión estuvo dominado por una creencia firmemente arraigada en la cultura legal chilena, que determina una relación de subordinación de la política respecto al derecho. En este sentido se puede decir que éste es uno de los elementos de continuidad entre el Tribunal Constitucional de 1980 y el del 2005. En efecto, de la lectura de las actas de la “Comisión de Estudios para la Nueva Constitución” (la “Comisión Ortúzar”, que fue la que estuvo a cargo del grueso de la elaboración de la Constitución de 1980) y de la ley 20.050, que contiene las reformas constitucionales del 2005, puede inferirse que se repitieron los argumentos referentes a que los jueces constitucionales debían ser “jurídicos” y “no políticos”, ya que la labor del Tribunal Constitucional era una cuestión eminentemente técnico-jurídica y no política.

Para Fernando Atria, esto corresponde a una visión que él denomina “legalismo” en la relación entre el derecho y la política, en que el “primero es manifestación de la justicia y la razón, mientras que la segunda es manifestación de la pasión y el interés” (Atria, 2002). En efecto, la aproximación que comentamos parece haber dominado no sólo la discusión de las últimas reformas constitucionales en lo que se refiere al perfil de los ministros del Tribunal Constitucional y a la forma de su designación, sino también respecto a los efectos de las decisiones de este último. Para ello, es ilustrativo revisar un ejemplo notado por Atria

respecto a la forma de designación de los ministros y la dignidad del desacuerdo cuando comenta las propuestas vertidas en la Comisión del Senado: “El desacuerdo de una cámara política (que el legalismo imputa a pasión e interés) no merece respeto, pero sí lo merece el desacuerdo de un cuerpo judicial (porque es razón y justicia). En efecto, la Corte Suprema elige sus tres integrantes por mayoría simple en dos votaciones, mientras el Senado debe elegir los tres suyos en tres votaciones con un quórum exageradamente alto (dos tercios). Esto implica que la (simple) mayoría de la corte puede designar dos integrantes del tribunal a su voluntad, pero la minoría también tendrá esa oportunidad (aunque sólo podrá, probablemente, designar un integrante). Así se garantiza que el desacuerdo que pueda haber en el seno de la Corte Suprema sobre cómo debe interpretarse la Constitución tendrá manifestación en la integración del tribunal. El desacuerdo de los ministros de la corte le merece, a la comisión del Senado, respeto. Distinta es la cuestión tratándose del desacuerdo entre los senadores. Aquí se exige al menos dos tercios de los votos para elegir cada uno de los integrantes del tribunal, con lo cual la decisión de los senadores nunca podrá representar las aspiraciones de la mayoría. Esta siempre deberá negociar con la minoría para obtener el exagerado quórum previsto por la comisión. El desacuerdo de los senadores, a diferencia del de la Corte Suprema, no merece a la comisión ningún respeto, y ésta carga al Senado con la obligación de eliminar ese desacuerdo antes de elegir a los integrantes del tribunal” (Atria, 2002: 423).

Lo paradójico de todo esto es que, durante las discusiones en la comisión del Senado, los miembros de los órganos político representativos (esos que actúan, conforme a la lógica del legalismo, sobre la base de su pasión e interés) fueron los actuaron buscando limitar su propio poder (por ejemplo, en el caso de las atribuciones en materia de contiendas de competencia entre tribunales superiores y autoridades políticas o administrativas<sup>18</sup>), mientras los órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales (es decir, los que el legalismo representa guiados por la justicia y la razón) se disputaron entre sí cada cuota de poder que estaba en juego.<sup>19</sup> De hecho, a tal grado llegó esta pretensión por retener o aumentar los poderes propios, que los ministros del Tribunal Constitucional que integraban

18 Así, por ejemplo, Hernán Larraín, comentando esta modificación, señala: “Pienso que además constituiría un buen testimonio de que el Senado posee la capacidad necesaria para reducir sus atribuciones, si estima en determinados casos que alguien puede desempeñarlas de mejor modo. Demostraría así que el afán de contar con mayores facultades no es algo que promueva el interés del Senado, sino que realmente se persigue que aquellas atribuciones se ejerzan de la mejor forma posible por la institución más adecuada. Ésa ha sido, me parece, la opinión que ha primado en las comisiones que estudiaron la materia, y por eso opinamos que se trata de una modificación de mucho interés para el futuro si es que se presentan estas contiendas, y tiende a que se constituya un órgano más adecuado para resolver el tipo de conflictos en cuestión” (legislatura 350ª, sesión 10ª).

19 *Ibíd.*, 426.

también la Corte Suprema (con una excepción) se alinearon con ésta en cada de una de las opiniones respecto a las modificaciones propuestas. Producto de estas maniobras, finalmente la Corte Suprema logró retener su injerencia en la designación de tres de los diez integrantes del Tribunal Constitucional, algo de por sí problemático, ya que no puede descartarse que en el futuro se produzcan conflictos entre este último y la anterior. Complicando aun más las cosas, el procedimiento mediante el cual la Corte Suprema designa a integrantes del Tribunal Constitucional ha demostrado ser muy opaco, a pesar de que formalmente se hace por concurso público.<sup>20</sup>

Lamentablemente, la falta de transparencia que acusamos respecto de la designación de los integrantes del Tribunal Constitucional realizada por la Corte Suprema se repite en el caso de las designaciones que corresponde a los ministros nombrados por el Senado, por la Cámara de Diputados y por el Presidente. Lo afirmado aquí no puede subestimarse. Si se toma en cuenta que los miembros del Tribunal Constitucional tienen la última palabra respecto al significado de la carta fundamental, la opacidad que caracteriza el nombramiento de sus integrantes representa un problema de proporciones.

### ***Las atribuciones del Tribunal Constitucional***

En cuanto a las atribuciones otorgadas al Tribunal Constitucional, ambas mociones le entregaban mayores poderes. Además, existía un consenso en torno a pasar de un “doble control concentrado de constitucionalidad” a una “concentración única” de competencia. La mayor parte de los argumentos para establecer un monopolio del control constitucional en el Tribunal Constitucional se fundó en la necesidad de modernizar la justicia constitucional, con el objeto de generar mayor seguridad jurídica en la ciudadanía<sup>21</sup>. Se pre-

20 Estamos en deuda con el profesor Francisco Zúñiga por habernos alertado acerca de este punto.

21 La mayor parte de los senadores estimaba necesario acabar con la confusión que producía esta competencia constitucional dual. Se estimaba necesario que, si el nuevo TC se erigiría en el guardián supremo de la Constitución, existiera absoluta certeza para la ciudadanía respecto de la protección de sus derechos. Por ello, el nuevo diseño institucional del TC debía estar acorde con este nuevo rol, ahora reforzado. Así lo señalan, en distintas formas, los senadores Diez (“buscar la forma de dotar a las personas de mecanismos que les dieran absoluta garantía del respeto a la Constitución y, por consiguiente, de sus derechos. En tal virtud, la comisión efectuó un profundo estudio de las modificaciones que debía introducir a las normas que regulan la composición y atribuciones del Tribunal Constitucional, órgano naturalmente llamado a erigirse en garantía de la vigencia de la Carta Fundamental”; legislatura 345ª, sesión 16ª, miércoles 14 de noviembre de 2001); Silva Cimma (“el diseño hasta ahora vigente es insuficiente para cumplir el rol básico encomendado al Tribunal Constitucional”; legislatura 345ª, sesión 19ª), y Boeninger (“la definición más precisa de la justicia constitucional se logra con la eliminación de la dualidad actual entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, concentrando tal función en el primero. Ello aumenta la certeza jurídica y, en definitiva, permite tener mayor claridad respecto de los recursos judiciales que en cada caso corresponda interponer. Ésta es, naturalmente, una materia de interés para todos los ciudadanos”; legislatura 345ª, sesión 19ª).

tendió, por tanto, generar un nuevo “sistema” de control de constitucionalidad que acabara con la ambigüedad que exhibía el sistema anterior, en que el Tribunal Constitucional compartía con la Corte Suprema el rol de custodio de la Constitución, esquema que generaba efectos perjudiciales para la protección de los derechos de las personas.

De todos modos, y como lo señala Rodrigo Correa, “sería prematuro afirmar o negar que la Constitución tenga un ‘sistema’ de control de constitucionalidad. La respuesta dependerá en buena medida de lo que el tribunal haga con las potestades que se le han confiado” (Correa, 2005: 85). Para Correa, el tribunal deberá enfrentar los desafíos que le plantean las relaciones entre el control abstracto preventivo y el control represivo, ahora en manos de una misma corte constitucional. Así, por ejemplo, pierden sentido las reservas de interpretación, mediante las cuales el tribunal intentaba influir en la aplicación de una ley sobre la cual perdía todo control posterior. En todo caso, la forma en que administre estas potestades en el futuro nos darán la respuesta a la pregunta por la forma en que opera el nuevo “sistema”.

Del mismo modo, habrá que ver cuál será el lugar que les corresponderá, en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que ahora conoce el Tribunal Constitucional, a los vicios de inconstitucionalidad de forma y fondo, cuestión que aún no aparece suficientemente zanjada, habida cuenta que, como lo sostiene Rodrigo Correa, hasta el momento “el Tribunal Constitucional ha tenido una marcada preferencia por concentrarse en aspectos procedimentales. Si esta preferencia llegara a reflejarse en el control concreto, pondría gravemente en riesgo la estabilidad de la ley” (Correa, 2005: 85).

Tanto o más importante que lo señalado precedentemente es que la reforma del 2005 otorgó poderes sin precedentes en la historia constitucional chilena a un órgano jurisdiccional, al introducir un mecanismo para expulsar del ordenamiento legal una norma vigente (esto es, declararla inconstitucional con efectos generales). Esta importantísima nueva atribución del Tribunal Constitucional fue propuesta por la propia coalición de gobierno.<sup>22</sup>

En el debate que se produjo respecto de esta propuesta en la comisión del Senado, los argumentos esgrimidos por los expertos invitados nuevamente gozaron de una considerable atención por parte de los senadores. De acuerdo

22 La moción de la Concertación que comentamos, aparte de entregarle al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad por inconstitucionalidad con efectos particulares, incorporaba un nuevo n° 14 a las atribuciones del tribunal: “Resolver las cuestiones de inconstitucionalidad cuando sea requerido por cualquier órgano judicial de oficio o a petición de parte respecto de materias que aquél esté conociendo y antes de que se dicte sentencia, cuando se considere que un precepto legal aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo o resolución judicial, pueda ser contrario a la Constitución”.

al debate registrado, es claro que la opinión que gozó de mayor aceptación fue la ofrecida por el respetado ex ministro del tribunal Eugenio Valenzuela, quien propuso que, en lugar de permitir la inmediata declaración de inconstitucionalidad de una ley con efectos generales, se estableciera que primero debía declararse la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma (con efectos para el caso determinado) y sólo entonces solicitarse la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales (que expulsa definitivamente del ordenamiento jurídico la norma legal cuestionada<sup>23</sup>). La propuesta de Valenzuela se fundaba en que las modificaciones al Tribunal Constitucional no debían ser bruscas, sino proceder mediante pequeñas adecuaciones que fueran modernizando gradualmente la justicia constitucional. En el esquema propuesto por Valenzuela, las mayores atribuciones otorgadas al Tribunal Constitucional no implicaban que este órgano fuera a transformarse en un súper poder.

En todo caso, de los argumentos complementarios ofrecidos por Valenzuela, el que concitó mayor adhesión fue el referido al fracaso de la praxis constitucional del recurso de inaplicabilidad en manos de la Corte Suprema. Para ello, trajo a colación “la opinión de diversos tratadistas sobre la necesidad urgente de que este recurso sea sustraído de la Corte Suprema y entregado al tribunal, así como estadísticas según las cuales más o menos el 60% de los recursos de inaplicabilidad en la corte terminan en el archivo de los antecedentes, simplemente porque las partes no les dieron movimiento. Además, informó que la idea de la CENC [Comisión de Estudios de la Nueva Constitución] fue mantener tal cual el recurso de inaplicabilidad en la Corte Suprema, agregando que si esta, después de tres fallos consecutivos, declaraba inaplicable un precepto, podría declarar con efectos generales la ilegitimidad de la respectiva ley” (Pfeffer, 2005: 406).

La prudente propuesta de Valenzuela chocó con la más audaz que defendía el también miembro del Tribunal Constitucional Juan Colombo, en una de las pocas diferencias de opinión que tuvieron en el seno de la comisión. Colombo sostuvo que el Tribunal Constitucional debía estar autorizado a expulsar de inmediato las normas del ordenamiento jurídico que considerara violatorias de la Constitución, sin esperar a que primero fueran declaradas inaplicables. No aceptar esa solución, razonaba Colombo, implicaba vulnerar la garantía de igualdad ante la ley. Citando a Chiovenda, defendió su propuesta diciendo: “En efecto, al resolver dentro del concepto chiovendano, el tribunal sustituye la voluntad de los sujetos involucrados en el conflicto, resolviendo el asunto

23 Las opiniones de Eugenio Valenzuela se consignan en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado.

sometido a su jurisdicción y, al resolver, hace prevalecer su voluntad por sobre la del órgano controlado”.<sup>24</sup>

El pasaje que acabamos de transcribir tiene la virtud de expresar en forma nítida la concepción del rol del Tribunal Constitucional que subyacía a la propuesta de Colombo (que, incidentalmente, es actualmente el presidente del mismo). Para él, con la reforma constitucional del 2005 el Tribunal Constitucional se transformó, literalmente, en un órgano colegislador, que sustituye la voluntad del órgano controlado, es decir el Congreso Nacional y el Presidente que concurre a aprobar una propuesta de ley aprobada por el Legislativo.

Continuando con la importante nueva atribución otorgada al Tribunal Constitucional, es importante recordar que el proyecto aprobado por el Congreso exigía que la cuestión de inconstitucionalidad se tratara en la misma sentencia que la inaplicabilidad. Sin embargo, el Ejecutivo, mediante el veto n° 18, advirtió sobre la necesidad de separar ambas etapas para que entre el control concreto y el control abstracto de constitucionalidad existiera un espacio de deliberación democrática que, además, respetara el debido proceso constitucional. El veto en cuestión señalaba: “Una de las innovaciones más significativas de la reforma constitucional es la institución de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales que resulten contrarios a la Constitución. El veto n° 18 sólo tiene por objeto hacer una pequeña pero relevante precisión en materia de procedimiento. La norma aprobada establece que el juicio de constitucionalidad debe hacerse ‘en el mismo fallo en que haya declarado inaplicable un precepto legal’ ”.

El veto que analizamos fue aceptado de inmediato por el Congreso, con lo que el nuevo precepto dispone que sólo cuando se dicta una sentencia de inaplicabilidad surge la acción popular de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad del TC para declararla de oficio. De acuerdo a Humberto Nogueira, esto “posibilita la intervención de los órganos constitucionales concernidos, como son el Presidente de la República y ambas cámaras del Congreso Nacional, las que podrán apersonarse en el procedimiento en cuanto órganos colegisladores, dando a conocer sus razonamientos y fundamentos sobre la constitucionalidad del precepto legal aprobado por ellas y aún vigente, todo ello dentro de normas que garanticen un debido proceso constitucional” (Nogueira, 2005: 599-600). Por lo señalado, podemos concluir que el Senado no estaba consciente de los efectos contramayoritarios (o antidemocráticos) que se derivaban de las nor-

24 Véase Juan Colombo Campbell (2005), p. 557. Estas mismas palabras se repiten en el considerando 9°, incluido en el título II (“Acerca de la competencia de este Tribunal Constitucional para conocer del requerimiento”) de la sentencia rol n° 591-06, redactado por Colombo. Disponible en sitio web: [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) [visitado el 7 de abril de 2009].

mas aprobadas por ellos mismos. En efecto, estaban otorgándole un mayor poder al Tribunal Constitucional mientras se autolimitaban la posibilidad de participar en un procedimiento que tiene como conclusión un efecto tan grave como la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico.

En cuanto a las expectativas sobre este nuevo “sistema” de control de constitucionalidad, Francisco Zúñiga planteó en sus comentarios a la reforma constitucional que el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” generará efectos en el comportamiento estratégico de los senadores. En términos prospectivos, avizoraba un efecto positivo sobre una eventual “política de constitucionalidad”. De acuerdo a Zúñiga, los parlamentarios incorporarán la variable constitucional al discutir las leyes: “En cuanto a la legislación, el monopolio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional en términos prospectivos debe favorecer la consolidación de una ‘política de constitucionalidad’ en que la constitucionalidad de las leyes, como nos dice Jiménez Campo, ‘no es algo que se argumente y valore sólo en vía jurisdiccional, sino referencia de continuo de los debates partidarios, en la acción legislativa y en la discusión política sobre la procedencia de acudir o no al cauce jurisdiccional, o de mantenerse en él, para dirimir controversias sobre la validez de una disposición legal’ ”.<sup>25</sup> Como se advierte en lo planteado por Francisco Zúñiga, con el reforzamiento de los poderes de revisión de constitucionalidad de las leyes del Tribunal Constitucional, éste se constituyó en un actor clave de la política chilena con el que los poderes elegidos democráticamente tendrán que lidiar, so pena de correr el riesgo que sus decisiones sean declaradas inconstitucionales.

## **Conclusión**

Como lo señalábamos al inicio, al aproximarse el Bicentenario del país como Estado independiente se ha instalado un importante debate acerca de nuestro arreglo constitucional, que es el que define el marco institucional de la política, la economía y la sociedad. Quienes han impulsado esta discusión sostienen que, a pesar de las numerosas e importantes reformas de que ha sido objeto, la Constitución impuesta por la dictadura militar en 1980 continúa siendo un obstáculo para el desarrollo de nuestra democracia. Para los partidarios del cambio constitucional, los importantes avances democráticos que sin duda ha

25 Véase Francisco Zúñiga (2006), p. 148. Esta política de constitucionalidad puede analizarse en términos puramente estratégicos. En otras palabras, este análisis supone que los actores electos, puesto que pueden incurrir en costos asociados con la impugnación de una decisión producida por un tribunal, pueden tener la voluntad de tolerar una política que no esté en sus puntos ideales. Véase Lee Epstein, Jack Knight y Olga Shvetsova (2008).

experimentado el país en las últimas dos décadas se han producido *a pesar* de una Constitución que sigue exhibiendo rasgos autoritarios y no *gracias a ella*.

En este capítulo, se han abordado los elementos centrales que a nuestro juicio hacen urgente el realizar una reforma profunda de la carta constitucional vigente. Específicamente, señalamos que se deben eliminar todos aquellos aspectos de la misma que se alinean con la filosofía política de la “democracia protegida”, que animó al constituyente de 1980. Éstos incluyen, en primer término, las leyes de súper mayoría (en particular, las leyes “orgánicas-constitucionales”), que en la práctica han operado como una suerte de “Constitución en la sombra”. Este tipo de leyes –en combinación con el sistema electoral binominal– les otorgan un verdadero poder de veto a los herederos políticos de la dictadura militar, lo que ha contribuido a perpetuar buena parte de las opciones de política pública de la dictadura y a consolidar la profunda desconfianza del régimen militar a la capacidad de autodeterminación democrática del pueblo. Asimismo, consideramos que se debiera revisar la declaración de derechos fundamentales de la carta vigente, porque ella en los hechos constitucionalizó el sesgo neoliberal que tuvo el constituyente autoritario, lo que aparece expresado en muchas disposiciones hostiles a la acción del Estado en la economía y en un pobre reconocimiento de los derechos económicos y sociales. Finalmente, sostenemos que –en el contexto de una Constitución con las características recién anotadas– el Tribunal Constitucional juega en la práctica el rol de protector final de un diseño que aliena a buena parte de la población. Por lo dicho, debiera revisarse su rol y atribuciones, de manera que sea una entidad que potencie el sistema democrático y no uno que contribuye a atarlo a un orden constitucional elaborado por una minoría en la era autoritaria.

Ante este escenario de déficit democrático de nuestra carta fundamental, un grupo creciente de constitucionalistas y científicos políticos han planteado la necesidad de darnos un nuevo arreglo constitucional para el Bicentenario. Esta idea debe ser bienvenida, pero será sumamente difícil de implementar, entre otras razones por el efecto de los propios amarres que se han analizado en este trabajo. Dicho eso, y aún cuando se abrieran oportunidades de reforma, el estudio de la realizada en el año 2005 sugiere que este tipo de procesos debiera ser ejecutado de manera tal que garantice mayores niveles de participación y deliberación pública, lo que pensamos contribuirá a que se tenga mayor conciencia de las consecuencias de las reformas que se adopten.

## Referencias

- Aldunate, Eduardo. “El fin de la transición hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la ley 20.050”, en Francisco Zúñiga (coord.), *Reforma constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 67-79.
- Atria, Fernando. “Participación y alienación política en Chile”. *Mensaje*, vol. 57, 575, 2008, pp. 8-11.
- Atria, Fernando. “¿Qué desacuerdos valen? La respuesta legalista”, en *Ius et Praxis*, 8, 1, 2002, pp. 419-427.
- Boeninger, Edgardo. *Políticas públicas. Institucionalidad y experiencia chilena 1990-2006* (Santiago: Uqbar, 2007).
- Caamañó, Eduardo, y Ugarte, José Luis. *Negociación colectiva y libertad sindical. Una aproximación crítica* (Santiago: Legal Publishing, 2008).
- Carrasco, Sergio. “La Constitución Política de la República de Chile de 1980 y su reforma”, en Francisco Zúñiga (coord.), *Reforma constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 93-101.
- Cea, José Luis. “Introducción”, en Francisco Zúñiga (coord.), *Reforma constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 19-30.
- Centro de Derechos Humanos. “Simposio: reformas del año 2005 a la Constitución de la República de Chile”, en *Anuario de derechos humanos* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006).
- Colombo, Juan. “Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia”, en Francisco Zúñiga (coord.), *Reforma constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 551-592.
- Congreso Nacional de Chile. Tramitación de Proyectos, Boletín Legislativo. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)
- Correa, Rodrigo, “Simposio: reformas del año 2005 a la Constitución de la República de Chile”, en *Anuario de derechos humanos* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006), p. 85.
- Couso, Javier, y Tohá, Carolina. “El sistema político chileno y sus desafíos: un nuevo arreglo constitucional para el Bicentenario”, en *El Chile del Bicentenario* (Ediciones Universidad Diego Portales, 2008).
- Epstein, Lee; Knight, Jack, y Shvetsova, Olga. “El papel de los Tribunales Constitucionales en el establecimiento y mantenimiento de la democracia”, en *Tribunales Constitucionales y democracia* (México, D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008), pp. 489-548.
- Fernández, Miguel Ángel. “La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del derecho”, en *Estudios constitucionales*, 4, 1, 2006.

- Garretón, Roberto. [www.asambleaconstituyente.cl](http://www.asambleaconstituyente.cl)
- Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).
- Huneus, Carlos, *El régimen de Pinochet* (Santiago: Sudamericana, 3ª ed., 2006).
- Lagos, Ricardo, “Una Constitución para el Bicentenario”, en Francisco Zúñiga (coord.), *Reforma constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 19-30.
- Moulian, Tomás. *Chile actual: anatomía de un mito* (Santiago: Lom, 1997).
- Nogueira, Humberto. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de su sentencia”, en Francisco Zúñiga (coord.), *Reforma constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), 593-626.
- Pfeffer, Emilio, *Reformas constitucionales 2005* (Santiago: Editorial Jurídica, 2005).
- Ruiz-Tagle, Pablo, y Cristi, Renato. *La República en Chile: teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago: Lom, 2006).
- Salazar, Gabriel. *Construcción del Estado en Chile: democracia de los pueblos, militarismo ciudadano y golpismo oligárquico, 1880-1837* (Santiago: Sudamericana, 2006).
- Zapata, Patricio. *Justicia constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago: Editorial Jurídica, 2008).
- Zúñiga, Francisco. *Control de constitucionalidad y sentencia* (Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2006).
- Zúñiga, Francisco. “REFORMA CONSTITUCIONAL: democracia y estado de derecho”, en Francisco Zúñiga (coord.), *Reforma constitucional* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp. 33-63.



# DERECHOS SOCIALES



# Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)

Domingo Lovera<sup>1</sup>

*Universidad Diego Portales*

And they're farming babies,  
While slaves are working  
temple of the dog (1991)

El presente capítulo busca avanzar algunas ideas sobre la consagración de los derechos sociales en la Constitución chilena. Por lo mismo, se trata de un trabajo, en parte descriptivo, en parte normativo. Descriptivo, en tanto no busca argumentar a favor o en contra de su consagración, sino que, cosa distinta, pretende dar cuenta de las razones para su actual (y particular) incorporación constitucional, con especial énfasis en los argumentos expuestos en la comisión que redactó la carta. Normativo, en tanto las razones que acá se avanzan para explicar su incorporación, así como una perspectiva crítica de esas mismas razones, están cargadas de la inevitable necesidad de interpretar conceptos como los de democracia, participación y control de las leyes.<sup>2</sup>

Para lo anterior, comenzaré repasando –rápidamente– la lectura democrática y republicana de los derechos sociales, básicamente una que los concibe como precondiciones para la ciudadanía activa. Luego de esa breve introducción, se detallará la forma en que los derechos sociales se encuentran reconocidos en la Constitución de 1980. Esta sección detalla algunas ideas de los redactores sobre los derechos sociales (con especial hincapié en Jaime Guzmán), para luego dar paso a la consagración formal de los derechos: especial énfasis de prestará al hecho que estos derechos se encuentran excluidos del ámbito de tutela de la acción de protección constitucional. Enseguida, expondré las que, creo, son las principales razones que explican la consagración nacional de los derechos sociales. Las principales razones hacen referencia a las aprensiones de quienes intervinieron directamente en

1 Agradezco las agudas observaciones que Lucas Sierra y Patricio Zapata formularan a este trabajo en el marco de un encuentro realizado el día 19 de junio de 2009 en el Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales, así como las de los demás participantes. De la misma forma, agradezco los comentarios que Jorge Contesse y Nicolás Espejo formularan a una versión preliminar de este trabajo.

2 Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, 145-150 (2006).

la elaboración y redacción final de la Constitución: la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, el Consejo de Estado y la (misma) Junta Militar. Finalmente, expondré algunos debates que se han generado en torno al reconocimiento de, y litigio sobre, derechos sociales, teniendo en especial cuenta la importancia que esas discusiones y experiencia podrían tener para Chile. Volveré a destacar la ausencia de cobertura vía acción de protección y las posibles implicancias que ello podría acarrear a la luz de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile. Sugeriré que la acción de protección no es la única forma de garantía y que la práctica constitucional comparada (y local) puede arrojar más luces al respecto. Reservo algunas conclusiones para el final.

