

DIÁLOGOS CONSTITUCIONALES

Lucas Sierra, editor



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

DIÁLOGOS CONSTITUCIONALES

La academia y la cuestión constitucional en Chile

Lucas Sierra, editor

Ciclo “Diálogos constitucionales”

Organizadores

Gastón Gómez, Lucas Sierra y Francisco Zúñiga.

Relatores

Gastón Gómez, José Francisco García, Patricio Zapata y Francisco Zúñiga.

Profesores participantes

Víctor Manuel Avilés, Antonio Bascañán, Jaime Bassa, Germán Concha,
Luis Cordero, Jorge Correa, Rodrigo Correa, Arturo Fermandois,
Juan Carlos Ferrada, Rodolfo Figueroa, José Francisco García,
Gastón Gómez, Miriam Henríquez, José Ignacio Martínez, Claudio Moraga,
Enrique Navarro, Manuel Antonio Núñez, Eric Palma, Emilio Pfeffer,
Teodoro Ribera, Pablo Ruiz-Tagle, Lucas Sierra, Francisco Soto,
Sebastián Soto, Verónica Undurraga, Julia Urquieta, José Miguel Valdivia,
Sergio Verdugo, Patricio Zapata y Francisco Zúñiga.

Equipo del CEP

Isabel Aninat y Javier Gallego.

DIÁLOGOS CONSTITUCIONALES.
LA ACADEMIA Y LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL EN CHILE

© Centro de Estudios Públicos, 2015

Inscripción N° 251.396
ISBN 978-956-7015-46-7
Edición de 800 ejemplares, marzo de 2015

Editado por el Centro de Estudios Públicos, CEP, Monseñor Sótero Sanz 162, Providencia,
Santiago de Chile.

Derechos Reservados. Ni la totalidad ni parte alguna de este libro puede ser reproducida sin
permiso escrito del editor.

www.cepchile.cl

Producción gráfica

David Parra

Editor de texto

Cristóbal Joannon

Imagen de portada

Detalle de “Encuentro” (1996) de Mario Irarrázabal

Fotografía

Fernando Maldonado

Impreso en Andros Impresores, 2015

Índice

Prólogo de los relatores	9
Introducción del editor	19
<i>Cuestión I</i> Potestad constituyente (<i>Apertura</i>)	23
Relación de Francisco Zúñiga	25
<i>Sesión 1</i> : 19 de mayo de 2014	39
<i>Cuestión II</i> Derechos constitucionales	69
Relación de Gastón Gómez	71
<i>Sesión 2</i> : 26 de mayo de 2014	103
<i>Sesión 3</i> : 2 de junio de 2014	129
Anexo: Derechos constitucionales	165
<i>Cuestión III</i> Estructura del Estado	227
Relación de Patricio Zapata	229
<i>Sesión 4</i> : 9 de junio de 2014	239
<i>Sesión 5</i> : 16 de junio de 2014	267
Anexo: Estructura del Estado	293
<i>Cuestión IV</i> Régimen político	319
Relación de José Francisco García	321
<i>Sesión 6</i> : 23 de junio de 2014	345
<i>Sesión 7</i> : 30 de junio de 2014	377
Anexo: Régimen político	415
<i>Cuestión I</i> Potestad constituyente (<i>Cierre</i>)	457
<i>Sesión 8</i> : 7 de julio de 2014	459
Anexo: Potestad constituyente	491
Conclusión del editor	521
Bibliografía	527
Participantes en los “Diálogos constitucionales”	537
Índice de participantes en las sesiones	541

Prólogo de los relatores

Este libro nació deliberadamente. No debe verse en él ni una pizca de ingenuidad. Sus orígenes se remontan a conversaciones espontáneas –en un café, un seminario, alguna conferencia– entre José Francisco García G., Gastón Gómez B., Patricio Zapata L. y Francisco Zúñiga U., a finales del gobierno del Presidente Piñera, ante la expectativa de vernos abocados en marzo de 2014 a un debate constitucional de dimensiones titánicas y límites borrosos. En esas conversaciones se fue plasmando la idea de que una generación nueva de especialistas en derecho público debía hacer un esfuerzo por encontrar un lenguaje común que contribuyera públicamente a comprender la realidad que atravesaba el país, las expectativas sociales que se habían fraguado, los anhelos de cambio y los ideales republicanos en juego. Se advertía que la Constitución pasó a ser el centro de las diferencias políticas entre los sectores representativos, aunque no estaba claro por qué ni cómo ello había sucedido. Todos los programas de gobierno anunciaban reformas a la Carta, pero uno de ellos –el triunfador– tensionaba el sistema político y nos ponía ante una encrucijada hasta ese momento desconocida: eventualmente, podía convocarse a una asamblea constituyente; pero tampoco era público cómo se produciría aquello, quiénes la integrarían, con qué límites (si es que se contemplaría alguno) y qué sucedería con el procedimiento previsto en la actual Constitución para su reforma. Se anunciaba, eso sí, que se requería una nueva Constitución. Surgió entre nosotros la idea de establecer un diálogo heurístico sobre qué cambios había que hacer a la Constitución para alumbrar una nueva o para modificarla, cómo podían hacerse y con qué intensidad. Nos preguntamos: ¿qué tienen que decir al respecto los profesores de derecho constitucional y otros cercanos a esta disciplina, puestos a conversar frente a frente y bajo las reglas elementales del diálogo académico? ¿Podría este diálogo reducir la incertidumbre que dicho anuncio de reforma o cambio generaba?