### **Derechos sociales y ciudadanía**

En la tipología tradicional de los derechos humanos, los derechos sociales, económicos y culturales reciben el nombre de “derechos de segunda generación”. De “segunda generación”, pues su advenimiento fue posterior en el tiempo al de los derechos civiles y políticos (o de “primera generación”).<sup>3</sup> Quienes hoy defienden la satisfacción de los derechos sociales, por su parte, colocan el énfasis en lo irrelevante de los “momentos generacionales de los derechos”, para, en cambio, centrarse en los derechos sociales como precondiciones para la acción democrática.<sup>4</sup>

En otras palabras, la satisfacción de las necesidades que los derechos sociales están llamadas a cubrir viene a constituir el punto de partida de la ciudadanía

3 En el derecho internacional de los derechos humanos, en cambio, esta distinción entre derechos ha quedado atrás desde que se asume que “todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana”, razón suficiente para no trazar diferencias generacionales entre los mismos. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14-24 de junio, 1993, *Declaración y programa de acción de Viena*, Preámbulo, ONU. Doc A/CONF.157/23 (12 de julio, 1993) (disponible en [www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)). Desde el punto de vista de las razones que justificaría esta distinción, se ha señalado que, mientras los derechos sociales son positivos (esto es, demandan del Estado acción e inyección de recursos fiscales para su satisfacción), los civiles y políticos son, en cambio, negativos (se satisfacen a condición que el estado se abstenga –Estado negativo– de violarlos interviniendo (i. e., censurando, matando, inmiscuyéndose en la vida privada, etcétera). Han argumentado en contra, entre otros, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 21-37 (2002) (avanzaré algunas ideas sobre este punto hacia la tercera sección).

4 Luis Pérez, “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas”, en *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, 89-91 (Luis Pérez et al., eds., 2008).

democrática.<sup>5</sup> El punto es, aunque obvio, importante de destacar: “Quien está hambriento, empobrecido, sin hogar, enfermo, o [quien vive] sin educación puede no tener oportunidad alguna de disfrutar o ejercer derechos constitucionales que todos tomamos por concedidos”<sup>6</sup> (otorgados, garantizados, etcétera), como la libertad de expresión y el derecho de reunión.<sup>7</sup> Según Sunstein, el caso más notable (por su claridad) es el de la educación: “Un determinado nivel de educación es indispensable para una efectiva ciudadanía, incluyendo el derecho a la libertad de expresión y el derecho a voto”.<sup>8</sup> Habermas, más recientemente, ha insistido en el punto. Pretendiendo dilucidar el conflicto entre las concepciones democráticas liberales y las republicanas, argumenta que derechos humanos y soberanía popular son conceptos no sólo interrelacionados, sino que, además, se trataría de ideas conceptualmente originarias. Así, antes que subordinar la soberanía popular a los derechos humanos (como ocurre en la versión liberal de la democracia), o los derechos humanos a la soberanía popular (como ocurre en la tesis republicana), los derechos humanos serían “condiciones habilitadoras para el ejercicio de la soberanía popular”.<sup>9</sup> Los derechos sociales, así, y para finalizar este punto, satisfacen un nivel de vida adecuado que no haga ilusoria (ni formal ni materialmente) la participación.<sup>10</sup>

Ricardo Lagos, entonces Presidente de la República, y prologando un libro sobre la reforma constitucional de 2005 –que no incluyó reformas en materia

5 Lo que quiero sugerir, por tanto, es que la satisfacción de las necesidades económicas y culturales básicas de los ciudadanos es sólo un primer paso, pero no el único, para avanzar a una democracia inclusiva. Como ha señalado Nicolás Espejo, redistribución y reconocimiento son dos caras de una misma política que aspira a configurar a toda persona como “un par en la interacción deliberativa [democrática] [...] [una democracia que garantiza] inclusión, simetría y reciprocidad entre los participantes, ausencia de coerción o distorsión y libertad comunicativa”. Que la democracia sea inclusiva, por su parte, trae aparejados importantes efectos en la legitimidad (y no sólo en la legalidad) de las decisiones adoptadas en, y a través, de ella. Nicolás Espejo, “Reconocimiento, redistribución y derecho: una propuesta democrático-discursiva”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 24, 128-129, 132, 134-136 (2006). Sobre como la (sola) redistribución económica, en forma de subsidios y programas sociales asistenciales, no eliminan la dominación y opresión a que se someten algunos grupos sociales, véase Iris Marion Young, *La justicia y la política de la diferencia*, 86-98 (Silvina Álvarez, trad., Ediciones Cátedra, 2000).

6 Richard Fallon, Jr., *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law*, 258 (2004)

7 Destacando las conexiones entre satisfacción de necesidades básicas y libertad, Maurizio Viroli, *Republicanism*, 66-67, 84-85 (2002); Cass Sunstein y Randy Barnett, “Constitutive Commitments and Roosevelt’s Second Bill of Rights: A Dialogue”, 53, *Drake Law Review*, 205-207 (2004-5).

8 Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights: FDR’S Unfinished Revolution and why we Need it More than Ever*, 185 (2004).

9 Jürgen Habermas, “Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana”, en *Nuevas Ideas Republicanas*, 191, 206 (Félix Ovejero et al., comps., 2004).

10 Cristián Courtis, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, 185, 192-193, 197-198 (Miguel Carbonell, ed., 2007).

de derechos sociales<sup>11</sup>– se preguntaba por el sentido de “tener libertades de pensar, de expresarse, de reunirse, de emprender, de adquirir y disponer la propiedad de toda clase de bienes para personas que viven en condiciones de pobreza extrema”,<sup>12</sup> lo que demuestra, de alguna forma, el impacto político del argumento.

La relevancia de configurar los derechos sociales de esta forma estriba, justamente, en que el argumento que comúnmente se coloca sobre la mesa para reclamar contra la consagración (y, si la hay, contra la justiciabilidad) de los derechos sociales es que, decisiones relativas a la distribución de los recursos fiscales debieran ser adoptadas por las instancias representativas de la comunidad.<sup>13</sup> Evidentemente ese argumento, realizado desde “ningún lugar”, esto es, sin evaluar el estado actual de la representatividad del Congreso, termina siendo una petición de principios. En efecto –y no hay mayor sorpresa en esto– el Estado (incluido el parlamento) puede replicar las desigualdades sociales que evidencia la comunidad política. Como ha sugerido Sunstein, las desigualdades económicas y sociales –las más de las veces– terminan transformándose en desigualdades políticas “que privan al gobierno de los incentivos apropiados para responder al dolor humano”.<sup>14</sup> Un sistema político es sensato, he argumentado en otro lugar, cuando es capaz de reevaluar los niveles de representatividad que posee, y el litigio sobre derechos sociales ha servido –antes que para cuestionar la legitimidad de las intervenciones judiciales (lo que ha

11 En verdad, las reformas de 2005, las mismas que, se dijo, venían a configurar una nueva Constitución para los chilenos y las chilenas, prácticamente no innovó en materia de derechos constitucionales. Jorge Contesse, “Las reformas a la Constitución desde los derechos fundamentales”, 212, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 115 (2002) (advirtiendo sobre la escasa atención que se había prestado a los derechos fundamentales en el paquete de reformas constitucionales más importante desde el retorno a la democracia); Francisco Zúñiga, “Democracia y estado de derecho”, en *Reforma constitucional* (Francisco Zúñiga, coord., 2005) 33, 54-56 (2005) (destacando las tareas pendientes de la reforma, en especial en lo relativo a derechos sociales).

12 Ricardo Lagos, “Una Constitución para el Chile del Bicentenario”, en *Reforma constitucional*, supra nota 11, pp. 8-9.

13 Sebastián Soto, “TC y alza de planes de salud”, *El Mercurio*, 3 de julio, 2008.

14 Sunstein, supra nota 8, p. 185.

ocurrido, en todo caso)— para gatillar esa propia revisión.<sup>15</sup> Y cuando las puertas del Congreso se abren a la deliberación, en línea con lo que se ha venido señalando hasta acá, es preciso contar con ciudadanos, es decir, con personas viviendo en condiciones decentes para quienes la participación política no sea una opción al procurarse alimentación.<sup>16</sup> Por eso para Habermas la tarea del derecho se extiende al aseguramiento de una integración social que permita (efectivamente) el mutuo entendimiento por medio de la comunicación de las personas que intervienen en el diálogo democrático. De otra forma, tal como he señalado antes, reclamar exclusividad para la sede parlamentaria (en desmedro de la judicial) sigue siendo una petición de principios si es el caso que no estamos dispuestos a discutir qué representación aspiramos a ver realizada por el proceso político.<sup>17</sup>

De otra parte, pero sobre esto vuelvo hacia el final del trabajo, que los derechos sociales se configuren como la “cara jurídica de la política social” impacta, más que en los mecanismos de garantías jurídicas de las cuales pue-

15 El argumento acá, en efecto, no descansa tanto en la intervención judicial (sea adjudicando, sea ordenando el despacho de legislación en materia de derechos sociales) como en la receptividad de esa demanda en el parlamento. El parlamento es digno de ser llamado un espacio de representación cuando logra abrirse a los reclamos de quienes han sido excluidos del proceso político, exclusión que ha sido deliberada y no —como podría argumentarse simplonamente— “porque perdieron las elecciones”. El compromiso con la representatividad del Congreso va más allá de la sola posibilidad de participar en las elecciones. El argumento concluye con las cortes abandonando la política cuando los ciudadanos (marginados del proceso político) así lo determinan. Domingo Lovera, “Implosive Courts: Again on Law, Courts, and Social Transformation (The Chilean Case)”, 3, *Cambridge Student Law Review*, 30 (2007). Pilar Domingo ha destacado que, en estos casos, las cortes operan como mecanismos de compensación institucional “frente a las desigualdades y las injusticias sociales y políticas, precisamente para aquellos individuos que no tienen otro canal de acceso, más que como votantes, a las estructuras del poder político”. Pilar Domingo, “La judicialización de la política el nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México”, en *Justicia, política y derechos en América Latina*, 27, 35 (Juan Palacio y Magdalena Candiotti, eds., 2007). Ambas tesis recién mencionadas son tributarias, qué duda cabe, de una concepción procedimental de la revisión judicial, expuesta brillantemente por John H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980).

16 Cass Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, 233-235 (2001).

17 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 83 (William Rehg, trad., The MIT Press, 1998). Un argumento similar, con fuerte respaldo en los trabajos de John H. Ely, expuso Frank Michelman, en *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 3, *Washington University Law Quarterly* 659, 675-681 (1979). Un argumento similar, aunque distinto, cuya tesis central acá no abordo, sugiere que la satisfacción de los derechos sociales surge como obligación de las cláusulas constitucionales de igualdad. En palabras del mismo Michelman, la provisión de bienes básicos sería no sólo un derecho moral, sino un derecho constitucional al que tendrían derecho las personas. El argumento, en este sentido, depende de la concepción de igualdad que se sostenga. Frank Michelman, “The Supreme Court, 1968 Term-Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment”, 83, *Harvard Law Review*, 7 (1969); José García Añón, “Derechos sociales e igualdad”, en *Derechos Sociales: instrucciones de uso*, 79 (Víctor Abramovich et al., comps., 2003). En contra de la (rápida) conexión entre derechos morales y derechos constitucionales (a la que sigue el establecimiento de un sistema de revisión judicial), Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, 13, *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1993).

da disponerse para su exigibilidad –cosa que, en todo caso, reclaman varias posiciones más cercanas a la defensa de los derechos humanos–, en su configuración como obligaciones jurídico-políticas que pueden reclamarse en sede parlamentaria y administrativa, también.<sup>18</sup>

## **Los derechos sociales en la Constitución chilena: las aprensiones de la dictadura**

En esta sección examino principalmente tres cuestiones. Primero, y en contraste con la tesis antes esbozada, se repasarán algunas ideas de Jaime Guzmán –principal ideólogo tras la Constitución– relativas a los derechos sociales. En segundo lugar haré referencia a la (particular) forma en que se encuentran consagrados los derechos sociales en Chile, para finalizar, en la tercera sección, avanzando las que razones que, me parece, permiten explicar ese reconocimiento.

### *La ideología tras la Constitución*

¿Era posible pensar en la satisfacción de derechos sociales como ciudadanía, en el contexto del régimen militar? Jaime Guzmán, el cerebro jurídico tras la dictadura, pensaba que la demagogia consistía en “la tentación de brindar beneficios efímeros a cambio del consiguiente apoyo político inmediato”.<sup>19</sup> Pinochet, por cierto, no lejos de él, coincidía en que los periodos electorales eran terreno fértil para “presentar programas teóricos, con metas inalcanzables”.<sup>20</sup>

Lo que llamaba la atención de Pinochet –según el mismo lo señalara– era la facilidad con la que el pueblo se dejaba convencer con esas ofertas electorales. Concluyó que una de las razones por las cuales ello ocurría era por la “actitud peticionaria de una minoría ingenua [que buscaba] las soluciones a

18 Como se verá, que ese reclamo no pueda efectuarse en sede judicial, pues no existen garantías para exigir la satisfacción de derechos sociales ante los tribunales de justicia, es parte de las razones que se han esgrimido para argumentar que no se trata de derechos en absolutos.

19 Jaime Guzmán, “La definición constitucional”, en *La Constitución Política de la República de Chile*, 40 (Fundación Jaime Guzmán E., ed., 1999).

20 Augusto Pinochet, *Política, politiquería, demagogia*, 61 (1983). Cea ha insistido en el impacto de estas concepciones políticas en la posterior recepción de los derechos sociales en la Constitución de 1980. José Cea, *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*, 149 (1999) (“Probablemente, el clima tensional y antiolecionista imperante aún hacia 1974 ó 1975 explica –pero no justifica– tal modo de pensar. Próxima a esta razón, se argumentó también en dicha comisión [de Estudios para la Nueva Constitución] que poner énfasis en los derechos sociales era incurrir en demagogia o en populismo”).

sus problemas por el Estado, y no por el esfuerzo personal”.<sup>21</sup> Agregó que el gran problema de su gobierno, la pobreza, debía “ser vencido mediante una acción técnica, realista, pragmática, que estimule el trabajo, la competencia, la superación, y que no convierta al hombre en un esclavo del Estado”.<sup>22</sup>

La importancia de recordar las reflexiones anteriores radica en el impacto que éstas ideas tuvieron en la forma en que (finalmente) se terminaron reconociendo los derechos sociales en la Constitución chilena, y, como contrapartida, se terminó estructurando un sistema privado de provisión de necesidades sociales.<sup>23</sup>

### ***La Constitución de 1980 (de 1989 y de 2005)***

La Constitución Política de la República de Chile dedica su capítulo III a los derechos y deberes constitucionales de las personas. Junto con establecer un catálogo de derechos,<sup>24</sup> estatuye dos acciones constitucionales encargadas de entregar tutela judicial a las personas: la acción de protección y el recurso de amparo (*habeas corpus*).

La primera de ellas, que para estos efectos interesa, opera en el caso en que una persona o varias se vean amenazadas, perturbadas o privadas del ejercicio legítimo de sus derechos, sea a través de un acto u omisión, arbitrario o

21 En efecto, señaló que el quehacer público había estimulado para el Estado un papel de “solucionador [sic] de problemas”, transformando al ciudadano chileno en un “peticionario, que “sólo exigía derechos y soluciones al Estado”, dejando de lado la iniciativa, su responsabilidad y esfuerzo personal en la satisfacción de sus necesidades. Íd., p. 62-63. Lo anterior evidencia parte importante de la matriz que estaba en la base de las reformas sociales introducidas por al régimen militar. Así, por ejemplo, y a propósito de la reforma al sistema previsional, Larroulet señalaba que “cambiar de un sistema de seguridad estatal de reparto a uno de capitalización personal [...] tiene importantes consecuencias morales [...]. El sistema de reparto no promovía el esfuerzo, la responsabilidad, la solidaridad, y otros valores morales cruciales para una sociedad cristiana”. Cristián Larroulet, “La privatización del sistema previsional y sus beneficios para el futuro de la familia”, 34, Serie Opción Social: Libertad y Desarrollo, 14 (1996). En similar sentido, Renato Cristi ha mostrado los vínculos políticos entre catolicismo y capitalismo, que Jaime Guzmán defendió en su etapa más joven (con un especial énfasis en el individuo), y que luego reformularía para defender una sociedad de mercado y capitalismo liberal, estructurada en torno a ella. Renato Cristi, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, 59, 161 (2000).

22 Pinochet, supra nota 20, p. 111.

23 Acá es donde mayor eco parecen haber tenido las palabras de Pinochet y los demás: el Estado no va a satisfacer sus necesidades más básicas, aunque de todas formas va a reclamar su fidelidad a la República (Patria, habría dicho el general). Es más, si usted desea cubrir esas necesidades, deberá pagar por ellas, sin perjuicio de las restricciones estructurales para acceder a ellas. En efecto, ni Guzmán ni Pinochet –ni Larroulet, después– repararon en las diferencias estructurales que hicieron (y todavía hacen) para algunos imposible si quiera acceder al sistema privado.

24 La doctrina se ha dividido acerca del carácter taxativo, o no, de dicho catálogo.

ilegal,<sup>25</sup> imputable al Estado o a un particular.<sup>26</sup> Ahora bien, ocurre que la Constitución, una vez que consagra la acción, se encarga de reducir su efecto de tutela, pues excluye algunos derechos de su halo protector. Aquellos derechos que quedan bajo su tutela, para el caso en que sean perturbados o amenazados o que haya habido privación de los mismos, son los de corte libertario o individual (libertad de expresión, propiedad privada, vida privada, libertades económicas –con una acción constitucional a su favor<sup>27</sup>– y de conciencia, entre otros). Son excluidos, en cambio, los de contenido económico, social y cultural (como el derecho al trabajo y a la salud).<sup>28</sup>

La jurisprudencia en nuestros tribunales, en materia de recursos de protección, ha confirmado el texto constitucional.<sup>29</sup> Así, en el caso de personas viviendo con VIH/SIDA, que recurrieron contra el Ministerio de Salud reclamando acceso a las (entonces) triterapias, vieron sus recursos rechazados por tratarse de un asunto “que sobrepasa los márgenes del procedimiento de

25 Como es de suponer, se trata de requisitos que pueden confluir en una misma hipótesis de vulneración de derechos. Es decir, en un mismo recurso puede reclamarse un acción y una omisión y, una y otra, pueden ser, al mismo tiempo, arbitrarias e ilegales.

26 El tema acá no es pacífico. Si bien es cierto que los derechos fundamentales, en su génesis, nacen como prerrogativas de los particulares frente al poder del Estado, el desarrollo del (neo)constitucionalismo extendió su poder normativo a los particulares. Es decir, estos derechos ya no son sólo oponibles al Estado (efecto vertical), sino también a los particulares (efecto horizontal o –en la versión alemana que desarrolló esta tesis– *Drittwirkung*). Nuestra Constitución, se ha argumentado, recoge este segundo efecto en su artículo 6º; la redacción de la acción de protección deja abierta la puerta para que ella opere entre particulares, cuestión que nuestra jurisprudencia ha aceptado. Domingo Lovera, “La respuesta razonable: el estándar de los derechos fundamentales”, 285, *Gaceta Jurídica de los Tribunales*, 46 (2005). A los requisitos que exige la Constitución deben añadirse los demás que, a través de diversos autos acordados, ha sumado la Corte Suprema. Esos autos acordados, cuestionados en su constitucionalidad y cuyo principal efecto ha sido el de limitar la acción de protección, encuentra justificación –argumentó la Corte– en alto número de recursos de protección que las cortes deben resolver día a día (Corte Suprema de Chile, *Auto acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías aconstitucionales*, 24 de junio de 1992, modificado en 1997 y 2007). Así, hoy esta acción debe interponerse en un plazo de 30 días (antes de 15) y, una vez interpuesta, revisada en su mérito por una sala de cuentas. Esta revisión, introducida, como vengo diciendo, por la misma Corte Suprema, evalúa –en secreto– la plausibilidad de los argumentos esgrimidos por el recurrente. *Universidad Diego Portales, Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2004* (hechos de 2003) 28-38 (2004). Sobre el examen previo de admisibilidad, Gastón Gómez, *Recurso de protección y derechos fundamentales*, 86-94 (2005).

27 El denominado recurso de amparo económico.

28 No debe pasarse por alto el hecho que el Estado de Chile aún no ratifica el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1998, lo que trae importantes efectos en materia de exigibilidad de los derechos sociales. *Universidad Diego Portales*, supra nota 27, p. 380.

29 Uno esperaría que esto fuera siempre así. Sin embargo, no son pocas las ocasiones en que la Corte Suprema –y las cortes de apelaciones– vuelven sobre sus pasos. El caso de la píldora del día después, cuando se lo compara con un recurso decidido en materia de acceso a medicamentos para personas viviendo con VIH/SIDA –que más abajo detallo–, así lo evidencia.

protección”.<sup>30</sup> Y aunque alguna vez la Corte de Apelaciones de Santiago concedió un recurso señalando que el derecho a la vida “es un derecho de carácter absoluto y al margen de toda posibilidad de negociación patrimonial”,<sup>31</sup> la Corte Suprema revocó la decisión dejando en claro que se trataba de un asunto que “atañe a las autoridades de salud [encargadas de] llevar a la práctica las políticas de salud diseñadas e implementadas por la administración del Estado acorde con los medios de que disponga para ellos y con otros parámetros que no cabe dilucidar por esta vía”.<sup>32</sup> Este argumento, que utiliza la corte, como veremos, tuvo importante peso en la consagración de los derechos sociales en la Constitución chilena.

### ***Las razones de la dictadura***

Como han señalado Pablo Ruiz-Tagle y Renato Cristi, los derechos sociales, en Chile, se introducen con la Constitución de 1925. El avance, sin embargo, cede terreno en 1980 a favor de una Constitución (neoliberal, en concepto de los autores<sup>33</sup>) que privilegia la provisión de necesidades básicas a través de la acción privada, acción que el Estado, no sin problemas, y en el mejor de los casos, solo regulará (o supervigilará). Las palabras de Guzmán lo reafirman. En efecto, criticando la Constitución de 1925, dijo que “Una misma Constitución no puede servir igualmente para vivir en colectivismo o en libertad [...]. El hecho de que se pudiera pasar [un país] de economía abiertamente colectivista y marxista, sin necesidad de reforma constitucional ninguna, acusa de modo elocuente la vulnerabilidad de nuestra antigua democracia”.<sup>34</sup> De ahí su opción de anclar en la Constitución un modelo económico que optara por “no dejar duda en cuanto el compromiso libertario de la nueva democracia en

30 Alejandra Zúñiga, “El interés público del derecho a la vida”, en *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, 108 (Felipe González, ed., 2002).

31 La corte agregó que “establecer un orden de prioridad para que los portadores de [virus de] inmunodeficiencia humana (VIH) accedan al tratamiento farmacológico que les permitirá vivir, basado en razones técnicas pero determinado al fin por razones económicas, es jurídica y moralmente inaceptable, pues establece, necesariamente, una discriminación arbitraria entre personas que se encuentran en una misma situación”. Corte de Apelaciones de Santiago, rol n° 3.025, 28 de agosto, 2001.

32 Corte Suprema, rol n° 2.186, 9 de octubre, 2001. El detalle e impacto de estos casos se encuentra, con mayor detalle, en Zúñiga, supra nota 31, y en Jorge Contesse y Domingo Lovera, “Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/SIDA: éxitos sin victoria en Chile”, 8, *Sur*, 148 (2008).

33 Siguiendo a Ruiz-Tagle y Cristi, el régimen constitucional que inaugura la Constitución de 1980 “violentamente extiende una racionalización neoliberal totalizante a todos los ámbitos de la vida social e institucional”. Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, 23 (2006).

34 Guzmán, supra nota 19, p. 33.

materia económica”.<sup>35</sup> Retomando sus ideas, antes manifestadas por Pinochet acerca del rol e iniciativa de los privados y el Estado, señaló que el “nuevo esquema constitucional se define resueltamente por un sistema económico libre, fundado en la propiedad privada de los medios de producción y en la iniciativa particular como motor básico de la economía”. Esta declaración de los nuevos principios constitucionales de Guzmán, unida a la redacción que adquiere el artículo 1º, incisos 3º y 4º de la carta, otorgan un nuevo papel para el Estado: “La nueva institucionalidad económica [...] deja al mercado [...] la iniciativa y gestión productora, y reserva al Estado sólo aquello que los particulares no pueden realizar adecuadamente”.<sup>36</sup>

Las ideas anteriores, junto con las disposiciones constitucionales en materia de libertad económica, configuran el rol subsidiario del Estado, que se extiende a la provisión de derechos sociales.<sup>37</sup> En efecto, la situación de los derechos sociales en Chile debe entenderse en el contexto de la política radical de privatización de los beneficios sociales impulsada por Pinochet. Hoy en día Chile continúa las mismas políticas y, como consecuencia de ello, los servicios de salud, educación y seguridad social dependen, en gran medida, de empresas<sup>38</sup>

35 Íd., p. 34.

36 Citado por Cristi, supra nota 21, p. 164. El mismo Guzmán insiste en la capacidad, vocación y libertad emprendedora de los empresarios para crear riqueza, que debía “chorrear” hacia los más pobres (pp. 15-17).

37 Cristi y Ruiz-Tagle, supra nota 34, p. 329-332. Para Cea, este Estado, el subsidiario, “no el guardián liberal ni el totalitario”, es el que mejor representa la “democracia social.” José Cea, *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales*, 85 (1988). Posteriormente insistiría en que “pensamos que hoy y en el futuro se hará, cada día más nítido, que los derechos sociales exigen, para su concreta materialización, el esfuerzo de la sociedad civil o del No Estado” (énfasis omitidos). Cea, supra nota 20, pp. 148-149. Como la satisfacción de estos derechos queda a cargo principalmente de la sociedad civil o el “No Estado”, entonces “el Estado queda siempre llamado a intervenir en la tarea, pero para servir con un rol *subsidiario*, que le incumbe en una comunidad nacional solidaria, activa o participativa, responsable e integrada”. José Cea, *Derecho constitucional chileno: derechos, deberes y garantías*, vol. 2: 52 (2003).

38 Esa continuidad, como se ha señalado, es el fruto de las negociaciones que permitieron el retorno a la democracia en los últimos años de los 80. Tomás Moulian, *Chile actual: anatomía de un mito*, 37 (2002) (“[El consenso chileno] es la enunciación de que el problema del capitalismo pinochetista era [sólo] Pinochet en el gobierno”). Esas negociaciones, que pueden describirse como un acuerdo entre las fuerzas de derecha e izquierda chilenas, sumergió a Chile en una política de privatizaciones que no se ha detenido desde entonces, en contraste con el resto de América Latina, donde el surgimiento de los derechos sociales parece ser consecuencia del balance de poder entre izquierdas y derechas. Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, “Courts, Rights and Social Transformation: Concluding Reflections”, en *Courts and Social Transformations in New Democracies, and Institutional voice for the Poor?*, 255, 256 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, eds., 2006).

o, como gusta decir a Cea, de la “sociedad civil”.<sup>39</sup> El impacto de esas ideas no se agota en la estructuración de un nuevo Estado (subsidiario), pues (por eso mismo) tienen especial relevancia en la consagración final de los derechos sociales en la Constitución.<sup>40</sup> Tres son las razones principales para el actual reconocimiento de los derechos sociales y todas ellas –en algún sentido– se encuentran entrelazadas.

### ***Derechos positivos y derechos negativos***

Primero, la comisión a cargo de desarrollar los borradores de la Constitución –denominada Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC)– entendió los derechos sociales de acuerdo a la tesis más tradicional:<sup>41</sup> como derechos positivos. Los entendió, entonces, como una categoría de derechos opuestos a los denominados negativos.<sup>42</sup> En otras palabras, entendió los derechos sociales como derechos cuya implementación requiere siempre –y únicamente– de la intervención gubernamental.<sup>43</sup> Parte de los debates que se verificaron en la CENC nos ayudan en la conclusión anterior. Enrique Evans, miembro de la CENC, y mientras discutía el ámbito y alcance del recurso de

39 En efecto, Cea señala que, de acuerdo al artículo 1º de la Constitución, el papel del Estado es el de contribuir a la satisfacción de los derechos sociales, pero no la de concederlos exclusivamente. En ese orden de cosas –afirma– la satisfacción de los derechos sociales queda supeditada a la “secuela de principios como la participación, solidaridad, equidad, responsabilidad y desarrollo, ascendentes desde la base vecinal, no descendentes a partir de la cúpula estatal” (Cea, *Sistema constitucional*, supra nota 20, p. 150-151). En la versión actualizada del tomo I de su manual, Cea asegura que a la sociedad civil le corresponde, “al menos en igualdad con el Estado-gobierno, asumir la responsabilidad de materializar los derechos económicos-sociales [...]. Ése es el sentido de la democracia social [...], fundado en el valor de la solidaridad interna de cada Estado e internacional”. Aclara, con todo, que dicha justicia social debe entenderse en el contexto de “régimen económico de mercado en vigor”, donde el Estado debe retirarse para permitir a la sociedad civil llevar adelante “labores de mecenazgo, compromisos solidarios, proyectos filantrópicos u otros” (José Cea, *Derecho constitucional*, tomo 1, 90-91, 2ª ed., 2008). Acá la referencia a las palabras de Elvira Santa Cruz, voluntaria de una obra de caridad del Chile de principios del siglo XX, es innegable: “Los pobres son los niños chicos de la humanidad. Ellos no comprenden las causas de sus desigualdades irritantes [...]. La vida es triste para ellos desde que nacen hasta que mueren”. Ello evidencia, sostiene Óscar Contardo, el paradigma benefactor que mira al pobre como un hermano menor al que había que ayudar (Óscar Contardo, *Siútico: arribismo, abajismo y vida social en Chile*, 48, 2008)

40 Estas razones las expuse por primera vez en Domingo Lovera, “El informe de Chile ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el papel del derecho”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 167, 168-9 (2005).

41 Tradicional en el sentido que afirma Courtis: como tributario de un modelo patrimonialista configurado a partir de un ciudadano propietario para quien la noción de derechos individuales no hace sentido, en parte, por su escaso (y reciente) desarrollo. Courtis, supra nota 10, p. 185-187.

42 Ivan Hare, “Social Rights as Fundamental Rights”, en *Social and Labour Rights in a Global Context*, 153 (Bob Hepple, ed., 2002); David Kelley, *A Life of One's Own*, 22 (1998).

43 Cea, *Derecho constitucional*, tomo 2, supra nota 38, p. 55 (explicando porque la CENC temía a la idea de democracia centrada en el Estado, una consecuencia inmediata –pensaban los miembros de esa comisión– del reconocimiento de una democracia social).

protección, señaló que “un derecho, para merecer la protección que estamos discutiendo, debe ser una garantía [como se denomina en Chile tradicionalmente a los derechos fundamentales] a la cual se tenga acceso por el solo hecho de vivir en este territorio y que no dependa de las prestaciones que debe suministrar el Estado”.<sup>44</sup>

Finalmente, Evans termina su intervención proponiendo la eliminación de los derechos sociales de la Constitución en tanto derechos, pues su satisfacción “corresponde a otros mecanismos, esencialmente administrativos”.<sup>45</sup> Guzmán es más simple para coincidir con Evans: “Por la naturaleza propia de los derechos llamados ‘sociales’, aquellos que dependen de la capacidad económica del Estado o de la acción gubernativa general del Estado no pueden entenderse cubiertos por esta disposición [el ‘recurso de protección’] por su naturaleza propia”;<sup>46</sup> “Por su naturaleza propia, recursos como el de amparo u otros análogos sólo pueden ser establecidos para ciertos derechos que, también por su naturaleza, sean susceptibles de ser protegidos por recursos semejantes. Y, en ese sentido, estimo que con razón deben quedar excluidos todos los que se llaman ‘derechos sociales’ o cuya atención en forma suficiente depende de alguna manera de la capacidad económica del Estado; están, en consecuencia, necesariamente restringidos por la naturaleza del derecho”.<sup>47</sup>

En resumen, y según ha señalado Cea, los derechos sociales no son otra cosa que “aspiraciones, pretensiones o expectativas de llegar a gozar de un determinado derecho, cabal podría decirse, en el futuro”.<sup>48</sup>

Desde luego que el problema de esta concepción de los derechos sociales, como han sugerido Holmes y Sunstein, entre otros, es que la historia de todos los derechos liberales, por caso del derecho de propiedad, muestra que (todos) ellos descansan en recursos estatales.<sup>49</sup> Es por lo anterior que, si todos los derechos “cuya atención en forma suficiente depende de alguna manera de la capacidad económica del Estado” deben ser excluidos de la Constitución,

44 Actas de Sesiones Comisión Constituyente, 213, mayo 20, 1976, reimpresas en Eduardo Soto, *El recurso de protección*, app. 8, 508 (1982).

45 Íd.

46 Actas de Sesiones Comisión Constituyente, 213, supra nota 45, p. 520.

47 Íd., p. 510.

48 Cea, *Sistema constitucional*, supra nota 20, p. 149.

49 Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes*, 15 (1999).

siguiendo a Guzmán no deberíamos tener ningún derecho reconocido en el capítulo III.<sup>50</sup>

### *Ciudadanía y participación*

Una segunda razón que explica el hecho de que los derechos sociales se encuentren excluidos de la tutela del recurso puede encontrarse en la forma en que la democracia chilena se estructuró bajo Pinochet (y que se ha perpetuado en los gobiernos siguientes). Cuando la Constitución fue (secretamente) discutida y, luego, aprobada, los miembros de la CENC, pero especialmente los revisores finales del borrador —la Junta Militar con Pinochet a la cabeza—, eran contrarios a cualquier forma de participación política. Una ciudadanía activa se percibía como una amenaza para la gobernabilidad del país, visión que se había construido sobre la base de construir una fuerte crítica contra el de Salvador Allende.<sup>51</sup> Así, por ejemplo, el mismo Pinochet recomendó disminuir el rol de los partidos políticos.<sup>52</sup> Sus ideas eran que el Congreso era sólo un reducto abierto a la demagogia y al populismo,<sup>53</sup> razón que, además, fundamentaría la incorporación en la Constitución de una sui generis forma de “frenos y contrapesos”: los senadores designados.<sup>54</sup> Ese mismo temor —a esas alturas, si consideramos la despiadada forma con que actuaba el régimen de Pinochet, una verdadera retórica vacua— fue la *razón* para la creación del Consejo Nacional de Seguridad.<sup>55</sup> Dentro del contexto de la “democracia pro-

50 Sin mencionar siquiera el terror y repulsión que los miembros de la CENC sentían sólo de pensar en que habría personas viviendo del Estado sin realizar sacrificio alguno. Cea, *Derecho constitucional*, tomo 2, supra nota 38, p. 55 (“Entonces [mientras se discutía la nueva Constitución], cuando se hablaba de democracia social, entendiéndose por tal la implantada, desde arriba, por órdenes del Estado-Gobierno y con recursos fiscales pródigamente dispensados, a menudo sin sacrificio”). Véase también Universidad Diego Portales, supra nota 27, p. 442 (dando cuenta que una de las ideas detrás de la reforma al sistema de seguridad social chileno a comienzos de los años 80 era la de hacer realidad “la esencial relación que cada institución humana debe mostrar entre contribuciones y beneficios”).

51 Fernando Leiva, “From Pinochet’s State Terrorism to the ‘Politics of Participation’”, en *Democracy in Chile. The Legacy of September 11, 1973* 73, 76 (Silvia Nagy-Zekmi y Fernando Leiva, eds., 2005).

52 Moulián, supra nota 39, p. 242.

53 Íd., p. 243.

54 Se trataba de senadores no elegidos popularmente, sino que directamente nominados por las fuerzas armadas (4), la Corte Suprema (3) y el Presidente (2). Ellos, en conjunto, conformaron cerca del 20% del Senado mientras la institución operaba, pues desaparecieron con las reformas de 2005.

55 El órgano consultivo de Pinochet, originalmente compuesto por el Presidente (de facto); los comandantes en jefe de las fuerzas armadas (4), el presidente del Senado, el presidente de la Cámara de Diputados, el presidente de la Corte Suprema y el contralor general de la República (las reformas de 2005 también introdujeron algunos cambios acá).

tegida” chilena,<sup>56</sup> el pueblo era cualquier cosa menos el soberano.<sup>57</sup> Como los miembros de la CENC consideraban que los derechos sociales eran manifestaciones de la política estatal, se decidió excluir estos derechos de cualquier clase de justiciabilidad. Un resultado diverso habría significado aceptar tener a la ciudadanía controlando al gobierno (de facto) y sus políticas, algo simplemente impensable a esas alturas (y a las actuales).

### ***Qué participación (y mercado)***

Tercero, y en lo que viene a ser una consecuencia de lo recién mencionado, la dictadura de Pinochet produjo importantes efectos en la participación ciudadana. El ciudadano político fue eliminado por la dictadura,<sup>58</sup> sin mencionar las formas más radicales de violación a los derechos humanos que Chile conoció. Ese ciudadano político, alguna vez interesado en el correcto funcionamiento de la república, fue (forzosamente) reemplazado por los ‘nuevos ciudadanos del mercado,’ en las palabras de Leiva,<sup>59</sup> o por los ‘ciudadanos creditcard,’ según Moulian.<sup>60</sup> Los ciudadanos, así forzados, llegaron a ser miembros de grupos más grandes compuestos por (otros) individuos, cuyas necesidades debían ser resueltas por el funcionamiento perfecto de la nueva panacea eco-

56 Leiva, supra nota 52, p. 73.

57 Íd., p. 75. (“En el nombre de la ‘democracia protegida’, el régimen militar de Pinochet creó un sistema político ‘expresamente diseñado para prevenir que los actores sociales pudieran afectar al propiedad privada y el libre funcionamiento de las fuerzas del mercado’ ”). Con todo, es importante destacar que quienes se han colocado a la cabeza de los gobiernos nacionales en los momentos “fundacionales” de nuestra República han mantenido una lógica similar en torno a la participación popular. Diego Portales, por ejemplo, a quien se atribuye el honor de haber configurado el orden político imperante, se mostraba acérrimo crítico de las asambleas populares y la democracia. Fernando Campos Harriet, *Historia constitucional de Chile*, 164 (2005, 7ª ed.); Iván Jaksic A., *Andrés Bello: la pasión por el orden*, 135 (2001); Renato Cristi, *El pensamiento político de Jaime Guzmán: autoridad y libertad*, 198 (n. 16) (2000). La democracia, pensaba, “es un absurdo para países como el nuestro, lleno de vicios y con una ciudadanía carente de cualquier clase de virtud.” Sólo una vez educados los ciudadanos en las virtudes de la moralidad pública –razonaba Portales– podrá introducirse alguna clase de democracia. Julio Faúndez, *Democratization, Development, and Legality: Chile, 1831-1973* 18 (2007). La respuesta de las autoridades que busca justificar estos bajos niveles de participación, sin embargo, responsabilizan a la ciudadanía. Suele esgrimirse la existencia de una ciudadanía apática, débilmente organizada, atomizada en torno a intereses muy específicos y poco conciliables, como parte de las razones para explicar los índices que sitúan a Chile dentro de los países con los índices más bajos de cultura y participación política. Los contornos constitucionales dentro de los cuales se sitúa la democracia, como muestran las notas que acá reviso, en cambio, sugieren algo distinto. Brillantemente sobre las relaciones entre cambios sociales estructurales y formas jurídicas-estatales-constitucionales, Carl Marx, “Prólogo de la contribución a la crítica de la economía política”, en C. Marx y F. Engels, *Obras escogidas* (Editorial Progreso, 1974) y Eduardo Novoa, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 35-45 (1986, 8ª ed.).

58 Moulian, supra nota 39, p. 56-71 (para una acertada descripción de la crisis de la política en Chile).

59 Leiva, supra nota 52, p. 82 (explicando la continuación de estas políticas en Chile).

60 Moulian, supra nota 39, p. 102.

nómica: el libre mercado.<sup>61</sup> Esa política se ha mantenido bajo los gobiernos de la ‘Concertación.’ El mercado, primero, y la globalización, después, serían—se dijo—las claves para que la población saliera de su condición de pobreza. Como ha señalado Fernando Leiva, la ‘Concertación’—siguiendo el modelo impuesto por Pinochet—ha articulado la “idea de que los mercados y la globalización contienen no solo el poder de aliviar la pobreza, sino también el poder de revolucionar todos los aspectos de la sociedad chilena”.<sup>62</sup> Desde entonces los ciudadanos son llamados a tomar parte del mercado, asociándose entre ellos para que su funcionamiento perfecto satisfaga sus necesidades. La esfera política, por ello, se reemplazó (ficticiamente) por la esfera del mercado. Ese reemplazo, además, se explica también por el escepticismo que los gobiernos de la ‘Concertación’ mostraron desde sus comienzos hacia una sociedad civil fortalecida.<sup>63</sup> Desde entonces cualquier beneficio procedente del Estado es más bien percibido como caridad que como derechos a los que tenemos acceso en condiciones de igualdad (o para asegurar esas condiciones). Beneficios que el Estado entrega para aquellos que no son capaces o no pueden aprovecharse de las bondades del mercado globalizado.

Para concluir esta sección voy agregar dos razones por las cuales he prestado especial atención al vínculo existente entre la CENC y la dictadura de Pinochet. Primero, las discusiones sostenidas en el seno de la CENC quebraron con el *ethos* que en el pasado Chile había manifestado hacia los derechos sociales. Para decirlo de otra forma, la excesiva confianza en el mercado (que luego los gobiernos de la Concertación han mantenido y acrecentado), los efectos de la globalización —como se suele señalar— a los cuales no puede escaparse (estamos en un mundo que derribó las fronteras entre países, pero también entre políticas), así como la erradicación de la política, han traicionado el papel que Chile jugó en materia de derechos sociales —al menos cuando consideramos el rol de la delegación chilena en las sesiones de discusión y elaboración de

61 Leiva, *supra* nota 52, p. 78. (De acuerdo a Brunner [ministro durante el segundo gobierno de la Concertación], los que critican las políticas de la Concertación permanecen cegados por el tradicional modelo asociativo donde los partidos políticos representan, median y movilizan las demandas populares”).

62 *Íd.*, p. 77.

63 *Íd.*, p. 75 (citando a Alejandro Foxley, uno de los principales ideólogos de los gobiernos de la Concertación —tanto así que ocupó un importante cargo bajo el gobierno de Aylwin (1990-1994) y luego hizo lo propio bajo Bachelet (2006-2010)— muestra la desconfianza que existía (y se mantiene) hacia una sociedad civil con la fuerza suficiente como para jugar un papel *vis-à-vis* con el Estado. En particular, las agrupaciones que la componen sólo “reproducirían los principales conflictos de la sociedad [...], implicando contradicción entre clases o ideales antagónicos”. Todos ellos problemas para asegurar una efectiva gobernabilidad).

la Declaración Universal de Derechos Humanos.<sup>64</sup> Segundo, los miembros de la CENC, sin mencionar a los miembros de la Junta Militar, se encontraban (paranoicamente) en contra de, y asustados por la sola idea de pensar en un régimen social. De acuerdo a lo que señala Cea –haciendo suyos estos miedos– “la comisión de estudio entendió que los derechos sociales son expectativas o aspiraciones, cuya materialización, a diferencia de los derechos públicos subjetivos, depende de los recursos que tenga disponibles el Estado para ello. Con este predicamento, la comisión pretendió evitar la demagogia, que tanto daño produjo en nuestro país, y prevenir situaciones que terminarían por llevar a la impracticabilidad el recurso [‘de protección’]”<sup>65</sup> en clara referencia al gobierno de Allende.

### **Algunos debates y perspectivas actuales**

Parte importante de las primeras discusiones relativas a los derechos sociales se generó a partir del debate sobre su reconocimiento (o exclusión de las cartas fundamentales). Hoy en día, muchas Constituciones occidentales reconocen en distinta medida la existencia de derechos sociales. Y muchas de ellas lo hacen declarando expresamente que se trata de mandatos no justiciables, es decir, mandatos constitucionales cuya satisfacción se encarga al parlamento o a la administración del Estado, pero no a la rama judicial.

Así, algunas Constituciones llaman a los derechos sociales metas sociales –a partir de las cuales “no podrá reclamarse subsidio alguno de parte del Estado”<sup>66</sup>–, principios directivos de política social –cuya “aplicación será de exclusivo cuidado de los oireachtas [parlamentos]” y no de las cortes<sup>67</sup>–, o principios directivos de la política estatal –que las cortes no deberán hacer cumplir<sup>68</sup>–. Un caso más calificado presenta Sudáfrica, con una Constitución que reconoce derechos sociales, cuidando de encargar su realización al Esta-

64 Véase Johannes Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent* (2000), 223 (“Santa Cruz de Chile está en desacuerdo y argumenta que ‘los derechos económicos y sociales deben mencionarse no solo en los artículos de la Declaración, sino también en el preámbulo, de modo de mostrar adecuadamente su importancia’”); 224 (“Santa Cruz, el delegado chileno, piensa también que los ‘derechos económicos y sociales son especialmente importantes en el mundo moderno y no deberían ser omitidos del primer pacto’”).

65 Cea, *Derecho constitucional*, tomo 2, supra nota 38, p. 638.

66 En el caso de la Constitución de Suiza, Constitución de Suiza (1999), capítulo 3.

67 En el caso irlandés, Constitución de Irlanda (2004), artículo 45.

68 En el caso de la India, Constitución de la India (2005), artículo 37.

do a través de medidas razonables y dentro de los recursos disponibles.<sup>69</sup> Lo anterior, justamente, no ha impedido que la corte sudafricana sea una de las más prolíficas en materia de decisiones judiciales sobre derechos sociales. En efecto, las cortes, ahí, han ido creando una abundante jurisprudencia encaminada, en lo principal, a evaluar la razonabilidad de las medidas legislativas/administrativas, así como la forma en que se dispone de los recursos fiscales. Los debates a este respecto, por su parte, se han centrado en analizar las posibilidades de configurar un diálogo constitucional entre los poderes del Estado, donde los tribunales (constitucionales u ordinarios) vienen a transformarse en un actor más.<sup>70</sup>

De este aspecto general de alguna de las discusiones que rodean el reconocimiento de derechos sociales propongo partir para avanzar en la discusión sobre la responsabilidad por ausencia de garantías, sobre el concepto de garantías y, finalmente, para detallar algunas experiencias comparadas relevantes sobre derechos sociales.

### ***¿Responsabilidad por ausencia de garantías?***

La ausencia de garantías judiciales no sólo se ha discutido, y dado pie a importantes discusiones, en Chile. En otras latitudes la ausencia de justicia-bilidad de los derechos sociales, esto es, la inexistencia de acciones de amparo judicial que permitan reclamar satisfacción (más menos inmediata) de los mandatos constitucionales sobre derechos sociales, como sí ocurre con los derechos civiles y políticos, ha llevado a parte de la doctrina a afirmar que éstos no son derechos,<sup>71</sup> o que, en el mejor de los casos, son sólo directrices políticas. Según hemos visto, algunas Constituciones expresamente otorgan ese rol a los derechos sociales, por lo que, quizás, con mayor rigor, debiéramos hablar de metas sociales o fines de política pública. Como fuere, lo realmente relevante termina siendo la forma específica con que se reconocen.

69 Constitución de Sudáfrica (1996), artículos 26(2), 27(2) y 29(2). Cea, recordemos, señaló que ésta es la razón detrás de la exclusión de los derechos sociales de la acción de protección. Cea, *Tratado*, supra nota 38, p. 317 (son excluidos “porque son metas para el Estado cuyo cumplimiento depende de los medios disponibles al efecto, de manera que son expectativas que no forman derechos”).

70 La intensidad de la intervención judicial, con todo, varía de acuerdo a las experiencias. Esa misma intensidad, por su parte, ha servido para calificar de diversa forma el rol que las cortes han venido jugando en ese diálogo. Mientras en algunos casos los tribunales sí actúan como un agente más del diálogo (configurando sistemas débiles de revisión judicial), en otras experiencias su posición preponderante ha llevado a situar a las cortes en la cúspide de la cadena interpretativa constitucional. La distinción la he tomado de Mark Tushnet, *Weak Courts Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (2008).

71 Fernando Atria, “¿Existen los derechos sociales?”, 4, *Discusiones: derechos sociales*, Doxa, 15, (2004).

Ahora bien, desde la misma doctrina se ha afirmado que, cuando se reconocen derechos fundamentales (sociales) y, sin embargo, no se provee de una acción judicial de tutela, estamos en presencia de una omisión cuyo responsable es el Estado. Así, frente al argumento planteado por autores como Fernando Atria, quien afirma que existe una importante diferencia entre “decir ‘dar (o hacer o no hacer)  $x$  a  $w$  es bueno (justo, etcétera)’ y decir ‘ $w$  tiene derecho a  $x$ ’”.<sup>72</sup> Ferrajoli ha insistido que la noción de derecho subjetivo puede entenderse de forma más amplia, siendo “muy posible que, dado un derecho subjetivo, no exista –aun cuando debiera existir– la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que las prevé”,<sup>73</sup> y todavía podemos hablar de derechos (subjetivos). Y ello es así porque la inexistencia de garantías primarias –“las expectativas positivas [o de prestaciones] o negativas [de no lesiones] atribuidas a un sujeto por la norma jurídica, y los deberes correspondientes”<sup>74</sup>– no obsta a la existencia de garantías secundarias: “obligaciones [...] de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras”.<sup>75</sup>

Las lagunas primarias son las que Ferrajoli insiste son de incumbencia del legislador –o, dependiendo el contexto, del constituyente–. Frente a ellas, el legislador tiene la obligación de “colmarlas”.<sup>76</sup> Las lagunas secundarias, por su parte, vienen a ser “el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones”,<sup>77</sup> frente a lo cual Ferrajoli señala que “se podrá sólo lamentar la laguna que hace de él un ‘derecho de papel’ y afirmar [de nuevo] la obligación del legislador de colmarla”.<sup>78</sup>

Por cierto que acá hay dos discusiones, al menos, que se entrelazan. La primera tiene que ver específicamente con el concepto de derecho subjetivo. Esta discusión sobrepasa el objetivo de este trabajo. La segunda discusión, en cambio, se refiere a las *supuestas* obligaciones a que se encuentra sujeto el legislador, que lo *deberían* llevar a “colmar” –para hablar con Ferrajoli– la ausencia de garantías primarias y/o secundarias.

72 Atria, supra nota 72, p. 22. Sobre la independencia de los derechos jurídicos de las obligaciones morales (o sobre como aquéllos no de derivan de éstas), véase Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, 13, *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1993).

73 Luigi Ferrajoli, *Derecho y garantías: la ley del más débil*, 60 (Andrés Ibañez y Andrea Greppi, traductores, Trotta, 1999).

74 Íd., p. 59.

75 Íd.

76 Íd., p. 62.

77 Íd.

78 Íd.

El concepto del derecho kelseniano afirmarí­a que esta segunda discusión es una de políticas pú­blicas, es decir, un debate en el que tomamos parte como políticos, no como juristas.<sup>79</sup> En efecto, para Kelsen el ordenamiento jurí­dico no admite la existencia de lagunas, pues todo lo regula o bien positivamente o negativamente. En el derecho no hay lagunas, para decirlo de otra forma, porque que algo no esté regulado *positivamente* por el ordenamiento jurí­dico quiere decir que ha sido expresamente excluido de éste, sea por el constituyente, sea por el legislador. Hablar de lagunas jurí­dicas, entonces, es no otra cosa que comenzar una campaña (política, que considera la falta de esa norma como indeseable) para promover una reforma que termine con una regulación *positiva*.<sup>80</sup>

Ahora bien, que en la teorí­a del derecho no exista esa obligaci3n para el legislador, sin embargo, no nos dice nada de la palabra del Estado empeñada en el escenario de las relaciones internacionales. La incorporaci3n de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, quiero sugerir, sí parece imponer obligaciones al constituyente/legislador. Es decir, una cosa es la política pú­blica de Ferrajoli, otra distinta la obligaci3n internacional del Estado chileno. El énfasis, en este sentido, se ha puesto en la obligaci3n de los Estados-partes de disponer, en beneficio de sus ciudadanos, “de recursos judiciales [...] cuando crean que sus derechos han sido violados”, derechos que, en el contexto de la Convenci3n Americana sobre Derechos Humanos (CADH), incluyen los de corte social.<sup>81</sup> En efecto, los Estados-partes asumen la obligaci3n de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos reconocidos en la CADH, por lo que deben garantizar, a todas las personas, sin discriminaci3n, “el acceso a la administraci3n de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo”.<sup>82</sup> Con todo, la obligaci3n no se cumple de cualquier forma: la obligaci3n se satisface cuando el recurso judicial es idóneo para remediar las violaciones denunciadas, esto es, cuando resulta efectivo en la protecci3n de los derechos –y en la sanción de su violaci3n<sup>83</sup>–.

79 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 254-258 (Roberto Vernengo, trad., Universidad Nacional Autónoma de México, 1982).

80 El mismo Ferrajoli afirma que “los obstáculos son de naturaleza política, y que el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por esto, político [...], la lucha por los derechos y sus garantías”. Lo que Ferrajoli destaca, con todo, es el hecho que los derechos sociales, de ser dotados con garantías primarias, adquirirían la misma forma que los derechos subjetivos tradicionales, pues no es parte de su esencia el no ser justiciables, sino que se trata solo de una decisi3n técnica. Ferrajoli, *supra* nota 74, pp. 64-65.