Estas conversaciones nos llevaron a proponerle al Centro de Estudios Públicos que nos apoyara en una experiencia inédita que consistía en convocar a constitucionalistas y especialistas en derecho público de todos los credos, ideologías, partidos, tendencias, creencias y asambleas, a una conversación destinada a generar confianzas, oírse mutuamente, esbozar argumentos, refutarse y proponer soluciones, en suma, a hablar sobre la Constitución chilena, sus virtudes y deficiencias. La invitación incluyó a 30 especialistas, con la esperanza que de todos ellos, reunidos y obligados a pensar y dialogar sobre un determinado problema constitucional, brotarían las semejanzas, las ideas, los diagnósticos y las enmiendas necesarias a la Constitución, propias del que tiene el mismo oficio: pensar, escribir, argumentar y disentir. Casi nadie se restó a la invitación y durante tres meses, invariablemente los lunes de cada semana, se introdujo el debate con un tema previamente elegido. Este libro es el fruto de ese proceso deliberado y consciente.

Una de las preocupaciones centrales que inspiraron las reuniones y luego el debate fue la pregunta recurrente por la legitimidad de la Constitución que nos rige. La experiencia sugiere que hay sistemas políticos exitosos que transitaron por una asamblea constituyente y otros que no lo hicieron. La tensión entre legitimidad de origen y de ejercicio afectaba las opciones. Pero el problema es más complejo que esa distinción académica. Al promulgar la reforma constitucional del año 2005 y en el prólogo al libro *Reforma Constitucional*, que coordinó el profesor Francisco Zúñiga U. (Zúñiga 2005), el entonces Presidente Ricardo Lagos Escobar planteó con énfasis que la Constitución de 1980 era, a partir de ese momento y con las reformas que se le introducían, legítima, afirmando luego que constituía el “cauce” por medio del cual las disputas y diferencias legítimas podrían expresarse democráticamente. Y agregó, con cierto orgullo, un vaticinio negro: “Chile cuenta desde ahora con una Constitución que no nos divide”. Si se analiza la superficie y las declaraciones de los partidos y grupos sobre el tema constitucional, parece que el ex-Presidente hubiera estado completamente equivocado e hizo un vaticinio, por lo menos, ingenuo. La idea que inspiraban esas palabras, para situarlas en un contexto concreto, era que las reformas constitucionales que se introducían en el año 2005 a la Carta –parte central de los ideales constitucionales que impulsó la Concertación de Partidos por la Democracia desde la década de 1980– ponían a la Constitución a la altura de los regímenes democráticos imperantes en el mundo occidental y que esta se entendía, con

esas reformas, como un “piso compartido” que permite la política democrática. Esta afirmación del entonces Presidente de Chile ha seducido a muchos intelectuales. La pregunta es: ¿se equivocó el Presidente Lagos? Y, si es así, ¿en qué se equivocó? Pero lo cierto es que no estaba aún frío el cadáver cuando la disputa por la Constitución legítima o la legitimidad de la Constitución volvió a abrirse espacio en el debate público, ahora incluso con un tono radical: la “necesidad” de una asamblea constituyente para legitimar el orden político o, cabría agregar, la totalidad del orden político y social. A pesar de que las palabras pronunciadas en 2005 por el entonces Presidente de la República eran ampliamente compartidas, apenas unos años después el debate público misteriosamente ha vuelto a estar dominado o envuelto en la cuestión de la legitimidad de la Constitución, y la “necesidad” de elaborar una nueva Carta que fije la ruta y los destinos del país. Incluso, con impredecibles consecuencias, algunos creen que es jurídicamente posible convocar a una asamblea constitucional omitiendo el procedimiento de reforma o mediante un recurso a los resquicios constitucionales. Por razones explicables –pero erradas– el debate se ha orientado casi exclusivamente en torno a la pregunta de cuál sería el procedimiento para impulsar una nueva reforma o Constitución, si el actualmente vigente o si, antes, habría que modificarlo, atenuando las exigencias de quórum e incluyendo la participación popular tanto en la gestación como –luego– en la ratificación plebiscitaria del orden que se instauraría. Han quedado en la penumbra, en cambio, cuáles son las instituciones que se pretendería implementar, como si cualquier contenido constitucional fuera justo, bueno o legítimo por el hecho de que sea fruto de la asamblea constitucional.