81 Comisi3n Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia: para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 11 (2007).

82 Íd.

83 Íd., p. 12.

Cuando Chile informó al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en 2003, éste fue uno de los aspectos que el comité objetó con mayor fuerza al reprochar “la escasez de casos judiciales en los cuales se hayan invocado los derechos del pacto ante y para su aplicación, en los tribunales”, y mostró su preocupación “porque algunos derechos económicos, sociales y culturales [...] no son considerados justiciables en el Estado-parte”.<sup>84</sup>

### *¿Ausencia de garantías?*

Si bien la obligación de los Estados-partes está sujeta a estándares del derecho internacional como los que rápidamente mencioné, es importante destacar que aquéllos gozan de un amplio margen de apreciación de los órganos de los tratados. Es decir, los Estados asumen obligaciones que se acotan de acuerdo a determinados estándares, pero cuyos márgenes son aún lo suficientemente amplios como para admitir diversas respuestas que mantienen siempre en pie la discrecionalidad y soberanía estatales. Por lo tanto la pregunta que inmediatamente sigue a las obligaciones internacionales del Estado de Chile –y a la campaña de política pública de Ferrajoli– es cuál es el recurso idóneo y efectivo que mejor tutela a los derechos sociales. No me interesa sugerir la respuesta acá, que por lo demás no tengo.<sup>85</sup> Lo que sí me propongo agregar es que la acción de inaplicabilidad ha venido, desde 2006, perfilándose como ese recurso que puede satisfacer las obligaciones estatales de proveer un recurso idóneo para la protección de los derechos sociales, y recientes decisiones del Tribunal Constitucional parecen confirmarlo.

Una primera advertencia que puede formularse, entonces, es que la acción de protección no es el único mecanismo de tutela para derechos constitucionales. Esto complejiza la discusión actual que suele colocar especial énfasis en el funcionamiento de la acción de protección y en la exclusión de los derechos sociales de su órbita de resguardo –y sin perjuicio de otras formas de litigio que buscan forzar la adjudicación de derechos sociales a través de derechos sí protegidos por la acción, es preciso destacar que el sistema de garantías constitucionales contempla, también, la acción de inaplicabilidad–.<sup>86</sup>

Dicho de otra forma, debemos comenzar advirtiendo que el concepto de garantía trasciende las protecciones de carácter jurisdiccional y que, incluso,

84 Domingo Lovera, *supra* nota 41, pp. 167-168.

85 En *supra* nota 41 afirmé que el recurso idóneo, sobre todo por su (supuesta) sencillez, era la acción de protección (p. 172). En la sección 3 de este apartado avanzaré algunas ideas que me parecen más razonables hoy.

86 Yo mismo, deliberadamente, he puesto especial énfasis en la exclusión de los derechos sociales de la tutela de protección, para destacar el argumento tradicional (sección 2, B.).

dentro de ellas, admite diversas formas –como veremos en la sección siguiente, con especial énfasis en la experiencia sudafricana–. Y ello porque una garantía es aquel “método, mecanismo o dispositivo [que sirve] para asegurar la efectividad de un derecho”.<sup>87</sup> En el esquema de garantías constitucionales chileno ocurre lo mismo, y la acción de inaplicabilidad es, también, una forma de garantía distinta de la acción de protección. Cea, por ejemplo, también insiste en las amplias acepciones del término garantía –descansando fuertemente en Ferrajoli–, aunque se apresura en señalar que de todas las garantías “que configuran una cultura de respeto y promoción de la dignidad y los derechos fundamentales”, sólo una es “estricta y propiamente técnico-jurídica”.<sup>88</sup> Esta última variante se refiere a “conceptos y procesos jurídicos [...] para que, en un proceso justo o debido, o a través de procedimientos sumarísimos y eficaces, otorguen real tutela, preventivamente o *ex post*, al ejercicio de los derechos esenciales”.<sup>89</sup> Cea no está pensando únicamente en la acción de protección, sino también en las fiscalizaciones que lleva a cabo la Cámara de Diputados y la Contraloría General de la República. En ese esquema general y amplio de garantías, por lo tanto, no sólo hay que pensar en la acción de protección, sino en todo el entramado de mecanismos (así de amplio) que se ponen al servicio de la satisfacción de los derechos constitucionales, incluidos los sociales. Las reservas de ley, por ejemplo, son una forma de garantía que adquiere especial fuerza al momento en que se evalúa la intensidad de la regulación administrativa de un derecho cuyo detalle se había dejado en manos del legislador.<sup>90</sup> Lo mismo ocurre con la cláusula del contenido esencial de los derechos constitucionales, que asegura que las regulaciones que el legislador haga de los derechos constitucionales no harán irrealizable el derecho. En ambos casos la garantía gatilla acceso al Tribunal Constitucional y, de prosperar, la nulidad de las regulaciones.

87 Courtis, *supra* nota 10, pp. 196.

88 Cea, *Derecho constitucional*, tomo 2, *supra* nota 38, p. 34-35.

89 *Íd.*, p. 35 (el destacado es de Cea).

90 La tesis actual del Tribunal Constitucional se mueve dentro de una relativa vaguedad que permite afirmar que las reservas legales no proscriben la posibilidad de regulaciones reglamentarias, ni aun en los casos de reserva absoluta. En efecto, como ha señalado de Otto, “la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a todas las normas distintas de la ley, lo que significa también que *el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación* y que no puede remitirla a otras normas distintas, en concreto al reglamento”. Lo que quiere decir es que la reserva legal prohíbe las remisiones normativas genéricas al gobierno que llevarían a concluir que la reserva legal es irrelevante –y con ello su fundamento democrático–. En efecto, “en el campo de las reservas no cabe más regulación que la establecida, en una ley, y el reglamento sólo podrá producirse para completar ésta en cuestiones de detalle que no añadan nada a la normativa legalmente establecida”. Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 151-155 (2001, 8ª reimp.). Sobre el caso chileno, véase Patricio Zapata, *Justicia constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, 531 (2008).

En nuestro país los tribunales asumían que las decisiones relativas a la satisfacción de los derechos sociales se encontraban alojadas en las ramas legislativa y, sobre todo (porque esto decían nuestras cortes), administrativa.<sup>91</sup> Esa tesis respondía, en parte, al hecho de centrar la discusión en la procedencia (o no) de la acción de protección frente a demandas sobre derechos sociales —y pese a su exclusión expresa del amparo de la acción—. Sin embargo, cuando se amplía la noción de garantía, en la forma en que he venido señalando acá, aparecen en el horizonte nuevas herramientas de protección (de garantía) que remueven los cimientos de una discusión que se había prolongado en el tiempo. La acción de inaplicabilidad, por lo tanto, podría pensarse como una forma de garantía, distinta a la de la acción de protección, qué duda cabe, que viene a transformar a una meta social —digamos, un derecho social sin garantía— en derecho. El mismo Ferrajoli pone sobre la mesa diversas formas de garantías a las cuales se podría echar mano para dotar a los derechos sociales de mayor justiciabilidad (como la asignación institucional de cuotas mínimas del presupuesto a utilizar),<sup>92</sup> y Courtis llama la atención sobre las garantías de carácter social (donde los mismos titulares tutelan sus derechos) y garantías institucionales (donde la tutela se pone en manos de una institución de carácter público, sea política, sea jurisdiccional).<sup>93</sup>

El impacto del recurso de inaplicabilidad sobre derechos sociales ha estado recientemente sobre la mesa en Chile. A mediados de 2008 el Tribunal Constitucional restringió a las isapres (instituciones de salud previsional) su facultad de readecuar los precios por los planes de salud, en contra de las personas que alcanzan determinada (y avanzada) edad.<sup>94</sup> Los puntos relevantes que han surgido de la discusión que ha generado esta decisión se mueven entre dos flancos: primero, en el énfasis que puede alcanzar el recurso de inaplicabilidad como garantía de derechos sociales y, segundo, en la legitimidad del tribunal

91 Con mayor detalle se exponen estos argumentos en Jorge Contesse y Domingo Lovera, *supra* nota 33.

92 Ferrajoli, *supra* nota 74, pp. 64.

93 Courtis, *supra* nota 10, pp. 196-197.

94 Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol n° 976-07, 26 de junio de 2008.

para adjudicar este tipo de casos.<sup>95</sup> El segundo no es materia de este trabajo, aunque algo ya he señalado al respecto: reclamar adhesión irrestricta a un proceso político que produce importantes fenómenos de exclusión resulta, en el contexto chileno, una petición de principios.<sup>96</sup>

El primer punto, esto es, el funcionamiento de la acción de inaplicabilidad como garantía, me interesa destacarlo junto con la sentencia. La sentencia del Tribunal Constitucional comienza señalando que los derechos sociales son derechos y no “simples declamaciones o meras expectativas” (Cons. 26°), cuya satisfacción no puede quedar exclusivamente supeditada a las posibilidades económicas del Estado, caso en el cual equivaldría a afirmar que la Constitución se “desactiva” en determinadas circunstancias (Cons. 27°). El tribunal va más allá al afirmar algo que pocas cortes han hecho en la experiencia comparada: que los derechos sociales poseen un núcleo esencial, indisponible por el legislador (Cons. 30°) —que en el derecho internacional de los derechos humanos se denomina contenido básico<sup>97</sup>—.

Uno podrá estar de acuerdo o no con la decisión del tribunal, pero debiera estar meridianamente conteste en asignar a la acción de inaplicabilidad el rol de garantía en lo términos amplios que acá vengo indicando. A fin de cuentas, la recurrente —en el caso en comentario— logró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (en este caso, por ser contrario al disfrute sin discriminación de las acciones de protección a la salud) del precepto relativo a los tramos etéreos sobre cuya base se calcula el monto final a pagar por el plan de salud. El problema, como aparece de manifiesto, subsiste para las omisiones.

95 La crítica, nuevamente, reclama la decisión de estas cuestiones en sede legislativa antes que en el Tribunal Constitucional. Soto, supra nota 13; Libertad y Desarrollo, *Análisis e implicancias del fallo del Tribunal Constitucional sobre isapres*, disponible en [www.lyd.com/lyd/bajar.aspx?archivo=/lyd/bajar.aspx?archivo=/LYD/Controls/Neochannels/Neo\\_CH3799/deploy/TP-879-Analysis%20e%20implicancias%20del%20fallo%20del%20Tribunal%20Constitucional%20sobre%20ISAPRES-25-07-2008.pdf](http://www.lyd.com/lyd/bajar.aspx?archivo=/lyd/bajar.aspx?archivo=/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3799/deploy/TP-879-Analysis%20e%20implicancias%20del%20fallo%20del%20Tribunal%20Constitucional%20sobre%20ISAPRES-25-07-2008.pdf) (Este tipo de decisiones “concede a los tribunales un rol preponderante en la decisión de políticas públicas”); Andrés Amunátegui, “Judicialización de problemas sociales y políticos”, *La Segunda*, 1 de octubre de 2008 (“nos parece que estas herramientas en manos del juez [...] bien pueden desencadenar un gobierno judicial, que no se somete a los frenos y contrapesos del sistema político”).

96 He argumentado que la legitimidad democrática del parlamento es un estado al cual aún no arribamos, pero al cual queremos llegar. La mayor apertura del proceso político puede lograrse con una participación de las cortes que, de lograr el reforzamiento (no virtual, sino real) democrático, sería la semilla que terminaría con las cortes “fuera de la política.” Domingo Lovera, supra nota 15. Atria, por su parte, ha señalado que el sistema binominal impide la expresión política del pueblo. Fernando Atria, 9, *Mensaje*, 585 (2008).

97 Víctor Abramovich y Christian Courtis, supra nota 3, pp. 89-92.

### *¿Qué garantía?: algunas innovaciones*

Las limitaciones anteriores, sin embargo, sea que restrinjan el recurso a las cortes, sea que limiten la satisfacción de los derechos sociales a la disponibilidad de recursos económicos, no han obstado una profusa jurisprudencia en materia de derechos sociales, especialmente en India y Sudáfrica.<sup>98</sup> De acá pueden extraerse importantes lecciones que debieran ser tomadas en consideración.

El argumento central contra la revisión judicial de legislación sobre derechos sociales, hemos visto, consiste en remarcar la legitimidad democrática del parlamento para definir la forma en que queremos gastar los recursos estatales con que cuenta el Estado. Las discusiones e ideas detrás de la aprobación de la Constitución de 1980 más bien enseñan que la satisfacción de las necesidades sociales podían entregarse a los privados a efectos de aliviar la carga fiscal (creando importantes riquezas), de una parte, y de evitar futuros actos de demagogia, de otra. Reconstruyendo ese argumento a la luz de una práctica constitucional que alcanza ya cerca de 20 años, puede insistirse en la legitimidad del parlamento como el espacio abierto y legitimado para adoptar las decisiones relativas a la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.

Lo que he agregado, y en lo que quiero insistir en esta sección final, es que ese argumento adquiere fuerza como tal, dejando de ser solo una petición de principios, cuando se lo acompaña de alguna referencia al sistema representativo dominante. En Chile, hay buenas razones para desconfiar en la legitimidad que el sistema binominal otorga.<sup>99</sup> Que las demandas de parte importante de la población marginada sigan siendo desoídas hace poco también por la legitimidad del mismo.<sup>100</sup> Acá es donde, sin embargo, los tribunales han jugado un importante papel. La experiencia comparada muestra que los Tribuna-

98 P. N. Bhagwati, "Judicial Activism and Public Interest Litigation", 23, *Columbia Journal of Transnational Law*, 561 (1985); Jamie Cassels, "Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?", 37, *American Journal of Comparative Law*, 495 (1989); Philip Alston y Nehal Bhata, "Human Rights and Public Goods: Education as a Fundamental Right in India", en *Human Rights and Development: Toward Mutual Reinforcement*, 242 (Philip Alston y Mary Robinson, eds., 2005); Dennis Davis, "Socio-Economic Rights in South Africa", 5, *ESR Review*, 3 (2004); Sandra Limberg, "Basic Rights Claims: How Responsive is 'Reasonableness Review'?", 5, *ESR Review*, 3 (2004).

99 Patricio Navia, "Principios rectores para una reforma electoral", 68, *En Foco-Expansiva*, 9 (2006); Patricio Navia y Priscilla Rojas, "Representación y tamaño de los distritos electorales en Chile, 1988-2004", 3-4 (Documentos de Trabajo ICSSO, 1, 2005), disponible en [www.udp.cl/icsso/documentostrabajo/julio05.pdf](http://www.udp.cl/icsso/documentostrabajo/julio05.pdf); Daniel Pastor, "Origins of the Chilean Binominal Election System", 14, *Revista de Ciencia Política*, 38, 42-43 (2004).

100 Como dice un amigo, no conozco a nadie que teniendo una buena casa, alimento y ropa crea que los derechos sociales son derechos.

les Constitucionales puede operar ampliando la representatividad del sistema político, ya no sólo virtualmente,<sup>101</sup> sino que en concreto, ya sea generando cambios en el sistema político, ya sea forzando a las partes de una disputa (gobierno/ciudadano) a dialogar.

Sobre lo primero, me interesa insistir que los resultados políticos de la “intromisión judicial” ya no dependen de la intensidad de la misma, sino, cosa distinta, de la forma en que esa intromisión se lea en el parlamento. Una cosa es pensar –con Pilar Domingo– que el recurso a la justicia puede constituir, en ciertos casos, el único mecanismo con que cuentan ciertos sectores de la comunidad para lograr que sus demandas políticas sean procesadas por el proceso de decisiones públicas, transformándose en “una voz institucional para grupos sociales que de otra manera no tendrían acceso al proceso político”.<sup>102</sup> Otra distinta es gatillar –a propósito de la “intromisión”– (i) una revisión de la forma en que quienes están ejerciendo cargos de representación popular y de poder llegan a esos cargos, (ii) una revisión de la forma en que ese sistema opera legislando, y, finalmente, (iii) una nueva discusión de las leyes, esta vez incluyendo a los que estaban siendo excluidos.

La fuerza del argumento descansa, más que en las decisiones de las cortes, en la capacidad del sistema político para iniciar una autoevaluación de la forma en que se encuentra funcionando.<sup>103</sup> La confianza, puede apreciarse, está depositada en la sensatez con que pueda reaccionar el sistema político, antes que en la cruzada personal de algún juez. Ése es el proceso político que opera relativamente bien, y en el que está pensando Waldron cuando rechaza la facultad de revisión judicial de legislación de las cortes: “Asumo, desde esta perspectiva, que las instituciones, los procedimientos y las prácticas de la legislación se mantienen bajo revisión constante, y por lo tanto si se perciben inequidades en la representación que amenazan seriamente con derogar el ideal de igualdad política, se entiende que todos los miembros de esa sociedad pueden realizar esa crítica y lograr que, si se considera necesario, el procedi-

101 Ésta es la tesis de Ely, *supra* nota 15, pp. 82-87.

102 Pilar Domingo, *supra* nota 15, p. 32.

103 El litigio estratégico de interés público, por ejemplo, presenta ejemplos excepcionales en este sentido. En el caso de Chile fueron decenas de recursos de protección presentados por las personas que viven con VIH/SIDA las que llevaron a la administración y al legislador a actuar, reaccionando. Jorge Contesse y Domingo Lovera (*supra* nota 33), p. 157. (Las agrupaciones representadas en esos casos evalúan en los siguientes términos los efectos del litigio: “[Como agrupación de personas viviendo con VIH/SIDA] nos tiene sentados en la mesa con nuestras [entonces] contrapartes más inmediatas, relacionadas con el Ministerio de Salud, es decir, Conasida, directores de hospitales, encargados de programas VIH. [...] Antes no estábamos sentados en la misma mesa, ni siquiera estábamos sentados”. No se ganó ninguno de los casos en la Corte Suprema).

miento legislativo y el sistema electoral sean modificados para remediar las deficiencias”<sup>104</sup>).

Sobre lo segundo, es importante destacar que la legitimidad de las “intromisiones judiciales” puede evaluarse, antes que en un diálogo intrapoderes capaz de activar las cortes, en las que ellas mismas toman parte –muchas veces acotando en demasía las condiciones del mismo<sup>105</sup>– en los diálogos a que sus intervenciones invitan a formar entre gobernantes y ciudadanos.<sup>106</sup> En una reciente decisión, la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió sentar a la mesa a un conjunto de pobladores que buscaban la satisfacción de sus demandas habitacionales, por una parte, y a los representantes de la Ciudad de Johannesburgo, de otra.<sup>107</sup> Acá la corte no actuó como en ocasiones anteriores en que evaluó –porque su Constitución se lo permite– la razonabilidad de las políticas habitacionales,<sup>108</sup> sino que, cosa distinta, decidió incentivar el diálogo entre los involucrados. Sin sorpresa la corte concluyó que los puntos en disputa eran muchos menos que los planteados al comienzo del litigio. El análisis posterior ha mostrado que una decisión se este tipo disminuye la “intromisión judicial” en las discusiones legislativas, ampliando la participación y manteniendo la decisión final en las autoridades políticas,<sup>109</sup> que esta vez sí escucharon a quienes iban a ser (directamente) afectados por sus decisiones.

## Conclusiones

La pregunta relativa a la constitucionalización de los derechos sociales suscita niveles distintos de debate. Uno se refiere a su reconocimiento (¿deben incluirse derechos sociales en las Constituciones?) y otra, distinta, como hemos

104 Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115, *The Yale Law Journal*, 1346, 1362 (2006).

105 Estoy pensando en cortes que fijan plazos para la discusión de reformas legislativas, o que establecen verdaderas pautas de trabajo par alas legislaturas. Ejemplos abundan.

106 Para decirlo de otra forma, desde el punto de vista de la legitimidad democrática que otorga a la voluntad popular mayor fuerza en las decisiones, no es lo mismo una decisión luego de la deliberación entre poderes del Estado que una decisión alcanzada luego de (alguna forma) forzar a los poderes a mirar al pueblo. Allan Hutchinson, “Judges and Politics: An Essay from Canada”, 34, *Legal Studies*, 275, 282-283 (2004). (“Presenting judicial review as part and parcel of a democratic dialogue merely underlies the extent to which democracy has become a caricature of itself. An elite and stilted conversation between the judicial and executive branches [...] is an entirely impoverished performance of democracy”).

107 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Occupiers of 51 Olivia Road v. City of Johannesburg*, 2008 (3) SA 208 (CC) (S. Afr).

108 Como hizo en *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom*, 2000 (1) SA 46 (CC) (S. Afr).

109 Brian Ray, “Occupiers of 51 Olivia Road v. City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through ‘Engagement’”, 8, *Human Rights Law Review*, 703 (2008).

visto, a su efecto en las sistemas constitucionales que los reconocen (donde importa, digamos, la fuerza con que se los reconoce). No son iguales los sistemas que establecen garantías jurisdiccionales para lograr (forzar) su satisfacción, aunque la experiencia comparada enseña distintas formas de impacto que las decisiones judiciales pueden tener en los procesos políticos que todos aspiramos a que sean los que definan, en última instancia, sobre la satisfacción de los derechos.

En este trabajo he explorado las razones que estarían tras el modelo de reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución de Chile. He sugerido que, prestando atención a un concepto más amplio de garantías judiciales, uno que no sólo preste atención a la acción de protección (el fetiche del derecho constitucional chileno), el escenario es mucho menos catastrófico de lo que suele afirmarse. El Tribunal Constitucional, decidiendo un recurso de inaplicabilidad, ha predicado con el ejemplo.

En este sentido la sensatez del sistema constitucional parece depender de dos niveles de decisiones: las institucionales y las personales. Respecto de las primeras, un sistema de revisión judicial es sensato, por ejemplo, cuando la decisión de anular leyes va acompañada de un (sensible) impacto político. Ahora, ese impacto no depende exclusivamente de nuestra versión de la legitimidad democrática, sino que se trata de una decisión adoptada en la misma Constitución sobre las consecuencias específicas que esa nulidad —que se determinarán en cada modelo— trae para el Poder Judicial y el parlamento. De otra parte, el modelo demanda, también, sensatez de las decisiones personales. Es decir, no es irrelevante lo que el juez piense sobre el sistema de revisión judicial. Se ha sugerido que en el caso de *Occupiers of 51 Olivia Road* los jueces decidieron como decidieron “para sacarse un problema de encima”. Puede ser cierto. Pero el impacto de esa decisión personal a nivel institucional —que no habría sido el mismo si los jueces pensaran que ellos pueden definir valores fundamentales del sistema político— es innegable.

# Comentarios de Lucas Sierra, Eduardo Aldunate, Jorge Correa Sutil y José Francisco García<sup>1</sup>

## Derechos sociales en la Constitución

Lucas Sierra

*CEP-Chile y Universidad de Chile*

El artículo de Domingo Lovera se refiere a una cuestión importante y está bien escrito. Pero debe hacerse cargo más explícitamente de los desafíos que la propuesta por derechos “sociales” plantea. Por lo pronto, debe partir por justificar el uso de la expresión “derechos” para referirse a algo que puede llamarse, con toda facilidad, objetivos de la comunidad política.

Justificado esto, el texto debería hacerse cargo de las consecuencias institucionales de la propuesta que hace por derechos “sociales”. El artículo parece lamentar el hecho de que los derechos sociales que tendría la Constitución vigente (que no se especifican muy bien cuáles son) no tienen la tutela del recurso de protección. Pero sí tendrían la tutela del Tribunal Constitucional por las vías de la inaplicabilidad y de la inconstitucionalidad. Por suerte, sugiere el texto.

El texto parece querer la existencia y expansión de los derechos “sociales”, y ve en el control jurisdiccional una vía para hacerlo. Antes de decir esto, sin embargo, no se hace cargo de la anomalía democrática que necesariamente envuelve la revisión judicial, por su carácter contramayoritario. La anomalía democrática no es un obstáculo insalvable: se puede valorar la democracia y, al mismo tiempo, pensar que un cierto control contramayoritario se necesita y justifica. Sostener ambas cosas implica distinguir entre democracia (como la regla de mayoría) y estado de derecho. Lo que no me parece correcto, y creo que el texto incurre en esto, es proceder como si la revisión judicial fuera

<sup>1</sup> El comentario de Lucas Sierra se realizó en el marco de la serie de talleres ICSO-UDP sobre reforma constitucional de 2009. El resto de las presentaciones se hicieron en el seminario “¿Una nueva Constitución para la República?”, organizado por ICSO-Universidad Diego Portales y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y auspiciado por la Fundación Böll y el Instituto Igualdad. 24 de agosto de 2009.

aprobática desde el punto de vista de la democracia, es decir, como si no fuera anómala.

La necesidad de hacerse cargo de esta anomalía es dos veces más necesaria en Chile, donde la práctica jurisdiccional respecto de la Constitución ha sido, y sigue siendo, más que discutible. Conocido es el efecto “vulgarizador” que ha tenido el recurso de protección en manos de los tribunales ordinarios, sobre todo en la década de los años 1980 y 1990. Y también nos hemos enterado del carácter expansivo y activista del poderoso Tribunal Constitucional, especialmente tras la reforma constitucional del año 2005. Este tribunal ha sido poco deferente con la voluntad mayoritaria, en circunstancias que cualquier órgano de revisión judicial debería ser deferente por principio. Un caso paradigmático fue la inaplicabilidad que declaró del art. 2331 del Código Civil, leyendo en la Constitución el mandato de que las imputaciones injuriosas deben ser indemnizadas tanto cuando se pruebe por el afectado daño emergente o lucro cesante (que es lo que dice la regla del Código Civil) como cuando no lo pruebe (daño moral). Y decidió esto, que amarra a futuro las manos del legislador democrático respecto de la responsabilidad asociada a la libertad de expresión, sin atender al hecho de que, cuando establece reglas de responsabilidad, la Constitución lo dice expresamente (indemnización por error judicial, por ejemplo, o indemnización por actos expropiatorios ilegales). Y si la Constitución guarda silencio, como en el caso que tuvo a la vista el Tribunal Constitucional, lo correcto hubiera sido decidir que se trata de una materia entregada al legislador democrático.

El texto dice, con razón, que esgrimir la importancia del legislador democrático sin constatar los problemas de representación que tiene nuestra democracia equivale a “desde ningún lugar”. Pues bien, apelar a la revisión judicial sin hacerse cargo de la anomalía democrática, y sin hacerse cargo de la harto anómala anomalía democrática que exhibe nuestra práctica jurisdiccional, equivale, claramente, a hablar “desde ningún lugar”.

Ahora un par de comentarios más puntuales.

El texto parece asumir que ha habido un proceso de “incorporación nacional” de los derechos “sociales”. ¿Ha sido tal? ¿Cómo se condice este proceso de incorporación con el supuesto “clima antiolecionista” que habría habido durante la redacción del texto original de la Constitución vigente?

Respecto de este “clima”, vale la pena reparar en el hecho de que el clima imperante a lo largo de la primera redacción de la Constitución imperó una idea “orgánica” respecto del orden social, y no la idea asociativa, que es más

propia del liberalismo y del mercado. ¿Cómo se concilia esta idea “orgánica” de la sociedad con el “anticolectivismo” que acusa el capítulo de Lovera?

No queda claro del todo claro si la actual Constitución consagró o no derechos sociales. Se da la idea de que algo hizo, pero que buena parte de todo se debe a decisiones jurisdiccionales. Si hay un “modelo de reconocimiento” especial, como sostiene el texto, se debería empezar por caracterizarlo.

## ¿Cuántos derechos resiste la Constitución?

Eduardo Aldunate

*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

Si por Constitución entendemos simplemente un documento escrito que, en una visión ingenua, definimos como nuestro orden jurídico supremo sin más cuestionamientos, la respuesta a la pregunta de cuántos derechos resiste una Constitución podría darse de manera sencilla. Una Constitución así entendida resiste o soporta todos los derechos que queramos.

De hecho, esta respuesta podría darse a una audiencia que comparta esta visión de la Constitución, que opino es la que se ha venido instalando en el último tiempo, visión que se evidencia en las frecuentes reformas de bagatela —a veces sin necesidad,<sup>2</sup> a veces sin ninguna aplicación práctica<sup>3</sup>— y en el manejo del constitucional texto como pretexto para construcciones jurisprudenciales sobre la base de “principios” o “valores”, y en que se llega a afirmar la existencia de derechos “implícitos”; dudo mucho que lo que llamamos “carta fundamental”, hoy, sea algo más que un texto al que le otorgamos una carácter supralegal cuya normatividad manejamos de manera obsecuente con la realidad política.

Si a alguien le queda alguna duda de a qué me refiero, hago solamente referencia a la vigencia o alcance efectivo del mandato del art. 1º i. V de la Constitución relativo al deber del Estado de asegurar el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, y al art. 19 nº 10 en lo relativo al contenido normativo propio o autónomo, directivo en término de

2 La reforma al art. 19 nº 10 de la ley 20.162, en la parte que se refiere al deber de promover la educación parvularia, deber que ya se encontraba contenido en el inciso penúltimo del numeral, ya antes de la reforma.

3 La reforma que introduce el artículo 126 bis de la carta.

decisiones políticas en general y legislativas en especial, que pueda atribuirse al *derecho* a la educación. Incluso en cuestiones que parecen absolutamente obvias en el campo de los derechos, como el que la libertad de enseñanza como derecho constitucional garantizado *a cada persona* pueda ser circunscrito por la ley a las personas jurídicas y al Estado como agencia educativa sin mayor objeción –ni jurídica ni política en el debate público–, digo, en cuestiones que parecen absolutamente obvias, la Constitución no parece realmente ser un hito que despliegue una verdadera fuerza directriz sobre las decisiones del proceso político. Pensemos sólo en el individuo que tras recibir su remuneración mensual de salario mínimo por jornada completa de trabajo da con el texto de la Constitución, por casualidad, y se entera de que tiene derecho a una “justa retribución”. No de mercado, no de decisión política: justa. Para el ciudadano culto no jurista existirá, las más de las veces, la tentación de apreciar muchas disposiciones constitucionales como pura poesía. Por lo mismo, podemos incluir en ella lo que queramos; nuestra carta, más que expresiva de nuestras decisiones políticas fundamentales, parece serlo de nuestro carácter nacional bien expuesto en el hecho de que, de todos los premios Nobel que existen, sólo tengamos distinciones en literatura, y ambas no para narradores, sino que para poetas.

En este contexto, en esta comprensión de la Constitución como un texto con carácter de fuente supralegal y calidad de promesa normativa abierta al futuro, si queremos hacer de nuestra Constitución una magnífica Constitución lírica, personalmente respondería a la pregunta de este panel con aquel tradicional dicho de campo: “entre ponerle y no ponerle, ¡mejor ponerle!”. Plasmemos en la Constitución todos los derechos. ¿Qué mal habría en no dejar a todos contentos, en no escribir allí todo lo que queremos?

Claro está que a este análisis se le podría calificar de poco serio. La verdad es que muy en el fondo de la teoría constitucional no lo es, pero de todos modos quisiera hacerme cargo de este eventual reproche. Precisaré, entonces, que la pregunta sobre cuántos derechos resiste nuestra Constitución en realidad se resuelve en una pregunta sobre qué tipo de Constitución queremos; y con esto no me refiero a qué contenido queremos darle a la Constitución, o que origen ella debiese tener. Me refiero más bien a dos alternativas en que este artefacto cultural puede ser usado en la sociedad.

La primera de ellas es la que he esbozado en el párrafo precedente. Se trata de una Constitución lírica en que el texto constitucional contiene ciertas promesas que, asumimos, pueden quedar incumplidas sin mayor problema. Tanto es así que el mismo texto empieza a hacerse cargo de esto cuando, por

ejemplo, establece ciertos principios y luego desplaza no ya su concreción normativa, sino que el alcance de su propio contenido, a la ley. Es lo que sucedió en el pasado con la descentralización, en la modificación al art. 3 CPR (en que el contenido imperativo de la fórmula original “la ley propenderá...” da paso a un precepto que en realidad sólo distribuye la atribución competencial sobre el instrumento de concreción de la descentralización y la desconcentración: “la administración del Estado será [...] descentralizada o desconcentrada en su caso [...] en conformidad a la ley”). Y ya desde su incorporación a la Constitución, con el principio de publicidad, en el cual la estructura de las excepciones contempladas permite afirmar que el contenido normativo de este principio no se construye a partir de la Constitución, sino que lo hace esencialmente desde la ley.

Ahora bien, cuando me refiero al carácter lírico de la Constitución no me refiero a una eventual distancia entre la “realidad” y la “norma”, sino que simplemente al hecho de que el texto constitucional, en contra de lo que pudiera pensarse, no es un elemento del debate político y jurídico al momento de la adopción de las decisiones públicas. Para ser más preciso: lo es en un sentido muy limitado, como explicaré casi de inmediato.

Tampoco se trata aquí de la categoría teórica de las Constituciones o disposiciones “nominales”, ya que, llegado el caso, son convenientemente “recordadas” por el órgano de justicia constitucional y activadas, eventualmente con mucha fuerza (basta recordar el caso Silvia Peña, rol 976 del Tribunal Constitucional, y posteriores casos de similar contenido). Pero: *ad libitum*, como las cadencias del solo en los conciertos de instrumento y orquesta. En una Constitución así, podemos incluir tantos derechos cuantos queramos, bajo las siguientes premisas: a) es bueno y bonito que estén allí; b) no nos preocupan demasiado, ya que podemos considerarlos o no, según el caso, y c) eventualmente el órgano de justicia constitucional les dará un mayor o menor contenido, lo que no es tan terrible porque, en la práctica, podría llegar, si quisiese, al mismo resultado, *sin* esos derechos, o a otro resultado *con* esos derechos en el texto de la Constitución.

La característica de esta Constitución lírica es que se mueve en un muy reducido ámbito de existencia normativa. Quizás resulta relevante en una u otra discusión parlamentaria, en algunos casos para justificar ciertas decisiones judiciales (constitucionales), y nos lleva, en el plano académico, a entretenidos e intensos debates. Pero, al menos en Chile, no es una Constitución de la República. O, dicho en términos inversos: la Constitución no es cosa del pueblo. Primero, casi nadie la conoce. Segundo, de los pocos que puedan conocer-

la, menos aun la valoran políticamente. No digo morir por la Constitución, pero creo que hoy son muy pocos los ciudadanos dispuestos a movilizarse políticamente por defender su Constitución (como tal, y no por determinada posición política o interés para el cual se argumenta el apoyo de la Constitución). Éste no es un problema de la Constitución, si se quiere, sino del sistema político como sistema que se pretende constitucional, pero al cual el concepto y concreción de la Constitución contribuyen de manera importante.

Una alternativa a la Constitución lírica es una Constitución que sirve efectivamente de base para la institucionalización del poder político. Ello, en lo jurídico, implica que el texto es el punto de partida (siempre y sistemáticamente) para la construcción normativa de las respectivas reglas, y en lo político implica que constituye el criterio de legitimación del poder. Se limita a expresar el acuerdo que disciplina el proceso político y lo mantiene al margen del uso de la fuerza. En esta alternativa de Constitución política –y no en balde el adjetivo, entonces–, la Constitución aporta un recurso de legitimación a la autoridad, que será legítima en la medida en que cumpla con la Constitución: no en la medida en que dé, a todos, todo lo que quieren. Y, por lo tanto, la Constitución de este concepto no puede darse el lujo de ser simbólica o excesivamente generosa, porque cualquier generosidad excesiva, cualquier promesa que pueda quedar incumplida, será precisamente disfuncional.

Podrá argumentarse que éste es un concepto muy reducido de Constitución, y estaría plenamente de acuerdo con ello. Porque uno de las grandes dificultades de la teoría de la Constitución es tratar de explicar que su carácter normativo no se demuestra o pone a prueba en las situaciones de normalidad –donde la legitimidad de la autoridad puede reposar en el mayor o menor éxito de las políticas públicas, en el mayor o menor grado de legitimación democrática que puedan tener, etcétera–, sino en aquellos casos donde el conflicto político sólo se detiene ante la voluntad de los agentes de no romper la Constitución. Y, para ello, el capital de legitimación constitucional ha de ser alto, o sea, la pérdida política por la ruptura constitucional debe ser de gran costo para quien decida emprenderla. Ello sólo se logra con una Constitución que ha echado raíces en la convicción racional e incluso emotiva de la ciudadanía. Y para lograr ello no basta que la Constitución sea una bella declamación de nuestros deseos y aspiraciones. Tampoco basta que sea el resultado de un proceso llamado “verdaderamente” democrático o “participativo”, del Bicentenario o de nueva Constitución, si se quiere. Por la sencilla razón de que, si ese proceso fuese verdaderamente democrático, lo más probable es que condujese a la imposibi-

lidad de adoptar una Constitución, o abriese la puerta a una Constitución más poética o de compromiso (para dejar a todos satisfechos).

Lo que hace valorable una Constitución en el *ethos* de un pueblo es que parte significativa de la ciudadanía pueda identificar, en ella, un instrumento de su estatus en la comunidad, un elemento valioso. Y esto no se produce en primera línea por el cumplimiento de los preceptos de naturaleza orgánica, sino por el de aquellos que configuran y protegen nuestro estatus en la comunidad política en el más amplio sentido (comprensiva de la dimensión social, cultural, jurídica, económica, etcétera). Si una Constitución consagra aquella discreta cantidad de derechos que efectivamente representan algo, que eficazmente se concretan en el plano jurídico y político, y a su vez, si los individuos identifican que esos derechos que les son caros provienen o arrancan de la Constitución, podríamos sostener que esa Constitución se ha enraizado en ese pueblo y en esta dimensión se torna, en un sentido propio, Constitución política.

Una Constitución promisoría, de múltiples derechos y garantías incumplidas, difícilmente logrará esto. Pero existe además otra razón para rechazar una “recarga iusfundamental” de la Constitución, una razón de lógica elemental: del universo de derechos posibles, mientras más sean destacados y ensalzados como fundamentales, menos relevante se torna dicha calidad. No quisiera llegar a ver el día en que un derecho pueda ser más raro y quizás más valorado por no estar en la Constitución que por estar dentro de ella.

En conclusión: a la pregunta de cuántos derechos soporta una Constitución, respondería que depende del tipo de Constitución que queramos. Si queremos una Constitución que nos proporcione una satisfacción estética y una conciencia tranquila de cuán buenos somos en nuestras aspiraciones, como doctor recetaría: *plurimoe iura*. En cambio, si se busca una Constitución política que cumpla su función como tal, debiésemos procurar que en ella sólo estuviesen aquellos derechos que son fundamentales, no por su ubicación en la Constitución, sino por su especial trascendencia; y que sean aquéllos cuya satisfacción y plena vigencia podemos asegurar a todos los ciudadanos como derechos significativos en su vida cotidiana.

Una cuestión distinta, y que dejo abierta, porque la pregunta iba dirigida a *cuántos* derechos resiste la Constitución, y no a *qué* derechos resiste la Constitución, es si quienes propician un proceso constituyente democrático para una *nueva Constitución* están realmente dispuestos a asumir el elenco de derechos que podría resultar de él, presumiblemente bastante distinto a aquél en que actualmente nos gozamos en nuestras discusiones académicas.

# Constitución política y derechos económico-sociales

Jorge Correa Sutil

*Universidad Diego Portales*

Yo entiendo que un comentarista es más un atizador del debate y, por lo tanto, voy a escoger el trabajo con el que menos estoy de acuerdo. Quisiera señalar que estoy muy de acuerdo con lo planteado por Eduardo Aldunate y, en general, muy en desacuerdo –a pesar de que al final creo que nos podemos encontrar– con el trabajo de Domingo Lovera; por lo tanto, voy a escoger más bien las críticas a éste.

Quisiera ilustrar lo que señalaba Eduardo Aldunate con un ejemplo: el problema de esas declaraciones líricas e irrelevantes que suelen incorporarse a la Constitución, y él da como ejemplo algo que yo comparto. El ejemplo del debate sobre educación parvularia es demostrativo de este tema. Estudié la historia de esa reforma, y claro, son 181 páginas con las sesiones respectivas de las comisiones de Constitución, de las salas, de la comisión mixta, en un tema tan importante que el Ejecutivo se hizo representar en la oportunidad en la comisión mixta por el jefe de la División Jurídica del Ministerio de Educación. Cuando la ministra de Educación asistió a la discusión final en la comisión mixta, señaló que esto era muy importante porque estaba de acuerdo con la política de gobierno, pero que había que tener cuidado porque dicha reforma se oponía a la ley orgánica constitucional, y aquello se corrigió. Eso es en definitiva lo que puso las cosas en su lugar. Lo que era importante para la educación parvularia, que es central para el goce democrático, era la política que había seguido el gobierno y la ley orgánica constitucional, pero fue una de las reformas constitucionales que no le agregó, sino un cierto piso político retórico a un impulso que el gobierno ya tenía.

No concuerdo con Aldunate, sin embargo, en que podamos clasificar así a toda la Constitución. No me parece que uno pueda decir que toda la Constitución es de un lirismo irrelevante, en la medida en que uno se mueve hacia sus aspectos orgánicos e incluso hacia algunos de los derechos fundamentales, en los que yo creo que la Constitución sí tiene capacidad de gobernar la acción política.

Cuando se escoge un Presidente, a un presidente de la Corte Suprema o a parlamentarios, la Constitución define la actividad política en el país, y en esos casos, cuando se invoca la Constitución, se acaba la discusión. Pero esta discusión

no se acaba cuando uno invoca cuestiones en la forma en que están consagrados los derechos económicos y sociales, y creo que es vital que aquello cambie.

Me referiré al texto de Domingo Lovera. Él simpatiza con la idea de incorporar los derechos económicos y sociales, porque son –sostiene– precondiciones de la democracia, y nos hace ver que con hambre, frío o dificultades económicas no se puede participar adecuadamente de la democracia. Quisiera indicar que estoy completamente de acuerdo con eso. Pero luego Domingo Lovera hace un salto lógico que a mí me parece que no se justifica, y dice que, consagrando en la Constitución aquello de lo cual debemos gozar para tener una mejor democracia, logramos ese objetivo de mejor manera.

Yo creo que no es así, y no es así porque lo que está en discusión ahora es el efecto que eso produce si lo incorporamos en la Constitución, a menos que lo tomemos simplemente como normas programáticas que se pueden judicializar, o sea, se puedan invocar en tribunales y exigir. Eso es lo que me parece que Lovera postula y con lo cual yo creo que tiene mucho más problemas que con el goce de los derechos económicos y sociales, con lo cual estoy absolutamente de acuerdo. Él nos pone, siguiendo a Sustain, el ejemplo de la educación, y yo creo que ese es un muy buen ejemplo.

La educación es una precondición básica de la igualdad y del civismo que hace posible la democracia, pero ¿cómo se construyó la educación en Chile? Se construyó primero con la Constitución de 1833, que decía algo tan irrelevante como “el Estado propenderá a...”. No creo que eso haya hecho que la educación haya sido cada vez más igualitaria en este país. Segundo, se discutió con una ley propugnada por Manuel Montt en el Congreso con mucha fuerza, donde pidió que se reconociera como un derecho a la educación, y lo perdió. Antonio Varas se opuso a él diciéndole: “Mire, si usted lo pone como derecho, la gente va a empezar a pedir otras cosas. Esto está medio peligroso”. Y uno de los parlamentarios, en una frase que yo creo que representa muy bien esto de los derechos, le indicó: “Mire, es que la ley va a perder toda su poesía si le sacamos eso”. Claro que iba a perder la poesía, y Manuel Montt perdió aquella batalla y la ley perdió su poesía.

¿Pero que se logró? Logró que se consagraran deberes al indicarse que la educación debía ser gratuita; que allí donde hubiera veinte mil hombres o mujeres, curioso para la época, debía haber un liceo, y debía haber dirección estatal, y éstos son los instrumentos orgánicos que hicieron posible, junto con el compromiso político, que en este país se desarrollara una educación que yo creo que se desarrollaba bien hasta hace poco. No fue la Constitución la que hizo que se desarrollara bien.

No es la reforma constitucional lo que hace que tengamos una buena educación o que estemos impulsando con fuerza la educación parvularia. Depende de la ley orgánica y depende del compromiso político. Si queremos saber si es bueno judicializar, entonces el argumento, creo yo, Domingo [Lovera], es que si queremos gozarlo es precondition, pero no significa que debamos consagrarlo constitucionalmente.

Continuemos con el ejemplo de la educación. Para decir que a ti te satisface la judicialización tendrías que decir que lo que han hecho los tribunales con la educación ha sido bueno. ¿Qué han hecho los tribunales con la educación en el último tiempo? Han permitido que no se expulsen alumnos de las universidades entre 1973 y 1990. Yo lo asumo, por lo menos, como muy bueno. Entre el año 1990 y el 2004, más o menos, evitó algunas expulsiones de niñas embarazadas y algunos estudiantes que asistían con el pelo muy largo al colegio, y eso también lo considero muy bueno. Pero en esas dos oportunidades no era el derecho a la educación lo que estaba en juego, era la discriminación y era la percepción pública.

Los mismos viejos derechos liberales, de aquellos pocos que reclama Eduardo Aldunate, yo creo que son los que al final constituyen un orden político posible y más democrático. Para decir que es bueno que estén judicializados tendrías que apoyar la tesis de lo que ha hecho el Tribunal Constitucional con el derecho a la educación y con la libertad de enseñanza desde el año 1980 hasta la fecha, y yo creo que no ha sido positiva aquella vía. Ése es el efecto de judicializar el derecho a la educación en la Constitución.

Luego Domingo Lovera nos dice “bueno, pero es que retornar estas cosas al debate político y parlamentario y no a los tribunales implica hacerlo desde ninguna parte, porque es desconocer las desigualdades que se dan en el proceso político, donde los pobres y los marginados no tienen espacio para la política”. Muy bien. Pero la crítica de Lovera es igualmente desde ninguna parte cuando se refiere a los tribunales. Lo que van a hacer los tribunales con los derechos económicos y sociales es lo que tu tendrías que defender, no lo que idealmente podrían hacer. Y yo creo que aquí hay dos planos en los cuales uno podría observar el tema. Uno es el plano internacional, y ahí yo comparto con Domingo que eso es, en general, salvo en los planos de la irrelevancia, bastante beneficioso, porque lo que hacen los tribunales internacionales es interpelar al Estado, obligarlo a contestar y, en el mejor de los casos, obligarlo a cambiar su política, pero lo que debe hacer un tribunal nacional con un derecho económico y social no es eso, es imponerle una solución.

Estoy siendo injusto, a lo mejor, con el trabajo de Lovera. Él tiene un ejemplo, el fallo de Silvia Peña en el Tribunal Constitucional. Nos dice que allí el tribunal

predicó con el ejemplo. Pues bien, yo tomo otro ejemplo, yo fui disidente en ese caso, pero antes de referirme a ese fallo quiero volver a recordar la razón por la cual Lovera y probablemente muchos de ustedes creen que deben incorporarse los derechos económicos, sociales y culturales a la Constitución con fuerza, porque ellos son una precondition de la democracia, porque su judicialización, nos dice Lovera, es un camino para igualar un debate público que está muy desigual.

Miremos con esta óptica entonces el fallo de Silvia Peña. Una isapre (empresa privada de salud) tuvo que evitar alzar el precio de las cotizaciones en un caso. Pero lo que ocurre es que en las isapres están afiliados el 12, el 15, les concedo el 20% de los más ricos del país. Ése es el debate en el caso de Silvia Peña. ¿Quién va a pagar lo que no va a pagar Silvia Peña? No lo van a pagar los dueños de las isapres; lo van a pagar los otros ricos que también están en la misma isapre y a los cuales les va a subir el precio proporcionalmente. ¿Quiénes van a ganar? Aquellos que judicializaron el problema, y pierden el resto de los ricos. ¿Silvia Peña va a poder participar mejor en el debate democrático? ¿Se ha logrado un debate democrático de mayor calidad? No, no se ha logrado, y ése es el único ejemplo que podría darse, justo aquel con el cual se predica con el ejemplo, del triunfo de haber puesto derechos económicos y sociales en la Constitución, ese es el resultado.

El ejemplo entregado por Lovera en su capítulo demuestra con claridad que cuando se abren los canales judiciales el proceso puede ser tanto o más desigual que el proceso político, porque los que llegan ahí no son los hambrientos o los que tienen frío, o quienes no pueden participar en el debate político, sino los que llegan típicamente son, sobre todo y privilegiadamente, los ricos, quienes también tienen una sobrerrepresentación en el debate político y en el debate judicial.

Quiero terminar concordando con Lovera en sus propósitos y, de alguna manera, en su estrategia. Hay una cita de Domingo que quiero destacar y compartir: “Asumo, desde esta perspectiva, que las instituciones, los procedimientos y las prácticas de la legislación se mantienen bajo revisión constante y, por lo tanto, si se perciben inequidades en la representación que amenazan seriamente con derogar el ideal de igualdad política, se entiende que todos los miembros de esa sociedad pueden realizar esa crítica y lograr que, si se considera necesario, el procedimiento legislativo y el sistema electoral sean modificados para remediar las deficiencias”. ¡Bien! Pero entonces lo que tenemos que remediar son deficiencias en el sistema electoral, que no está en la Constitución. Tenemos que abocarnos al problema de la ley de partidos políticos y de la ley de elecciones. Allí están los problemas. No digo que en la Constitución no los haya, los superquórum y otras cosas que son complicadas;

los problemas no están en los derechos económicos, sociales y culturales.

Si queremos corregir ese proceso tenemos que darle a un tribunal la posibilidad de revisar procedimientos, pero no resultados. Procedimientos para saber si se oyó a un grupo determinado al hacerse la legislación, procedimientos que transparenten los argumentos, procedimientos que transparenten el lobby, procedimientos que transparenten para que la política mejore. Pero son procedimientos, no son resultados.

Yo diría que el procedimiento político tiene desigualdades suficientes para que busquemos fórmulas de poder escrutarlo y, sobre todo, para poder hacerlo cada vez más transparente. Eso puede requerir revisión judicial sobre los procedimientos, sobre la no discriminación y sobre la transparencia de la distribución de los derechos económicos y sociales, pero que se haga sobre resultados no garantiza correcciones. Puede, como lo prueba el único fallo invocado, empeorar las cosas.

En suma, me parece que debemos aceptar, primero, que los derechos sociales no son caridad sino deberes, por el que el Estado debe poder ser interpelado en el foro político y limitadamente en el foro judicial. En el foro internacional sí, porque me parece que allí no se imponen soluciones, sino que se obliga a volver a discutir el tema; y en el plano nacional en materia de procesos, de no discriminación y de transparencia, o sea, los viejos derechos civiles de primera generación que yo creo que deben estar, y muy fuerte, en la Constitución. Pero si los tribunales nacionales se arrogan la posibilidad de corregir con medidas coercitivas el resultado de la política en materia de derechos económicos y sociales, el remedio puede ser mucho peor que la enfermedad, porque son igualmente desiguales los tribunales que el proceso político, son especialmente inaptos cuando se trata de distribuir beneficios —no sólo por los costos económicos que tiene, sino porque creo que los abogados no somos buenos para aquello—, y porque debilitan profundamente el proceso político al sustituirlo, y hacen que luchas que deben darse necesariamente en el plano político en definitiva se den en tribunales.

# Subsidiariedad y derechos económicos, sociales y culturales

José Francisco García  
*Universidad del Desarrollo*

Se está generando un interesante debate en Chile respecto de la naturaleza y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), impulsado tanto por el fallo del Tribunal Constitucional “Isapre”,<sup>4</sup> y con mayor razón por “Isapre 3”,<sup>5</sup> como asimismo por la propuesta del senador Eduardo Frei, que busca ampliarlos y profundizar el impacto de los existentes.

En general la cuestión de los DESC y su exigibilidad ha sido poco desarrollada entre nosotros, a diferencia del derecho comparado. Destacan los trabajos de Martínez o Atria, y más recientemente las investigaciones de Figueroa. En éstos se ha analizado si existe una identidad común entre derechos civiles y políticos y los DESC, el momento histórico en que aparece cada uno de ellos, y los problemas respecto de su justiciabilidad: legitimidad democrática, competencia institucional y aspectos presupuestarios.

Y es que este debate está inserto en uno mayor no resuelto y en constante estado de agitación entre nosotros: definiciones colectivas sustantivas respecto del rol del Estado en la sociedad y cómo ello debe quedar plasmado en la Constitución.

En este sentido, la jurisprudencia del TC sobre isapres me parece atractiva, no por los efectos concretos que ha tenido en materia de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC en Chile (que han sido escasos o nulos), sino precisamente porque han generado un espacio para tomar definiciones respecto de los DESC, definiciones que al final del día están vinculadas con nuestra noción sobre el rol del Estado en la sociedad y también al rol de la Constitución.

Un buen marco de análisis, un punto de partida, para reflexionar sobre estas definiciones, pareciera estar radicado en el capítulo I de la Constitución de la República sobre bases de la institucionalidad. En la actualidad, y a pesar de las controversias en esta materia, resulta difícil desconocer que el principio de subsidiariedad está jugando el rol de principio rector y articulador de las relaciones entre individuo-sociedad/mercado y Estado.

Bajo este escenario, y dado el marco constitucional actual, la cuestión acerca de los derechos que resiste nuestra Constitución me parece que pasa por

4 STC rol n° 976-07 de 26 de junio de 2008. Requerimiento de inaplicabilidad del artículo 38 de la ley de isapres.

5 STC Rol N° 1218-08 de 7 de julio de 2009.

precisar los reales alcances y limitaciones del principio de subsidiariedad. Esto lo digo no para evadir la invitación central de este seminario, discutir acerca de la conveniencia o no de una reforma constitucional profunda, sino para poner en evidencia la coexistencia de dos visiones sobre la misma entre quienes la defienden: dura/restrictiva versus blanda/extensiva, y las consecuencias que de ello podría derivarse respecto de los planteamientos de los opositores de dicho principio.

En definitiva, me interesa dilucidar si el camino que abre el caso “Isapre”: (a) implica apartarse de una larga tradición de subsidiariedad entendida en su sentido duro/restrictivo, por lo que los fallos del TC la desnaturalizan o interpretan abusivamente, sirviendo de excusa para el “activismo judicial” (uso de las sentencias para la reforma social); o (b) implica activar un Estado Social de Derecho latente o en hibernación que siempre ha estado presente en la Constitución, compatible con un Estado de Bienestar y empático respecto de la exigibilidad de los DESC.

Aunque suene paradójico, después de “Isapre” la discusión acerca de los DESC parece estar construyéndose sobre la base de la subsidiariedad, y no contra ella.

### **El problema de la subsidiariedad**

Se trata de una adaptación sui generis en nuestro país. Existen dos versiones: una dura o restrictiva versus una blanda o extensiva. En la versión dura/restrictiva de la subsidiariedad, está formulada como contención de los tentáculos estatales sobre esferas de autonomía. Implica el desarrollo en materia de orden público económico de tipo libertario. Es restrictiva respecto de los requisitos de intervención e incompatible con políticas de un Estado de Bienestar (prestaciones de acceso universal garantizado) y con el concepto de “vulnerabilidad”. Es compatible con políticas sociales focalizadas (pobreza/indigencia). Esta versión de subsidiariedad, entonces, es incompatible con los DESC a gran escala. Resulta posible compatibilizar con una versión atenuada de los DESC como en Chile: aspiracionales, progresivos, con la protección de los aspectos de libertad de los DESC.

La versión blanda/extensiva de la subsidiariedad parece vincular dignidad humana con libertad positiva, lo que implica un amplio espacio para la intervención estatal. Aquí existe un énfasis en el concepto jurídico indeterminado de bien común y en el efecto horizontal de los derechos humanos. Aparentemente es compatible con políticas de un Estado de Bienestar y con los DESC.

## **Consecuencias**

Aunque suene paradójico, después del caso “Isapre” la discusión acerca de los DESC parece estar construyéndose sobre la base de la subsidiariedad, y no contra ella. La paradoja residiría en el hecho de que generalmente tanto defensores como críticos han asociado el principio de subsidiariedad a su versión dura/restrictiva.

Lo interesante es que una interpretación blanda/extensiva de la subsidiariedad como en “Isapre” podría conducir, por ejemplo, a revisar la tradición de la subsidiariedad en materia de orden público económico (por ejemplo, mayor deferencia con el “Estado empresario”). Lo anterior podría implicar que los partidarios del Estado de Bienestar o, muy gruesamente, de la consagración en nuestro país de un Estado Social de Derecho en forma, encontrarán en el principio de subsidiariedad una justificación robusta a sus pretensiones, y no sólo por razones utilitarias.

Por lo demás, entre nosotros no ha sido necesario, ni parece serlo, hacer una construcción constitucional acerca del principio de solidaridad como fundamento del Estado Social de Derecho. Y ello tiene sentido: la subsidiariedad puede operar como sustituto a ello. Sin perjuicio de lo anterior, en “Isapre 3” la sentencia desarrolla dicho principio, hermanándolo al anterior.

## **El sentido original de una Constitución**

En este escenario una visión minimalista acerca del rol del Estado en la sociedad debiese revisar seriamente las bondades del principio de subsidiariedad, revisión que debiese reorientarlo en función del sentido original de una Constitución, cual es, la limitación del poder público a través de un conjunto de arreglos institucionales que garantizan los derechos individuales (el federalista). Ello implica asignar un rol fundamental pero limitado al Estado (provisión de bienes públicos y políticas sociales focalizadas).

Lo anterior pone en evidencia la existencia de diferencias entre los derechos civiles y políticos (DCP) y los DESC frente a la Constitución. Los primeros, naturales, anteriores al Estado y fundamento de éste en la medida en que el pacto social tiene sentido para garantizarlos de mejor manera que en el estado de naturaleza; y los segundos, derivados de la noción de ciudadanía, del vínculo político entre los ciudadanos. En este sentido, caracteriza a los DCP el que su núcleo esencial al establecer su dimensión negativa instituye inmediatamente la dimensión positiva, deber correlativo del resto. La Constitución se limita a reconocerlos. Ello no sucede con los DESC que requieren de la intermediación del legislador (y administrador) para generar dicha obligación (y finalmente establecer quién debe proveer dicho derecho).

Por supuesto nada obsta a su reconocimiento en la Constitución, sea en la forma de directrices u orientaciones políticas, o como derechos justiciables. Pero ello entonces parece apartarse del sentido original de la Constitución para los contractualistas.

Bajo el escenario abierto en “Isapre” los partidarios de la subsidiariedad en su versión dura/restrictiva debiesen revisar el principio de subsidiariedad a la luz de la tradición del liberalismo clásico-anglosajón antes comentada. Para lograr esto último, me parece que el énfasis debe estar orientado a una mayor “objetivización” de los supuestos de intervención subsidiaria del Estado. Ello podría lograrse, por un lado, precisando el rol de conceptos jurídicos indeterminados como “bien común” a la luz del carácter de proveedor de bienes públicos y de políticas sociales focalizadas del Estado.

Finalmente, y para alguien que simpatiza con las preocupaciones del análisis económico del derecho, los derechos tienen costos, como sostiene Sunstein. Se debe tener presente que nuestras definiciones constitucionales también están sujetas al problema de la escasez y a los problemas de la acción colectiva. Una Constitución diseñada económicamente, entonces, pondría énfasis en maximizar los espacios de autonomía individual, y en respetar la propiedad privada y la intermediación voluntaria al momento de establecer los derechos y deberes constitucionales, restringiendo los intercambios forzados para la provisión de bienes públicos. Precisamente es en esta provisión de bienes públicos donde se pueden abrir espacios para “expropiaciones” de derechos desde un grupo a otro, haciendo uso del Estado, transformando la Constitución y los procesos políticos en redistribución que pudiera ser ineficiente.



# DEBATE CONSTITUCIONAL EN EL BICENTENARIO<sup>1</sup>

1 Presentaciones en el seminario “¿Una nueva Constitución para la República?”, organizado por ICSO-Universidad Diego Portales y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y auspiciado por la Fundación Böll y el Instituto Igualdad. 24 de agosto de 2009.



# Debate sobre la Constitución y la República

Carlos Peña

*Rector de la Universidad Diego Portales*

¿Qué tipo de razones pueden esgrimirse a favor de una reforma constitucional? ¿En virtud de qué puede sostenerse que una Constitución requiere ser cambiada? En suma, ¿cómo podríamos justificar que la Constitución hoy día vigente debe ser sustituida por otra? Y supuesto que haya de ser cambiada, ¿cuál es el mecanismo que ha de emplearse para hacerlo? ¿Hay un procedimiento legítimo para llevar adelante esa tarea o, a fin de cuentas, el procedimiento se olvida o se legitima por el ejercicio de las nuevas reglas? Este tipo de preguntas está en la base de la discusión presentada en este volumen y por eso no está de más que, al modo de una somera introducción, e incluso al riesgo de teorizar, procuremos responderlas.

Un breve vistazo a la literatura muestra que, en general, las razones que pueden ser esgrimidas a favor de un cambio constitucional –o, más rigurosamente hablando, a favor del reemplazo de una Constitución por otra– son de dos tipos. Hay, por una parte, lo que podemos llamar razones *prudenciales* y, por otra parte, existen lo que podríamos llamar razones *morales*. Como ustedes saben, desde Kant suele llamarse *prudencial* a una razón que mira a algún interés particular de alguien y razón *moral* a aquella que, en cambio, y por no descansar en el interés de nadie en particular, puede demandar universalidad. Un caso obvio de razón *prudencial* es un imperativo hipotético que aconseja hacer tal o cual cosa como única manera de alcanzar un fin que se desea. Un ejemplo igualmente obvio de una razón *moral* es algún deber incondicionado de la ética como, por ejemplo, no mentirás.

Como digo, ambos tipos de razones pueden ser esgrimidas a favor del cambio constitucional.

Un ejemplo de la primera –es decir, de una razón del tipo que he llamado prudencial– se encuentra en los debates tendientes a cambiar la Constitución

de 1833 por la que en definitiva fue la carta de 1925. Entonces Arturo Alessandri Palma arguyó, a favor del reemplazo, que el cambio oportuno era la única forma de salvar el orden social entonces existente. Así apeló al autointerés de quienes participaban de la decisión para cambiar las reglas. Este tipo de razón es también la que aparece largamente expuesta en la conferencia que dictó Lasalle en Berlín, en 1862, y que lleva por título *¿Qué es una Constitución?* Como ustedes recuerdan, Lasalle distinguió entonces entre la Constitución como un simple acto lingüístico que consta de un documento (una hoja de papel, dijo Lasalle) y la Constitución como la fisonomía del poder en una determinada sociedad. Una Constitución, argüía, es buena cuando la hoja de papel se corresponde con la fisonomía del poder y cuando ello no ocurre es mejor, so pena de anarquía o despilfarro, cambiarla. Un argumento parecido a éste fue el que, si no recuerdo mal, expusieron Javier Couso y Carolina Tohá el año pasado, en el seminario “El Chile que viene”. Allí, entre otras razones a favor del cambio constitucional, dijeron que la modernización del país había dado paso a un extendido proceso de individuación, uno de cuyos efectos, en el plano político, era el surgimiento de un ciudadano más activo y más demandante que no contaba con mecanismos institucionales para requerir al Estado o participar de sus decisiones cotidianas. Así, entonces, había que adecuar la regla –la hoja de papel, como diría Lasalle– a la nueva realidad –a la fisonomía del poder– que se había desarrollado.

Ese tipo de argumentos, como se ve, se abstiene de esgrimir la falta de legitimidad del texto constitucional vigente como una razón para cambiarlo. En vez de eso prefieren decir que sería conveniente, dado un cierto fin esperado, cambiar la Constitución. Ésas son, como digo, lo que podemos llamar razones prudenciales. Y ellas, como es fácil comprender, pueden operar a favor o en contra de la democracia o de cualquier otro ideal normativo. A fin de cuentas, y como lo muestra la historia, también hay razones prudenciales para suprimir del todo una Constitución o para no cambiarla en absoluto.

Ahora bien, una vez que hemos revisado ese tipo de razones, cabe preguntarse si hay alguna razón más fuerte que éstas, alguna razón de índole moral esta vez, para cambiar una Constitución.

El primero que, hasta donde alcanzan mis noticias, formuló una razón de esa índole a favor de un determinado tipo de Constitución fue, por supuesto, Kant.

Lo hizo en 1796 –entonces era un anciano de 76 años y habría de vivir todavía ocho años más– en el texto que lleva por título *Para la paz perpetua*.

En ese texto Kant dijo que una Constitución republicana era la “única perfectamente adecuada al derecho de los hombres”. Lo dijo de manera incon-

dicionada, sin subordinar esa declaración a ninguna condición previa, motivo por el cual, podemos afirmar, se trataría, en su opinión, de un verdadero imperativo categórico del derecho político, de un deber que debe llevarse a término en cualquier caso, de manera que allí donde haya una Constitución que no sea republicana hay una muy poderosa razón para cambiarla. Este carácter categórico del enunciado deriva, por supuesto, del principio del derecho que había formulado en la *Metafísica de las costumbres*.

Pero ¿en qué consiste para Kant una Constitución republicana como la que, según sugiere el título de este seminario, deberíamos pensar para nuestro país?

Una Constitución republicana, explica Kant, es una que satisface a la vez tres principios de manera simultánea: el de libertad, puesto que donde ella rige cada uno puede intentar ser feliz a su manera; el de dependencia, puesto que cada uno se relaciona con todos los demás sobre la base de una ley común; y el de igualdad, puesto que en cuanto ciudadano cada uno cuenta con la misma oportunidad de influir en los asuntos públicos que cualquier otro. Alguien podría pensar, dice Kant, que una Constitución como ésa requiere que en vez de ciudadanos haya ángeles; pero no es así. Una Constitución republicana, explica, casi anticipando la realidad de las sociedades que se modernizan, debe ser posible incluso para un pueblo de demonios. De lo que se trata, sugiere, es que cada uno se someta a leyes universales, aunque en su interior, en la esfera privada, se aparte de ellas.

Ahora bien, una vez que hemos determinado qué razones, si es que alguna, tenemos para cambiar una Constitución, se plantea el problema de determinar de qué forma ha de hacerse algo así. ¿Existe algún tipo de procedimiento que sea más correcto que otro o, *ex post*, a fin de cuentas, todos acaban legitimándose con el tiempo a condición de que las reglas que instituyen sean eficaces?

El tema alude a la vieja distinción –si no recuerdo mal ya está en Santo Tomás– entre *legitimidad de origen* y *legitimidad de ejercicio*. La primera estima que una Constitución, o un cambio de reglas constitucionales, para ser legítima, debe haber sido producida en conformidad a una regla precedente que, a su vez, debe estar dotada de legitimidad. La segunda sugiere que una Constitución adquiere legitimidad como consecuencia de su funcionamiento en el sistema político.

El dilema al que acabo de aludir –entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio– aparece, desde luego, en *El federalista*, el famoso comentario a la Constitución norteamericana. En el ensayo 40 de esa obra, Madison discute cuáles son las condiciones que han de satisfacerse para que los delegados puedan sustituir los artículos de la Constitución por una nueva carta. Después de

un pormenorizado análisis –del tipo que hoy llamaríamos dogmático–, Madison concluye que lo que importa es que el contenido de la Constitución sea razonable y bueno, y que si ella ocurre pueden pasarse por alto las condiciones que se usaron para formularlo. La opinión de Madison es que reprochar a una Constitución sus condiciones de origen, sin considerar el contenido, es una especie de *falacia ad hominem*: equivaldría a juzgar cuán buena o mala es una proposición por el sujeto que la profiere y no, en cambio, por su contenido.

La teoría legal, como ustedes saben, ha derramado ríos de tinta en torno a esa distinción. Hay autores como Kelsen que sugieren que la legitimidad de la norma fundamental deriva procedimentalmente de otra, cuya legitimidad es, por su parte, real o supuesta (la famosa *Grundnorm*), y otros, como Hart, afirman que preguntarse por la validez de la primera regla no tiene demasiado sentido: es, dice él, preguntarse si acaso un metro mide realmente un metro. Y Derrida –sí, el mismo– acaba de sostener que los textos constitucionales crean el sujeto que los emite. Antes de que hubiera Declaración de Independencia, afirma Derrida, no había un *pueblo*: las declaraciones de independencia o las Constituciones, crean performativamente el sujeto que las legitima.

¿Y Kant? ¿Qué diría Kant, el republicano?

Kant, por supuesto, pensaba que una Constitución republicana era una en la que, como diría su admirado Rousseau, al obedecerla todos obedecen, finalmente, a sí mismos. Pero todos sabemos que Kant no creía que la política funcionara de esa manera (desde sus primeros trabajos hasta los últimos mantuvo siempre un insobornable realismo). Él sabía que la política, y la historia, avanzaba en medio de la violencia que la mayor parte de las veces unos pocos imponen a la mayoría (era la forma, pensaba él, en que la naturaleza ayudaba a la libertad). Y seguramente habría estado de acuerdo en que las distintas facciones políticas tratan de manipular las enmiendas constitucionales para favorecer sus mejores intereses. Así entonces (ya que él no se engañaba) su Constitución republicana es una respuesta a una pregunta, podríamos decir, trascendental: ¿cómo debieran haber sido producidas nuestras instituciones para estar a la altura de la imagen que tenemos de nosotros mismos como seres libres e iguales?

Y esa es quizás la pregunta que debiera orientar este seminario: ¿cómo debieran ser nuestras reglas constitucionales para estar a la altura de la manera en que hoy nos concebimos recíprocamente? Y ésa es una pregunta distinta, desde luego, como decía Madison, a la pregunta acerca de cómo se origina.

# Constitución y Bicentenario: la superación de un déficit histórico

Carolina Tohá

*Ministra secretaria general de Gobierno*

Hablar de una nueva Constitución no es lo mismo que reformar la actual o hacerle cambios. Una nueva Constitución tiene una carga fundacional y una ambición de integralidad. El Bicentenario, como hito en nuestra historia de nación independiente, parece una oportunidad para plantearse un objetivo de esa dimensión. Hacer una nueva Constitución es un proceso complejo, largo, y requiere de una gran y amplia convicción acerca de su necesidad para tener éxito. Quizás a algunos les asuste la idea pensando en la conflictiva experiencia que han tenido otros países, y se pregunten: ¿queremos pasar por eso?, ¿necesitamos hacerlo?

La verdad es que la necesidad de una nueva Constitución en Chile debe evaluarse en su propio mérito, que es bien distinto al de otros procesos. No hay ningún fundamento para imaginarse que una nueva Constitución en Chile podría ser fruto de un grupo político arrasando a otro, ni de una conflictividad política inmanejable. Al contrario, la necesidad de una nueva Constitución viene motivada por la búsqueda de un orden más compartido, acordado por todos, más integrador que el vigente. Si vamos a discutir una nueva Constitución, es importante que sea para avanzar hacia una que nos represente a todos, que no sea la pasada de cuentas de unos a otros, sino que sea producto de un auténtico proceso de debate y entendimiento.

Una de las cosas que constatamos en el trabajo con Javier Couso<sup>2</sup> es que en la historia de Chile los diversos órdenes constitucionales han sido producto de la imposición de unos y la derrota de otros. Algunas fueron más democráticas que otras en su contenido, qué duda cabe, pero en su origen todas fueron más o menos excluyentes. Nunca surgieron de un debate sereno y un

2 Couso, Javier, y Tohá, Carolina, “El sistema político chileno y sus desafíos: un nuevo arreglo constitucional para el Bicentenario”, en *El Chile del Bicentenario* (Ediciones Universidad Diego Portales, 2008)

acuerdo amplio. Nunca de una verdadera asamblea constituyente, amplia, representativa, deliberativa.

La Constitución del 80 fue varios pasos más allá. No sólo fue dictada por un gobierno de facto, con exclusión explícita de todos los sectores que no le eran afines, sino que intentó legitimarse a través de un plebiscito que no cumplía con las más elementales garantías. Por eso, el debate sobre una nueva Constitución debe partir por hacerse cargo de ese déficit histórico y buscar superarlo. Eso, en sí mismo, representaría un gran paso para Chile.

### **Ordenes constitucionales**

Es necesario asimilar la idea que no hay órdenes constitucionales perfectos. Las Constituciones resuelven las cosas de acuerdo a opciones que alguien debe tomar, y lo deseable es que esas opciones sean lo más ampliamente compartidas.

Lo primero, entonces, es ponernos de acuerdo en qué problema queremos resolver, qué queremos lograr con el cambio constitucional. Y, ciertamente, evaluar si es un cambio constitucional lo que se necesita para abordar esa tarea, o quizás otro tipo de reforma. Muchos aspectos de nuestro orden constitucional pueden ser criticables, pero podrían modificarse sin necesidad de sustituir la Constitución. En cambio, hay por lo menos dos aspectos que son difíciles de superar si no es sobre la base de establecer una nueva Constitución.

El primero es el origen histórico de nuestra carta fundamental. No hace falta explayarse sobre ese punto, todos sabemos de dónde salió y cómo. Y no cabe duda que esa historia es una mochila difícil de llevar, que nos recuerda dolorosamente que no hemos logrado darnos unas reglas del juego definidas de verdad entre todos. De alguna manera, seguimos viviendo bajo un orden de cuyo origen no estamos orgullosos. Y esas cosas, en la identidad de los países, cuentan, y mucho.

La segunda razón por la que se justifica pensar en una nueva Constitución es porque la actual está impregnada en todo su articulado de un orden político pensado para conservar y no para procesar los cambios. Es un orden político que resulta bastante sofocante para la sociedad actual, que es poco amigo de la participación ciudadana y que pone barreras a las reformas que van demasiado más allá de lo conveniente.

Una de las cosas que debiéramos buscar es que el orden constitucional permita una mejor forma de procesar los debates y adoptar las decisiones. Una forma menos verticalista y excluyente, que procese los temas en discusión y no bloquee su resolución, como sucede en gran parte hoy.

En nuestro trabajo con Javier Couso<sup>3</sup> señalábamos que la actual Constitución, más allá de si nos gusta o no, fue definida en torno a una idea fundamental: establecer un nuevo orden, blindarlo y garantizar su estabilidad. Y ese objetivo lo persiguen en forma coherente y sistemática sus diversas instituciones sin dejar casi trizaduras.

Algunos de los emblemas de esa lógica estaban en mecanismos ya derogados, como los senadores designados y el rol garante de las fuerzas armadas, pero siguen vivas muchas definiciones plenamente vigentes, como por ejemplo:

- El sistema binominal, de baja competencia entre bloques y exclusión de minorías.
- Las altas barreras de entrada para nuevas fuerzas políticas.
- El centralismo exacerbado.
- El sistema de inscripción electoral, que desincentiva la entrada de nuevos electores al padrón electoral (este último, afortunadamente, en reforma).
- El inédito sistema de quórum exigido para tratar una gran cantidad de materias, que hace altamente improbable su reforma y entrega un poder de veto a la minoría para su tratamiento.

Permítanme detenerme en este último punto.

Sistemas como éste no tienen precedente en otras democracias. En algunos países, muy pocos, se exigen quórum especiales para las reformas constitucionales o para la modificación de normas que impliquen pérdida de derechos adquiridos. Esos quórum especiales se limitan en la casi totalidad de los casos a la mayoría calificada. Los 3/5 y los 4/7 no existen en ningún lado, ni siquiera para las materias más trascendentales, y respecto a las demás se exige la mayoría simple, y punto.

Por eso, cuando escuchamos noticias sobre las elecciones en otros países, la obtención de la mayoría es tan significativa para los gobiernos. Si la tienen, pueden desarrollar sus programas; si no, dependen de la oposición. Pues en Chile no es así: ganar las elecciones no garantiza, ni por lejos, la posibilidad de poder aprobar las propuestas de gobierno.

Los sistemas electorales, además, suelen tener algún tipo de premio a la mayoría, o bien entregan una representación más proporcional a todos los sectores. En Chile, en cambio, el sistema electoral tiende a acercar a las dos primeras mayorías o, dicho de otro modo, entrega un premio a la segunda mayoría, que hace casi imposible la obtención de los quórum exigidos para las reformas.

Por otra parte, la propia dinámica de los quórum obliga a su extensión. En efecto, para lograr los acuerdos que se exigen en tantas materias, se ha adop-

3 Javier Couso y Carolina Tohá, ídem.

tado una y otra vez el compromiso de establecer nuevas exigencias de quórum en la legislación. Así, en democracia, este sistema se ha ido extendiendo en lugar de restringiendo.

Lo más delicado, y creo que aquí está el meollo del debate constitucional, es que dichos quórum superiores a la mayoría están establecidos para proteger decisiones que se tomaron sin quórum, incluso sin mayoría simple, decisiones que se tomaron en dictadura.

Si me preguntan cuál es el corazón del problema constitucional que tenemos en Chile, es éste, aquí radica la razón fundamental por la cual esta Constitución no logra ser digerida, a pesar de las reformas y correcciones que ha tenido.

No es un tema para debates electorales, no es vendible ni sexy. Nadie se levanta en la mañana angustiado por el problema de los quórum, quizás algún constitucionalista muy intenso, pero en este debate sí tenemos que admitir que aquí tenemos un problema conceptual, de legitimidad y de efectividad de nuestra Constitución.

Hace años, en 1998, leí una columna de Enrique Barros, que no es precisamente un activista desaforado, planteando este mismo tema. Su tesis era que en la transición democrática Chile había necesitado de una institucionalidad profundamente estabilizadora, que permitiera sanar los temores e incertidumbres que generaba el fin de la dictadura y el orden autoritario. Pero, decía él, para ese entonces (año 98), el país necesitaba ya otra cosa: una institucionalidad más dinámica y permeable, que permitiera a Chile dar nuevos saltos.

Si eso era así el 98, no digamos el 2009, con los cambios que ha tenido esta sociedad, socioeconómicamente y culturalmente, y con la superación de temores que en ese entonces todavía podían existir pero que hoy se han esfumado, por ejemplo, ante la llegada de gobiernos encabezados por Presidentes de izquierda.

Sustituir el sistema de quórum no significa necesariamente pasar a un sistema en que mayorías ocasionales pueden cambiar cualquier cosa. Hay otras formas de prevenir que sea así, como, por ejemplo, exigir que determinadas reformas requieran ser ratificadas en un determinado plazo para entrar en vigencia o, incluso, en una nueva legislatura.

Lo que no es posible es que la institucionalidad no entregue una salida para la realización de reformas que son respaldadas por una mayoría consistente en el tiempo, por años de años, de una década a otra. Que ideas que son mayoritarias en la sociedad no tengan un cauce que haga viable su acogida en los canales constitucionales es una bomba de tiempo para la democracia y para su credibilidad.

## **Disonancia entre política y ciudadanía**

Una reforma constitucional debiera tomarse muy en serio el distanciamiento que la ciudadanía está teniendo respecto de la política. Chile es un país, me atrevo a decir, que ha tenido en la política una fortaleza y no una debilidad. Podemos ser críticos de muchas situaciones y actuaciones, pero la tendencia gruesa, lo predominante, es que se ha mantenido una capacidad de conducir y acordar poniendo al país por delante.

Esta disonancia entre una política bastante efectiva y un descontento tan evidente tiene parte importante de su explicación en un desacoplamiento creciente entre la nueva sociedad chilena y las características de las instituciones políticas y de sus prácticas.

De alguna manera, una clase política como la que hemos tenido, híper responsable, seria, elitista, con capacidad de diálogo y negociación al interior de un grupo acotado de actores políticos, podía conducir el país con las reglas que tenemos. Es dudoso, en cambio, que esas reglas sean adecuadas para la nueva etapa, con una elite política más dispersa, menos cohesionada, en un país menos verticalista y mucho más complejo y diverso. Los acuerdos a puertas cerradas entre seis o siete próceres de larga trayectoria y legitimidad ya no funcionan.

Hay definiciones de nuestra institucionalidad que en el día de hoy, año 2009, simplemente ya no van, ya no pasan, no son asimilables por el Chile actual: el fuerte centralismo, no sólo como problema administrativo, sino como concentración del poder, de las decisiones, en muy pocas manos; la debilidad del Congreso, con sus frágiles controles internos; el sistema electoral poco competitivo; la fragilidad y poca transparencia de los partidos políticos; la ausencia de instancias de participación o cooperación ciudadana en los asuntos públicos, etcétera.

Nuestro sistema no fue hecho, ni lejanamente, pensando en una ciudadanía como la de hoy: más exigente y cuestionadora, menos condescendiente ante la autoridad, más desinhibida, menos temerosa, con mayor apropiación de sus derechos y, digámoslo también, con escasa consciencia de sus deberes. Pensemos no más en el Chile del año 80, más allá del gobierno de la época; pensemos cómo éramos los chilenos, cómo vivíamos y cómo veíamos el mundo.

Las mejores condiciones de vida de las personas, los efectos culturales de la globalización y del acceso a la información han producido sus efectos. La persistencia por varios años de gobiernos de centroizquierda también. Son cambios muy profundos respecto al Chile tradicional. Y son cambios positivos, que han generado un país más educado, más democrático, con mayor bienestar.

Es evidente que esa sociedad necesita otro tipo de institucionalidad. A muchos nunca nos gustó la Constitución del 80, pero el debate de hoy va más allá, porque creo que algunos que quizás la celebraron en el pasado reconocen hoy sus crujiidos y obsolescencias. Ojalá que así sea.

### **Garantías constitucionales y rol del Estado**

Un cuarto punto, que sólo quisiera mencionar, es que la Constitución actual requiere una revisión sustantiva de su capítulo de garantías constitucionales y de su definición del rol del Estado.

El desbalance existente entre las demás garantías constitucionales y el detalle con el que está normado el derecho a la propiedad es síntoma de la fuerte carga ideológica con que fue redactada la Constitución. Lo mismo respecto a la forma de definir el rol del Estado.

No es necesario ser muy agudo para darse cuenta de que dichas definiciones están muy distantes del debate existente en el Chile actual, incluso de los planteamientos de los sectores de derecha que originalmente estaban cómodos con ellas. El sentido común de los chilenos y la forma en que ha evolucionado nuestra sociedad ha superado hace rato la mirada estrecha que nuestra Constitución tiene en estos ámbitos, y así debiera recogerse en una nueva carta fundamental.

Para concluir. Hacer una nueva Constitución es una tarea enorme. Lograrlo sería un síntoma de madurez de la sociedad chilena, un nuevo síntoma de aprendizaje histórico, otro más, entre muchos que hemos tenido. Pero el solo hecho de intentarlo, en un proceso virtuoso de discusión pública, puede ser de mucha ayuda para la vida política del Chile de hoy.

No cerremos la puerta de este debate. Lo necesitamos.

Eludirlo tiene costos que cada día serán más evidentes. De las carencias de nuestro sistema es fácil sacar partido. El creciente desapego y disconformidad con nuestra política puede transformarse en un movimiento mayoritario y transversal, que haga de la desesperanza y la exasperación su motor.

Por el contrario, la posibilidad que tiene Chile de llegar a ser un país desarrollado, económica y socialmente, depende en gran parte de la calidad de sus instituciones y su proceso político. Hemos llegado a ese punto, en que se requieren reformas de nueva generación que sólo son posibles en una democracia vigorosa, abierta e inclusiva. Un paso adelante de lo que hoy tenemos. Un paso largo, cuya factibilidad dependerá de la prioridad que le demos a este debate.

Aunque no figure en las encuestas y no venda en las campañas, hay pocas cosas más importantes de las que ocuparse con motivo del Bicentenario.

# ¿Cómo cambiar una Constitución ilegítima?

Roberto Garretón

*Movimiento por una Asamblea Constituyente*

Para responder a la pregunta sobre el cambio constitucional, quiero colocar tres frases históricas de profunda convicción democrática, frente a otra que no lo es, y preguntarnos cuál o cuáles de ellas están en vigor en Chile.

1) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 23 de junio de 1793:

“Artículo 28. El pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar la Constitución. Una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras”.

2) *El catecismo de los patriotas*, Fray Camilo Henríquez (*El Monitor Araucano*, 27 y 30 de noviembre; 2, 7 y 10 de diciembre de 1813):

“Una porción del pueblo no es la soberanía, ni puede ejercer la potencia soberana del pueblo entero. Pero congregada una porción del pueblo debe exponer su dictamen con absoluta libertad. El pueblo tiene siempre derecho de rever y reformar su Constitución. Una generación no puede sujetar irrevocablemente a sus leyes a las generaciones futuras”.

3) Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos (artículo 1, común a ambos instrumentos):

“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

4) Jaime Gúzman Errázuriz (citado por Sofía Correa y otros, *Historia del siglo XX chileno: balance paradójico*, Editorial Sudamericana, 2001, pág. 325):

“... si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque –valga la metáfora– el margen de alternativas posibles que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”.

Las tres citas democráticas que he leído se fundan en el concepto de soberanía popular. El pueblo es el soberano que se gobierna por sí o por sus delegados, y la soberanía es indelegable, imprescriptible, inviolable y perpetua. ¿Es así en Chile? Evidentemente no, pues al pueblo chileno se le usurpó en 1973 el ejercicio de su soberanía y ésta misma, y aún no los ha recuperado.

Sin que el pueblo le haya concedido jamás mandato alguno, los usurpadores del 73 se dieron un texto que proclamaron como Constitución, sin participación del pueblo. Ni el gobernante de facto ni sus incondicionales fueron jamás elegidos. No hay un solo individuo ni órgano democrático que haya participado en las ideas matrices, en los borradores, en el grupo de redactores, ni los integrantes de un curioso Consejo de Estado, ni unos anónimos correctores fueron jamás elegidos por el pueblo.

Si agregamos además que esos sujetos –algunos conocidos, otros no– sólo buscaban una institucionalidad que les permitiera sus arbitrariedades, pero que no tenían –ni tienen todavía– empatía, cercanía, ni menos adhesión a los principios que constituyen el ADN básico y mínimo de los demócratas, se entiende que al decreto ley 3.464 lo llamaran Constitución. Y se entiende también que cometieran las atrocidades y actos de barbarie por los que los pueblos civilizados del mundo entero y la historia los han reconocido.

Como recuerda el ilustre demócrata Manuel Sanhueza, algunos de aquellos individuos pensaban que la Constitución que impusieron debía consagrar (y esto fue parte de los debates) una “democracia protegida”, mientras que otros preferían el nombre de “protegida y autoritaria”. Pero en lo que sí había acuerdo es que “puede existir un régimen moralmente aceptable que no caiga dentro del concepto de Estado de derecho” y que “hay ciertos principios como el de Estado democrático, gobierno democrático o régimen republicano, que no son principios moral y cívicamente exigibles, sino que son principios que se estiman claves de nuestra institucionalidad, frutos de la tradición nacional, aunque nadie podría sostener que un Estado o un régimen de gobierno son ilegítimos en sí mismos por contemplar un sistema diferentes de éstos”.

Fueron consecuentes los autoritarios en sus posiciones, y consagraron un sistema que, como decía Jaime Guzmán, no importa quién gobierne, pues todos deben jugar en la pequeña cancha que él diseñó. Para ello se esmeraron en crear mecanismos apropiados para vulnerar a perpetuidad el derecho humano del pueblo chileno a su libre determinación.

Al pueblo chileno se le violó su sagrado derecho de rever y reformar su Constitución. Las generaciones actuales y venideras tendrán que resignarse a

aquellas reglas que cuestionan el Estado de derecho y los gobiernos democráticos y republicanos hasta la consumación de los siglos.

La consolidación de la violación se mantiene vigente en los altísimos quórum para sustituir la voluntad del dictador; las generaciones nuevas están obligadas y sin alternativas a renunciar a tener una Constitución que las represente, pues el insólito sistema electoral llamado binominal impide alcanzar los quórum requeridos, etcétera.

La presencia de Pinochet en los sectores que con él gobernaron es absoluta: el histórico “al pueblo no le interesan las elecciones” repetido durante 6.025 días sigue en vigor en que “las cuestiones constitucionales no le interesan al pueblo” y que el actual sistema electoral “le ha dado estabilidad a Chile”.

Primera conclusión: no se puede cambiar la Constitución por los procedimientos que ella establece, pues está hecha para que nunca sea modificada, salvo que los herederos del dictador lo acepten cobrando por un minicambio un carísimo precio en aun mayores debilitamientos de muchos principios esenciales de los cuestionados Estados de derecho y democracias republicanas.

Segunda conclusión: si lo que se nos ha usurpado es nuestra capacidad de darnos la Constitución que queremos, fundada en principios tan esenciales para los demócratas como Estado de derecho, gobierno democrático y régimen republicano, no tenemos otra alternativa que ejercer esos derechos soberanos como nos enseñaron los revolucionarios franceses y chilenos hace 200 años, lecciones que hoy forman parte de la cultura política universal: nuestro derecho a revisar, reformar y cambiar la Constitución; nuestro derecho a otorgar a las generaciones futuras su derecho de revisar la Constitución cuantas veces quieran; nuestro derecho a congregarnos para exponer nuestro dictamen con absoluta libertad; nuestro derecho de libre determinación, para establecer libremente nuestra condición política y proveer a nuestro desarrollo económico, social y cultural.

No debemos esperar a que alguien nos invite o nos convoque, porque está claro que, porque no pueden o porque no quieren, nuestras autoridades democráticas no lo harán. Lo que proponemos es perfectamente posible, y sólo depende de nosotros, como lo hicieron los colombianos en 1990.

Colombia, como Chile hoy, vivía bajo una Constitución –de 1886– caduca y un bipartidismo que marginaba a grandes sectores sociales. La abstención electoral era elevada, como en Chile hoy; ninguno de los graves problemas nacionales encontraba solución, como en Chile hoy. Esa marginación era la principal causa del surgimiento de las guerrillas en Colombia. Afortunadamente, todavía en Chile no hemos llegado a ese estado.

La sociedad civil decidió el audaz paso de autoconvocarse para un plebiscito de hecho: en las siguientes elecciones el pueblo exigiría la instalación de una asamblea constituyente, emitiendo una informal “séptima papeleta”, además de las seis oficiales (alcaldes, concejales, diputados, representantes a la cámara, senadores y primarias del Partido Liberal).

Las elecciones fueron el 11 de marzo de 1990, el mismo día en que terminaba la dictadura, una magnífica coincidencia histórica. Si bien las “séptimas papeletas” no fueron escrutadas, para nadie pasó desapercibido que fueron sobre dos millones. El triunfo arrollador no dejó otra alternativa que su confirmación en un referéndum formal, que si bien no estaba contemplado en la Constitución de 1886, un justo y democrático tribunal constitucional (en ese entonces, Sala Constitucional de la Corte Suprema) reconoció el derecho del pueblo colombiano a ser escuchado en materias constitucionales. Esta encuesta se realizó junto a la elección presidencial de 27 de mayo del mismo 1990. El 86,59% de quienes votaron en la elección presidencial votaron por Sí en el referéndum, por lo que el Presidente Gaviria convocó a una asamblea constituyente, que en seis meses redactó la Constitución más democrática de América Latina. Pero, a esa altura, los problemas en Colombia no se arreglaban sólo con un cambio de Constitución.

Nuestro llamado a los chilenos es a autoconvocarse para recuperar nuestra dignidad de ciudadanos, como los colombianos en 1990. Todos los demócratas, dentro y fuera de la Concertación, sin exclusiones. La oportunidad la dan las próximas elecciones presidenciales y parlamentarias, a las que expresamente daríamos carácter plebiscitario. Se trata de repetir el modelo ganador de 1988 en Chile y 1990 en Colombia, hasta que tengamos democracia de verdad, en la que la mayoría electoral sea mayoría parlamentaria y todas las corrientes puedan tener expresión política, sin exclusiones.

Proponemos hacer una marca en cada voto, además de la preferencia del votante. Por ejemplo, agregar “Asamblea Constituyente” o “AC” en la cédula. Una marca de esta naturaleza no anula el voto, pues la ley electoral 18.700 dispone que “serán nulas y no se escrutarán las cédulas en que aparezca marcada más de una preferencia”. No hay otro voto nulo. Incluso la Cartilla de Instrucciones del Servicio Electoral que se repite desde hace muchos años dispone que “también se escrutarán como *válidas* las cédulas en que se haya señalado una sola preferencia, pero que la mesa estime ‘objetadas’ (marcadas), por tener, además de la preferencia, rayas, palabras, firmas, dibujos, etcétera (los énfasis aparecen así en la cartilla oficial).

Desde luego, esta proposición en nada altera las lealtades partidarias. Una propuesta como ésta podría encantar a esa juventud que, en su desilusión,

ha optado por marginarse. Debemos invitarla a ser el principal actor de este movimiento.

El resultado del procedimiento que proponemos ciertamente no es vinculante, y no dudamos de que los inspirados en el dictador no lo considerarán ni siquiera como advertencia. Pero el mensaje para los partidos democráticos es muy fuerte y moralmente ineludible.

Nuestra propuesta es un mecanismo profundamente democrático, más que cualquier otro; es fácil, barato, y sus resultados son verificables.

Es indispensable confiar en el pueblo y no descalificar a priori la propuesta. Estos temas sí le interesan a la gente.

# Nueva Constitución del Bicentenario y operación constituyente

Francisco Zúñiga  
*Universidad de Chile*

¿Hay que reformar la Constitución? ¿Qué reformar y por qué hacerlo? ¿Cómo hacerlo? ¿Cuántos derechos resiste una Constitución? ¿Es factible una reforma política? La pregunta a la nos vamos a referir es ¿cómo hacerlo?, reconociendo en este abordaje las coordenadas teóricas del positivismo normativista crítico, del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social y, por ende, un cierto escoramiento ideológico.

En cuanto a la serie de preguntas, todas de *Constitutione ferenda*, probablemente subyace una pregunta de fondo: ¿qué hacer con la Constitución?, lo que plantea emprender un esfuerzo teórico-práctico de envergadura, inabordable en esta ocasión, cual es elaborar un concepto normativo de Constitución con dos significados. El primero da repuesta a qué es la Constitución normativamente en cuanto parte integrante de un sistema u ordenamiento jurídico y su posición en las fuentes formales del derecho; y en este campo la tradición positivista contemporánea es fecunda (Kelsen, Ross, Hart) al ofrecernos una concepción estructural del derecho que identifica normas de conducta y normas de organización que operan como reglas de competencia positiva y negativa. Y el segundo da respuesta acerca del problema de para qué sirve la Constitución, campo en que Bobbio y su “escuela” (Ferrajoli) abren un camino al defender una concepción funcional del derecho que desentrañe sus funciones distributiva y promocional (y no sólo represiva-protectora) en razón de ciertos fines, sin quedar, al introducir funciones-fines, prisioneros de enfoques metafísicos o (neo)iusnaturalistas.<sup>4</sup> Ello nos permite

4 Bobbio, Norberto: “Hacia una teoría funcional del Derecho”, en VV.AA., “Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja” (prólogo G. Carrió), Buenos Aires: Editorial Astrea, 1976, pp. 9-30. Véase también de Bobbio: “Contribución a la teoría del derecho” (estudio, recopilación y traducción de A. Ruiz Miguel), Fernando Torres (editor), Valencia, 1980, pp. 241-287, 367-390.

aceptar que la Constitución es un producto histórico, pero no es un sistema de normas inerte, ya que también puede ser parte del cambio social.

En nuestro país, a pesar del ciclo de reformas de la transición política cerrada en 2005, la Constitución vigente es nueva en gran parte de su estatuto del poder, pero es vieja en aspectos muy sustanciales, a saber: la Constitución económica y la Constitución social que se mantienen en los contenidos gruesos, es decir, fiel reflejo de una refundación autoritaria del capitalismo, con nítido sello neoliberal expresada en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo); amplia recepción de derechos civiles de contenido patrimonial revestidos de una protección judicial extraordinaria en el proceso de amparo de derechos ante tribunales superiores de justicia; “autonomías constitucionales” como dispositivos contramayoritarios y enderezadas a defender o custodiar el “orden constitucional” (Tribunal Constitucional y Banco Central); y “enclaves autoritarios” subsistentes como la legislación de “supermayorías” o de quórum especial para dotar de estabilidad el desarrollo de ciertos institutos de la parte dogmática de la Constitución (previsión, salud, educación, enseñanza, limitaciones a la libertad de adquirir bienes, propiedad minera, amparo económico, etcétera) o de parte orgánica de la Constitución (bases de la administración del Estado, fuerzas armadas y de orden, Tribunal Constitucional, Banco Central), la que es “legislación exprés” durante el régimen autoritario; y en el sistema electoral público la legislación orgánica constitucional de quórum extraordinario que protege la fórmula binominal empírica en elecciones parlamentarias, entre otras instituciones.

Asimismo, metodológicamente denominamos reformas constitucionales de “primera generación” a aquellas definidas por el clivaje democracia-dictadura, reformas que conciernen a la transición política a la democracia y la remoción de los “enclaves autoritarios” institucionales. En cambio, denominamos reformas constitucionales de “segunda generación” a aquellas que suponen ir más allá de la transición y enfrentar los “enclaves autoritarios” socioeconómicos, propios de una “refundación autoritaria” del capitalismo que encuentra cristalización iusfundamental en la Constitución de 1980, la que, huelga decirlo, es una carta ideológica, originaria y desarrollada.

En este orden de ideas, reformas constitucionales concernientes a la supervivencia de “enclaves autoritarios” institucionales, tales como las leyes de supermayoría y el sistema electoral, y autonomías constitucionales, tales como el Tribunal Constitucional y el Banco Central, son el saldo deudor del ciclo 1989-2005, y que conciernen al cierre efectivo de la transición política y la adopción de una legitimidad de la Constitución, supuesto de un efectivo “pa-

triotismo constitucional”. A su vez, las reformas constitucionales dirigidas a modificar la Constitución social, la Constitución económica, la forma jurídica de Estado o el régimen político democrático presidencialista son reformas de “segunda generación”.

Hoy, por tanto, plantear una nueva “Constitución del Bicentenario” exige hacerse cargo de un plexo de reformas de “primera” y de “segunda generación”, lo que es su contenido sustantivo. Luego, el debate respecto de cuál es el procedimiento adecuado es adjetivo y, por ende, es una discusión distinta en la que se plantean como opciones reforma o asamblea constituyente, y que hemos englobado bajo el término “operación constituyente”, para superar los bloqueos o chantajes de la opción de reforma constitucional prevista en el capítulo XV de la Constitución.

Congruente con el cuadro descrito, sostenemos que la Constitución tiene un saldo deudor, que debe ser asumido por la nueva “Constitución del Bicentenario” en algunas áreas, a saber, especialmente:

a) Legitimidad de origen.

b) Apertura del “techo ideológico” de la Constitución, que para el constituyente originario es un verdadero “refrito” ideológico autoritario, neoliberal, conservador y corporativista, a un techo ideológico que incorpore las tradiciones y culturas del constitucionalismo democrático y social.

c) Una “nueva” Constitución económica y Constitución social que descansen en la compatibilidad pública-privada, de Estado y mercado (solidaridad y subsidiariedad) y asociada a la fórmula del Estado social.

d) Perfeccionamiento de las decisiones fundantes acerca de la República democrática y del Estado de derecho, incorporando nuevas técnicas de participación directa de la ciudadanía en las decisiones estatales (iniciativa popular, *recall*, referéndum, entre otras) y reforzando los controles y responsabilidades del poder, en especial de las que deben existir para las nuevas “autonomías constitucionales” funcionales y territoriales.

e) Ampliación del catálogo de derechos, deberes y garantías de la Constitución, tanto de derechos civiles, derechos políticos, y derechos económicos, sociales y culturales.

### **Operación constituyente**

En suma, respondiendo ahora a la pregunta “qué hacer con la Constitución”, se hace necesario asumir una perspectiva de futuro o prospectiva: la Constitución de 1980-2005 debe ser objeto de un plexo de reformas constitucionales de “primera” y de “segunda generación” en la perspectiva de con-

tenido, expresada en una “operación constituyente” que abra un espacio a la sociedad política y a la sociedad civil, a los partidos políticos y movimientos sociales, a la gestación de un consenso constitucional que salde definitivamente la deuda de ilegitimidad de origen de la Constitución y aborde los nuevos temas, con miras a establecer las bases de una República democrática y un Estado de derecho más moderno.

Al resultado de esta “operación constituyente”, no circunscrita a la democracia de partidos, sino a la democracia de los ciudadanos, la denominamos “Constitución del Bicentenario”. La “operación constituyente” requiere de la forja de un amplio consenso político-constitucional en el seno de la política y de la sociedad civil, capaz de generar una sólida opinión pública de horizonte republicano-democrático y social; ello, para no estar condenados de antemano a un bloqueo de una oposición, a veces más cautiva del régimen autoritario de lo que uno podría desear o pensar después de dos décadas, bloqueo amparado en los quórum ordinario y extraordinario de reforma constitucional del Capítulo XV.

Tal rigidez constitucional y quórum especialmente agravado es una reforzada expresión contramayoritaria o de “cerrojo” de nuestro sistema institucional básico, como destaca Couso tomando la conceptualización de Ginsburg del “constitucionalismo como seguro”.<sup>5</sup>

Con el término “operación constituyente” englobamos todos los procedimientos democráticos de elaboración y aprobación de una Constitución democrática: asamblea constituyente, referéndum constituyente y Congreso o parlamento constituyente, evitando así anteponer el procedimiento o forma del cambio constitucional a una definición de contenidos propios de una matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social. Al mismo tiempo observamos con escepticismo la fe casi taumatúrgica que se expresa por ciertos movimientos de la sociedad civil en nuestro país en la radicalidad democrática y regeneradora de instituciones de una asamblea constituyente, bajo el influjo de los procesos constituyentes de Venezuela (1999), Bolivia (2008) y Ecuador (2008).

Ciertamente la definición de un procedimiento puro o mixto de elaboración y aprobación de una Constitución democrática no es una cuestión carente de relevancia, sino por el contrario; pero lo central son los contenidos y la pertenencia de éstos a la matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social que equilibre las tradiciones ideológicas del constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social) y que al mismo tiempo cale hondo en

5 Documento de trabajo de Couso, Javier: “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional”, citado con autorización del autor.

un discurso político constitucional propio del “progresismo” en general, discurso político constitucional inexistente o que ha permanecido relegado a un segundo plano probablemente por el predominio de visiones economicistas y sociologizantes en el discurso político tradicional de las izquierdas.

En suma, a fin de superar un debate fútil y artificioso acerca de la “vieja-nueva” Constitución o Constitución de 1980-2005, el debate útil o mejor dicho fértil se sitúa en el campo prospectivo o de futuro, enderezado a una reforma de segunda generación u “operación constituyente”, que confiera a la Constitución legitimidad democrática plena, modifique profundamente su estatuto del poder y enmiende la Constitución económica y la Constitución social, abriendo el techo ideológico de la carta a las tres tradiciones y culturas (ideologías en sentido débil y fuerte) del constitucionalismo moderno: constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social, y recepcionando la fórmula del Estado social y democrático de derecho.

Este planteamiento, que apela al poder constituyente democrático y a la soberanía popular no es novedoso: posee un soporte innegable en las raíces del constitucionalismo moderno. Así, en la usina de la revolución francesa, Condorcet, uno de sus ilustrados protagonistas y víctima, llegó a afirmar un postulado básico y vigente del poder constituyente democrático: “Un pueblo tiene siempre el derecho de rever, reformar o cambiar la Constitución; una generación no tiene derecho a someter a sus leyes las generaciones futuras”, principio recogido en el artículo 28 de la Constitución de 1793 y que pasa al constitucionalismo de los siglos XIX y XX, postulado incluso por Jefferson y Paine durante la revolución norteamericana.

El resultado de esta aproximación prospectiva de una reforma constitucional de segunda generación u “operación constituyente”, fundada en la “soberanía popular” y sus procedimientos democráticos, y en un amplio consenso político, es lo que denominamos la Constitución del Bicentenario, es decir, el pleno reencuentro de Chile con sus tradiciones institucionales y con la necesidad de innovar; renovando el “pacto” político mayoría-minoría que subyace a la Constitución y a las decisiones fundamentales que contiene acerca de la relación Estado, individuo y sociedad civil y economía, a la forma política de Estado: República democrática, forma jurídica de Estado: Estado unitario y forma jurídico-política de Estado: Estado de derecho, régimen político y tipo de gobierno presidencialista; y los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que consagra.

En el contexto de la Constitución del Bicentenario debemos plantear y lograr un consenso para reformar, modificar o cambiar profundamente el

estatuto del poder y la carta de derechos, la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución, a partir de la apertura del techo ideológico y la recepción de reformas de segunda generación relativas a temperar el régimen presidencialista, recepcionar la cláusula de Estado social y democrático de derecho, introducir un Estado regional, establecer institutos o técnicas de participación directa de la ciudadanía (referéndum, iniciativa popular de ley, revocatoria), incorporar una cláusula de primacía del derecho internacional común y convencional de los derechos humanos, crear una Defensoría del Pueblo, y abrir el catálogo de derechos, deberes y garantías constitucionales a nuevos contenidos tutelares (derechos de pueblos indígenas y minorías, cláusula antidiscriminación, nuevos derechos individuales y colectivos, entre otros) y a nuevos mecanismos de protección extraordinaria como el amparo constitucional.

Todo ello obliga en primer lugar a asumir cambios en el “modo de pensar la Constitución” (Dahl), lejana a la fe acrítica del canonista o a la recalcitrancia crítica con la Constitución documental y/o sus ideólogos reales o supuestos, que encubre una cierta “filia” o “fobia” ideológica con la carta y sus primitivos autores históricos remotos.

En este contexto la reforma del régimen político presidencialista es aún una tarea pendiente, en la medida en que este régimen es un “sistema contramayoritario” (Gargarella, Nino), es decir, un ordenamiento institucional que tiene entre sus “principales fines el de obstaculizar la formación, expresión y puesta en práctica de la voluntad de las mayorías”. Nuestro presidencialismo es un “sistema contramayoritario” reforzado por la incrustación de instituciones “contramayoritarias”; más allá de la tradición presidencial norteamericana, que desde sus orígenes es un arreglo institucional que descansa en un principio de separación rígida de poderes y en la desconfianza en la “tiranía de las mayorías” y el accionar faccioso, visión de los “padres fundadores” y de los “framers”, de lo cual *El federalista* es un elocuente botón de muestra, aunque tales definiciones en el proceso constituyente de 1787 no fueron pacíficas a la luz del “antifederalista” y de la visión de un padre fundador como Jefferson, lo que queda demostrado con la temprana factura entre federalistas y republicanos democráticos.

Este régimen presidencialista como “sistema contramayoritario” coadyuva a un sistema político en que la lógica gobierno-oposición está dominado por una competencia orientada al empate y falta de cooperación, lo que termina generando un “hiperpresidencialismo” (mayor concentración de poder en el Presidente de la República y gobierno) como respuesta al tipo de oposición. Al mismo tiempo se produce un deterioro de la “calidad de la política” y una “cor-

porativización de la política” (localmente percibida como patrimonialización de la política y de los cargos, y reproducción endogámica o por cooptación de la elite o “clase política”), asociada a la tradicional ley de hierro de las oligarquías partidarias, que produce un distanciamiento creciente de las elites políticas de la ciudadanía, con nocivos efectos en el ámbito de la participación política y vitalidad de la sociedad civil. Asimismo, como lo hemos expuesto en otro lugar, la fórmula electoral del sistema para elecciones parlamentarias conocida como “binominalismo” tiende a trasladar la competencia político-partidista al interior de los pactos o alianzas con consecuencias muy perniciosas.

A nuestro juicio, la moderación o atemperación del régimen político presidencialista y la modificación del “binominalismo” generan cambios en el arreglo institucional que favorecen una ecuación equilibrada entre gobernabilidad y participación, y conjuran el peligro que la “democracia de partidos” se convierta en un “gobierno de partidos”.

Finalmente, también debemos plantear y lograr consenso acerca de la necesidad de reforzar la vinculación a la Constitución y la ley, y de establecer un régimen de control político y social en la medida en que sea compatible con la función, y un régimen de responsabilidad constitucional y legal para las instituciones “contramayoritarias” del Estado (Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Banco Central), de suerte que su necesidad en la “democracia constitucional” no se traduzca en inmunidad de poder e irresponsabilidad, lo que de suyo es incompatible con una República democrática y Estado de derecho. Se trata de encontrar mecanismos que aminoren una eventual “tiranía de los valores” y activismo judicial como ocurre con las judicaturas, y en especial con el Tribunal Constitucional. Un reconocimiento de estos peligros observa un antiguo juez constitucional y sólido jurista como D. Grimm al anotar “El riesgo para una jurisdicción constitucional efectiva se halla en que los tribunales, ante el escaso grado de precisión que contienen, sobre todo, las normas materiales de la Constitución y al amparo de su aplicación, asuman tareas de configuración política y, de este modo, perturben los nexos de responsabilidad democrática y las limitaciones de funciones”. El reforzamiento de la legitimidad instrumental y de la responsabilidad de las instituciones “contramayoritarias” aleja el peligro de un “gobierno de los jueces” o de una tecnocracia ideológicamente legitimista de un cierto modelo de desarrollo capitalista sin espacios para la política.

Ciertamente, no se trata de defender una reforma de segunda generación u “operación constituyente” inspirada en un nuevo “jacobinismo” democrático radical, sino simplemente de equilibrar al interior del Estado y del régimen político, organizado como una “democracia constitucional”, sus raíces

democrático-representativas y democrático-participativas, y con ello, además, morigerar la “democracia de partidos”.

### **Cómo hacerlo, o estar dispuestos a cortar el “nudo gordiano”**

Hemos dicho que la serie de preguntas que invitan a ser respondidas en este seminario tienen una pregunta central: ¿qué hacer con la Constitución?, y subsiguientemente: ¿cómo reformar o cambiar la Constitución? Nuestra propuesta es utilizar una vieja categoría del arsenal del constitucionalismo: operación constituyente, acuñada por Hauriou, pero asignándole un significado distinto, el de proceso político de cambio constitucional desde la sociedad política (y los partidos) y de la sociedad civil, en que la determinación del procedimiento a emplear (reforma, referéndum, asamblea constituyente o un *mixtum compositum* de éstas técnicas propias de una Constitución democráticamente gestada) no es que carezca de importancia, sino que lo central sea la forja de un consenso constitucional, que reponga en el seno de la Constitución la idea de pacto y autodeterminación política del pueblo.

La “operación constituyente” con miras a la nueva Constitución del Bicentenario no debe excluir la diversidad de mecanismos esbozados en el debate constitucional, incluso el de reforma total contemplado en el capítulo XV de la Constitución vigente. No obstante, no puede quedar prisionero de éste dado que impone un bloqueo al entregar la llave de la reforma a la minoría por la vía de quórum extraordinarios y reforzados, sin recurso efectivo a la soberanía popular.

Sin embargo, como la nueva Constitución del Bicentenario no es una reforma constitucional más, de las más de veinte promulgadas a la fecha, por precipitar en ella “reformas de primera generación y reformas de segunda generación”, requiere de una tabula rasa, que no desahucie ningún mecanismo, y que comprometa una amplia participación ciudadana. Esa tabula rasa impone la lógica de estar en condiciones de cortar el “nudo gordiano”, que es precisamente el procedimiento de reforma constitucional vigente.

De este modo, cortar el “nudo gordiano” es el catalizador de la forja de un consenso constitucional abierto, sin ataduras, enclaves autoritarios o mecanismos contramayoritarios, protectores de un orden constitucional heredado y que entrega la decisión política constituyente, no a la soberanía del pueblo, sino a una minoría.

Además, en la “operación constituyente” se requiere de un impulso fundamental o “indirizzo político” que recaer por las características del régimen político en el Presidente de la República y, por consiguiente, en esta magistratura recae abrir el procedimiento constituyente.

De este modo, una nueva Constitución del Bicentenario será la base de un orden político institucional dotado de amplia legitimidad, y fuente de un “patriotismo constitucional”, una suerte de “religión civil” que nos permita pensar colectivamente el futuro.

# De afectos y razones en el debate constitucional

Arturo Fermandois

*Pontificia Universidad Católica de Chile*

Yo vengo acá modestamente, porque si no es ése el parámetro no soy competente. Vengo acá como profesor de derecho constitucional y constitucionalista. No vengo como político ni vengo, desde luego, como cientista político. No sé de esa materia y me cuesta bastante más profundizarla. Vengo a aportar una experiencia más bien concreta y práctica sobre lo que es la reforma de la Constitución y por qué entonces sería importante, sería interesante, sería trascendental reformar o reemplazar la Constitución, en su totalidad o algunas de sus partes.

El planteamiento central que voy a hacer es el siguiente: la razón por la cual cierta intelectualidad está promoviendo una reforma constitucional, o un reemplazo completo de la Constitución, es una razón de afectos, es una razón de adhesiones de afecto casi gástricas, pero no es una razón técnica. Eso es lo que quiero probar acá, o al menos dejar lanzada la discusión para que ustedes lo mediten.

Para quienes funcionamos en el mundo del derecho constitucional aplicado, Tribunal Constitucional, Congreso, Contraloría General de la República, cortes, tribunales, las razones técnicas para abominar la constitución del 80 no existen. Hay razones de afecto: cuando se dice que esta Constitución no gusta porque surge de un gobierno autoritario, totalitario, de facto, militar. Ésa es la razón. Pero no disfracemos las razones con ropajes técnicos hoy, en el año 2009.

Parto con algo que planteó Javier Couso [ver texto en este volumen], quien señaló que la Constitución de 1980 es una Constitución rígida, inamovible, pétrea, destinada a perdurar para toda la historia e incapaz de adaptarse a las flexibilidades democráticas. Eso hoy es incorrecto, si ustedes se fijan en los números que hay. La Constitución del 80, desde luego, con sus grandes reformas de 1989 y 2005, ha sufrido 242 reformas, hasta hoy.

Es interesante también fijarse en cuáles son las normas que se han modificado, y ésa es otra tesis que yo planteé hace cerca de diez años. Lo que le interesa al

reformador es la torta del poder; no lo disfracemos con el tema de los derechos fundamentales. Le interesa cómo instituir una Constitución que le permita a él, como fuerza política, perdurar y mantenerse, tener la hegemonía. Y los capítulos más importantes, abrumadoramente son, el de Presidente de la República, o sea gobierno, capítulos cuarto y quinto, y el de Congreso Nacional, 16,1% de reformas dirigidas al capítulo quinto y 21% al de Congreso Nacional. En total hay casi un 40% de las reformas dirigidas únicamente al tema de distribución del poder. Sabemos obviamente que el 2005 todas las reformas respecto a los enclaves autoritarios ocuparon un espacio importante, pero en estas 242 reformas, contabilizadas no como número de proyectos sino como preceptos que han sido modificados, abrumadoramente se dirigen al tema de la distribución del poder, al sistema político y régimen de gobierno, y no a los derechos.

El capítulo primero, que supuestamente genera este rechazo por unos principios que serían completamente neoliberales, ajenos a la tradición democrática, tiene un 2,9% de reformas. Y esto no se explica por el quórum, no se explica por los dos tercios, y me voy a referir a eso más adelante.

El capítulo tercero ha tenido un 9,1% de reformas. Fíjense ustedes en el año 2005 y las grandes reformas de ese año. ¿Qué se modificó de los derechos fundamentales? Básicamente, no era lo que más interés despertaba. Se modificó un poco en materia de debido proceso, respecto del momento de la perpetración del delito, un tema técnico. Se modificó prácticamente nada del capítulo tercero, de derechos fundamentales, donde habíamos esperado una estampida de personas que querían cambiar nuestra estructura neoliberal. No era de interés ciudadano, aparentemente, o esto operó por los quórum.

Un segundo tema: la rigidez de la Constitución chilena en el derecho comparado, porque ésta es otra afirmación que se ha escuchado. La Constitución chilena, desde las reformas del 89, con tres quintos y dos tercios, se ubica en el medio del derecho comparado en materia de rigideces constitucionales. Fíjense ustedes, hay un trabajo científico de Lipjhart que establece un ratio de rigideces constitucionales y clasifica las Constituciones de manera comparada. Tenemos un primer sistema con supermayorías, mayores que dos tercios, hay tres cuartos en algunos países. Alemania tiene un ratio de 3,5, que es más de dos tercios. Mayorías de dos tercios o equivalentes: Austria, Bélgica, Finlandia, Luxemburgo, Holanda. Este país tiene un sistema de aprobación de reformas de dos congresos, el cual se eliminó para el caso de Chile con las reformas de 1989 por ser antidemocrático. España también tiene dos tercios.

Países que tienen entre dos tercios y mayorías ordinarias: Irlanda, Italia, Dinamarca, Grecia. Muchos países tienen distintos sistemas de reformas para

distintas normas, y hay otros países también que tienen mayorías ordinarias, completamente flexibles, como el Reino Unido, Islandia, Israel. ¿Qué quiero decir con esto? La Constitución chilena tiene una rigidez normal atribuida por los autores a un precepto de rango constitucional.

Analicemos un tema más práctico, asociado al debate político-legislativo. ¿Cuáles son los temas que más pasión han despertado en el debate constitucional en los últimos dos o tres años? La “píldora del día después” –la pilдорización del debate se tomó todo el año pasado– y el Transantiago, que es otro tema tremendo, ya que produjo problemas todos los días, costó muchos recursos, créditos internacionales declarados inconstitucionales, traumas en el Congreso, parlamentarios que se bajan de sus posturas, etcétera.

Analicemos constitucionalmente esto, frente a una Constitución que impide la operación de la democracia. Estos dos temas son propios de ley común, a pesar de que el caso del Transantiago, cuando usted se va a endeudar más allá del periodo presidencial suyo, es decir va a dejar al próximo Presidente endeudado, en ese caso se aplica una ley de quórum calificado, pero en general, si usted se va en tramos cortos, es ley común, ley simple, mayoría simple.

El caso de la píldora yo lo planteé el año 2004, en un debate con profesores de la Universidad de Chile; se soluciona con un proyecto de ley, porque hay espacio flexible en el artículo 19.1, inciso segundo de la Constitución, para que la ley haga excepciones, matice y vea de qué forma la fertilidad puede funcionar. De hecho hay un proyecto de ley presentado hoy día, pero eso no se hizo en su minuto. Se promulgó primero una norma infrarreglamentaria, se propuso una norma general nacional de la fertilidad que tenía la firma de sólo el ministro, ni siquiera del Presidente de la República.

El Tribunal Constitucional frente a esta decisión requirió al menos de un decreto supremo. Mi planteamiento es que aquí hay espacio, en ley común como sucede en cualquier democracia del mundo, para quienes quieren promover sus ideas, plantearlas en el debate, pero no se hizo así. Entonces, el Tribunal Constitucional dijo que no e hizo consideraciones de fondo. Algunos sostienen que con una ley ratificarían esos argumentos de fondo, otros sostienen que se flexibilizaría. Pero aquí no hay un tema de la Constitución. Éstos son preceptos que vienen en el Código Civil hace 150 años, se ha planteado su reforma, pero no hay proyectos porque detrás está el tema del aborto, y ése es un tema que divide mucho a la sociedad chilena. El problema no lo tiene la Constitución.

Observemos el segundo tema, el Transantiago. El tema causó gran impacto con el Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional un decreto supremo que endeudó al Estado chileno con una institución extranjera, primero

con el BancoEstado y a continuación el Estado se endeudó por el quíntuple de la cantidad con un organismo extranjero, por decreto, cuando el artículo 63, números seis, siete y ocho, indica que se requiere de una ley. Éste no es un tema de la Constitución, no es un tema de supermayorías, no es un tema de neoliberalismo: esto es un tema tan básico como si usted se quiere endeudar, usted necesita una ley. Si usted quiere dejar endeudado necesita una ley y un proyecto de ley simple, y ese proyecto de ley simple no prosperó, se rechazó porque un parlamentario se bajó.

Analicemos otra tesis: “La Constitución chilena habría que removerla completamente por esta razón afectiva, y también porque contendría un paquete dogmático inaceptable, intolerable, cuestionable e incompatible con la democracia”.

Ya he mencionado el número de reformas a los artículos primero y tercero. ¿Cuánta molestia hay con estos artículos? ¿Qué quieren hacer con el artículo primero? ¿Quieren decir que el Estado no está el servicio de la persona humana, sino la persona humana al servicio del Estado? ¿Invertir completamente estos principios? El artículo quinto no establece limitaciones en el ejercicio de la soberanía. Si se quiere un Estado más fuerte, más protagónico, presente en la vida pública, nada de subsidiaridad, un Estado completamente protagónico y activo, ¿qué sostengo yo?: que eso se puede hacer por la Constitución. Veamos algunos ejemplos.

En temas de materia tributaria: si se quiere aumentar los impuestos fuertemente, si se desea un Estado progresista, socialista, hoy aquello se podría hacer, dado que requiere de una ley simple. ¿Cuántos proyectos de ley han sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional por contener tributos manifiestamente desproporcionados o injustos? Ninguno. Todos rechazados por el Tribunal Constitucional en todas sus épocas, no solamente con la última integración. Siempre el Tribunal Constitucional ha sentenciado que un determinado tributo es razonable y justo: cuando se quintuplicó el impuesto al tabaco, cuando se aumentó el impuesto a los alcoholes. Cosa distinta es que no se quieran plantear impuestos más altos, pero no es problema de la Constitución, es un problema de la discusión democrática, de los líderes, de los ministros de Hacienda.

Observemos el tema de la propiedad. A menos que se quiera avanzar hacia un sistema como Venezuela, donde hay cinco o seis tipos de propiedad, la colectiva, la estatal, la regional, pero ¿qué se quiere hacer con el derecho de propiedad? Supongamos que quiero un Estado más socialista, ¿se puede expropiar hoy? Claro que se puede expropiar, a menos que se quiera decir que la

expropiación es sin indemnización, pero ése es otro tema netamente opuesto. Si se quiere disponer de bienes sobre la propiedad, la Constitución alemana lo tiene y la Constitución italiana también. ¿Lo puede hacer hoy día? Por cierto que sí. ¿Por qué tipo de ley? Por ley simple. ¿Cuáles han sido las sentencias del Tribunal Constitucional? El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales los proyectos de ley por excederse en las limitaciones a la propiedad una vez en los últimos diez años: la sentencia de la ley de rentas vitalicias el 2001. Todas las demás han sido avaladas por el mencionado tribunal.

Entonces, si yo estoy en el palacio presidencial de La Moneda y quiero promover un Estado progresista, socialista, ¿esta Constitución me lo impide? En la realidad no me lo impide, pero debo convencer a los parlamentarios. Ahora bien, si los parlamentarios no representan a la gente, aquello es un problema del sistema electoral y ése es otro debate. La Constitución, sin embargo, no está poniendo allí ninguna cortapisa.

La Constitución no constituye hoy día un marco valórico. Para finalizar, analicemos el artículo 19.21, vinculado al tema del Estado empresario. Algunos han planteado que la Constitución tendría un principio de subsidiaridad que sería neoliberal. Yo pregunto en concreto: ¿cuántos proyectos de ley presentados para establecer empresas estatales han sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional o derrotados en la ley de quórum calificado? Ninguno.

De hecho, el que se presentó es un proyecto de ley para crear una caja de pensiones estatal, pero el problema no lo tiene la Constitución: el problema es que no se quiere presentar el proyecto. El ministro dice que sí, que no, transa, negocia. A los ministros de Hacienda no les ha interesado aumentar las empresas estatales. A principios de los 90 se aumentó el giro de la Empresa Nacional del Petróleo en una filial de Punta Arenas, y ése ha sido el único proyecto en materia de expansión del Estado empresario. Si yo fuera ministro o Presidente no me haría ningún problema con esto. Me conseguiría los votos, como se los consiguieron para el Transantiago hoy. No costó nada conseguir los votos para el Transantiago; se cruzaron los intereses, en fin.

En síntesis, en mi exposición he intentado sugerir que debemos entregar razones técnicas. Mi convicción total es que no hay problemas técnicos en la Constitución. Hay un problema de afectos, lo que sin duda es legítimo y lo entiendo. Pero debemos sincerarnos en esta discusión.

# Patriotismo constitucional en el Bicentenario

Pablo Ruiz-Tagle  
*Universidad de Chile*

Quisiera contextualizar mi presentación dentro del trabajo que se ha venido realizando en Océanos Azules, que es este grupo que se ha formado para construir un programa político y, entre otras materias, ha planteado la necesidad de tener una nueva Constitución. Este grupo se ha formado en torno a la candidatura presidencial del senador Eduardo Frei, en torno a un método basado en reuniones de discusión. A estas reuniones se ha invitado a muchas personas, entre ellas, el abogado Roberto Garretón y su grupo, que promueven una nueva Constitución, y varios de los profesores que están presentes aquí, como Francisco Zúñiga, Fernando Atria, Javier Couso, Claudio Fuentes y Manuel Antonio Garretón, entre otros. Ésta ha sido una experiencia muy enriquecedora y lo que se ha planteado ahí es la necesidad de avanzar en reformas democratizadoras, que serían aquellas que están generando un bloqueo institucional, y que la mayoría ciudadana hasta la fecha no ha logrado reformar. Otras se refieren a la profundización de la democracia, asociadas a temas de participación y equilibrio de poderes.

Es cierto, como planteaba el abogado y profesor Arturo Fermandois [ver comentario en este volumen], que hay muchas reformas en nuestra Constitución y que quizás no hay razones técnicas para considerar rígida a nuestra Constitución, pero también es cierto que hay un bloqueo de la expresión ciudadana y eso es lo que viene a expresar, entre otras cosas, con gran fuerza Roberto Garretón [ver comentario en este volumen]. En esta etapa, entonces, algunos, como Fernando Atria y Javier Couso, han planteado reformar el sistema electoral y las leyes de quórum, modificar el Tribunal Constitucional y consagrar lo que se denomina un Estado social y democrático de derecho. Entonces, en las discusiones en Océanos Azules se ha pensado que en una segunda etapa viniesen reformas en torno al régimen político y su equilibrio, en

torno a la participación, en torno a medidas políticas que tengan que ver, en fin, con plebiscitos comunales, referéndum, diálogos sociales. Una propuesta más amplia que vendría a coincidir con la que hizo el aenador Frei el 3 de diciembre de 2008 en la comisión especial de la cámara para régimen político.

Esta propuesta no implica que no se pueda avanzar en algunas de estas materias particulares de manera separada, pero se plantea una estrategia correcta de énfasis de ciertas materias que permitiría eliminar ciertos bloqueos dentro del sistema institucional que admitiesen cambiar el sistema. Y es una pregunta abierta en qué consiste esta noción de plantearse dentro del sistema institucional, porque sabemos que los artículos 127 y siguientes de la Constitución establecen un sistema muy difícil para reformar la Constitución, aunque, insisto, han existido muchas reformas constitucionales en nuestro país.

En este contexto, se podría optar por el camino seguido por España después de la muerte de Franco —y tenemos hace poco el evento que es similar a la muerte de Franco en nuestro país—, que consideró una fórmula mixta entre continuar un camino institucional y generar una comisión de notables que no sólo se pronuncien —y aquí está la propuesta de Francisco Zúñiga, de Javier Couso, y de Fernando Atria también— sobre el contenido de la reforma, sino que también hagan una propuesta al país sobre el camino, el procedimiento que debería seguirse para esta reforma.

Creo que éste es un momento en el cual hay en Chile una fuerza, una necesidad de pensar en serio en el cambio constitucional, y sobre eso quería hacer una breve reflexión histórica.

Hemos tenido cinco períodos republicanos. El primero lo podemos llamar el de la República Independiente, que va desde 1810 hasta 1833. El segundo, el de la República Autoritaria, que va desde 1833 hasta 1860. El tercero, de la República Liberal, que va desde 1860 hasta 1925. El cuarto, de la República Democrática, que va desde 1925 hasta 1973, y el quinto, que es el que actualmente vivimos, es la República Neopresidencialista y Neoliberal. Neopresidencialista por la increíble cantidad de atribuciones que se le entregan al Presidente, que no tiene precedentes en ninguna Constitución chilena previa, y neoliberal porque enfatiza los aspectos de la libertad negativa en los derechos, menoscabando otros aspectos.

Cada una de estas experiencias republicanas —algunas de ellas son experiencias republicanas en el límite como la república autoritaria— ha sido precedida por un gobierno de facto, por una dictadura militar, y esos mismos gobiernos son lo que les han dado efectivamente término a cada una de estas experiencias republicanas. La única vez en nuestra historia que hemos tenido un tránsito

pacífico de una experiencia republicana a otra se dio entre 1860 a 1871, cuando se pasó de la república autoritaria a la tercera república liberal, y esto no sin importantes convulsiones políticas. En los demás casos se han producido interrupciones a nuestra vida republicana que dan origen a experiencias constitucionales. De esta situación histórica nuestro país hoy podría tener una tremenda oportunidad de pasar pacíficamente de esta república autoritaria, que tiene su origen en Pinochet, que es neopresidencialista en la forma en que estructura el poder, de los órganos del gobierno, y neoliberal en la forma en que concibe los derechos, a un Estado social y democrático de derecho, a una nueva república, a la sexta república, a un nuevo periodo político que sea un periodo político en que participemos todos, en el que todos nos sintamos interpretados.

Ésta podría ser la función de la Constitución del Bicentenario. Una Constitución mucho más inclusiva en su concepción de los derechos fundamentales, más representativa, más participativa, fundada en un sentido ético del servicio público y en el ejercicio responsable del poder. Se trataría de superar esto que parece impacientar al abogado Roberto Garretón [ver comentario en este volumen], y a mí también, y a muchas personas de mi generación con las que me siento identificado, esta lógica del falso consenso. Me parece que mi colega Arturo Fermandois gira demasiado contra la cuenta corriente del falso consenso, el cual ahoga el debate abierto sobre la igualdad y la libertad; ahoga el debate sobre los ideales políticos e impide concluir una transición a la democracia que, lejos de persuadirnos de sus virtudes, adormece a toda una generación de chilenos.

Se trataría, entonces, de generar una verdadera mutación genética de nuestra vida política y constitucional. Una mutación cambiaría el ADN del sistema desde la República en la que estamos hasta una nueva República que construiríamos, y para eso tendríamos que debatir en forma patriótica el procedimiento mediante el cual cambiamos, y también el contenido, de esa nueva Constitución y llamar a todos los sectores políticos. Promover, entonces, un cambio que pueda comprometer a una o más generaciones de ciudadanos y ciudadanas con estos ideales.

Para avanzar en este cambio el poder constituyente debe cumplir con una serie de condiciones para que se exprese de una manera institucional, democrática y participativa, y para que podamos crear esta Constitución del Bicentenario. Porque no podemos crear una nueva Constitución con otro cuartelazo.

La idea es pasar pacíficamente de un régimen al otro. A este respecto a mí siempre me han parecido correctas las aprensiones de Ackerman en esta materia: cuando plantea que para ejercer el poder constituyente en el contexto de

un sistema democrático constitucional y republicano deben cumplirse ciertas condiciones. ¿Y cuáles son esas condiciones? En primer lugar, dice Ackerman, debe convencerse a un número extraordinario de los ciudadanos que puedan tomar la iniciativa propuesta con una seriedad que normalmente no le asignamos a la política común y corriente, a la política normal. Ésta es una cuestión especial a la que debe acudir un número mayoritario de ciudadanos. En segundo lugar, esa mayoría ciudadana debe permitir a sus opositores, a quienes no quieren el cambio, a los que están dispuestos a dar la vida por la Constitución pinochetista, a los que no les interesa la política, debe permitirles a sus opositores una justa oportunidad para organizar sus propias fuerzas. En tercer lugar, se debe convencer a la mayoría de los ciudadanos para que apoyen la iniciativa de cambio constitucional al mismo tiempo que los medios de este cambio son debatidos una y otra vez en foros deliberativos previstos para los casos de legislación suprema constitucional, para los casos de reforma constitucional.

De todo lo anterior yo concluyo que esto es una tarea no sólo para el Presidente de la República, no sólo para los parlamentarios, para los partidos políticos, para los profesores de derecho, para los medios de comunicación. Para que esta tarea sea exitosa, se debe persuadir y comprometer a un número extraordinario y muy significativo de nuestros compatriotas. Como expresa, por lo demás, Adam Smith —el mismo que escribió *La riqueza de las naciones*, pero que tiene algunos otros libros que vale la pena leer, como *la Teoría de los sentimientos morales*—, quien dice que es fundamental generar en todo país, para que realmente funcione, un sentimiento profundo de patriotismo constitucional.

Es ese patriotismo constitucional el que trataríamos de generar todos los chilenos, un patriotismo que no sea estar orgulloso, y ahora que viene septiembre, estar orgulloso de las montañas o de otros aspectos de la geografía y de nuestra interacción social. Dejémosles eso a los autores costumbristas. Debemos estar orgullosos de nuestras leyes, de nuestras instituciones republicanas, de nuestra República. Ése es el ideal al que aspiramos y ése es el ideal de la propuesta de reforma constitucional.

Tiene razón el profesor Fermeadois cuando dice que se trata de una cuestión afectiva, pero las cuestiones afectivas en materia política son tanto o más importantes que las cuestiones técnicas.