Una Constitución –por cierto– expresa decisiones acerca de algunas materias fundamentales que adopta una sociedad (forma de Estado y de gobierno, derechos que respetar, etc.), pero ello no equivale a decir, como piensan algunos, que la Constitución sea fruto de una decisión o de una voluntad; es fruto, entre otras cosas, de un “paralelogramo de fuerzas”, que tiene su tiempo histórico. La historia constitucional de Chile y las experiencias comparadas parecen demostrar que los pueblos apelan a asambleas constituyentes en momentos excepcionales de su vida, pero no es la única manera que un pueblo respeta y adopta la Constitución. Los pueblos hacen suyas las constituciones que resisten el paso del tiempo, sin ser o transformarse en una muralla infranqueable ni aquellas que admiten la imposición en materias fundamentales de mayorías ocasionales (todas lo son, por definición), lo que vuelve a las constituciones irrelevantes.

La pregunta, como se ve, por la Constitución “legítima” no tiene nada de inocente o pueril. Por ello, uno de los tópicos centrales en que agrupamos las conferencias y debates –la primera y última sesiones– era el procedimiento de reforma de la Constitución vigente. Le tocó a Francisco Zúñiga U. redactar el documento que estimularía el debate entre los invitados.

Sin duda, una Constitución instituye y legitima el poder político (contesta a la pregunta por qué hemos de obedecer) y, también, traza una diferenciación clara entre aquello que es público y aquello que cae en la esfera social e individual (responde a la pregunta hasta dónde hemos de obedecer). En consecuencia, si ella tiene vocación de ser respetada, su principal tarea es legitimar el orden político, fijando las instituciones conforme a las cuales se deciden los asuntos públicos, se toman las decisiones colectivas fundamentales y, al mismo tiempo, definir hasta dónde se puede gobernar, es decir, cuáles son los límites que todo poder constituido democrático debe respetar. Con todo, en ocasiones perdemos de vista que la Constitución no solo legitima y limita el orden político, sino que, además, supone un procedimiento insustituible por medio del cual se atenúan las diferencias inevitables, se confrontan las visiones de lo que es justo –cuáles son los títulos para asignar el producto, beneficios, los honores y la riqueza– y, sobre todo, permite la expresión colectiva mayoritaria y social de anhelos, aspiraciones e intereses individuales.

Como Ulises amarrado al mástil para no ser tentado por las sirenas y morir ahogado al arrojar al mar en su persecución, la Constitución desconfía del poder y fija, con seriedad, cuáles son los límites y directrices del poder político, y el procedimiento que permitirá que la acción colectiva institucional y democrática se exprese. La técnica más extendida y vigorosa en el mundo para aquello es el reconocimiento y protección constitucional de derechos subjetivos públicos o fundamentales que les permiten a los individuos los espacios indispensables para desarrollar su sentido original y personal de la vida humana (su plan de vida), sus relaciones con los demás (la cooperación, la fraternidad y las relaciones sociales); también, la participación en el orden político que se instituye, todo ello en condiciones materiales razonables de igualdad para el pleno disfrute de sus derechos. En consecuencia, una función determinante de toda Constitución (en el sentido del constitucionalismo contemporáneo) es la consagración, primero, de un conjunto de derechos individuales que tracen el límite entre lo social y lo estatal –lo público y lo privado– y regulen la participación en la polis, lo que se expresa en

el reconocimiento y garantía de un conjunto de esferas, espacios o campos de autonomía y autodeterminación a favor del individuo, los que no pueden ser suprimidos o limitados indebidamente sin afectar seriamente el orden político general; y, segundo, en algunos órdenes constitucionales, de derechos económicos, sociales y culturales, los que fijan objetivos de acción pública para satisfacer necesidades colectivas y dar cuenta de un mínimo de igualdad. Sin embargo, y esto es lo fundamental, el mero o simple reconocimiento de derechos en un texto que llamamos Constitución no es decisivo en un orden democrático, si ello no va acompañado de prácticas institucionales y sociales inspiradas y respetuosas de esos derechos. Esta es, tal vez, la diferencia entre armonía y orden a que hacía alusión Jorge Millas, en el sentido de que las sociedades se organizan mejor como expresión espontánea del respeto al otro que como imposición de lo que es correcto.

Como se puede advertir de lo anterior, el reconocimiento en un texto constitucional de un puñado de derechos individuales y sociales, de derechos que expresan los ideales de humanidad, deben dar lugar, primero que nada, a un conjunto de prácticas sociales extendidas y coincidentes con esos derechos (politeia, como diría Aristóteles); pero, en segundo lugar, ese reconocimiento presupone de parte de todos los poderes públicos una decidida actuación para su realización, garantía y protección. Sin una legislación orientada a proteger la vida humana, la privacidad, la propiedad o a definir los derechos de educación y salud socialmente exigibles, es muy difícil que podamos afirmar que en esa sociedad se respetan los derechos. De manera similar, los derechos exigen de la Administración y sus servicios un desempeño eficaz y oportuno. El reconocimiento de derechos a los individuos, en fin, exige técnicas de tutela y protección judiciales frente a las actuaciones lesivas de todos los poderes públicos y privados. Lo que está detrás de la idea anterior es que cuando las constituciones proclaman la promesa de que ciertos derechos serán respetados y que a su consagración le seguirán una serie de regulaciones y normas que los protegerán, ello supone una expectativa muy seria de asignación de recursos (de todas las clases) para su realización. Dicho de manera simple: toda enunciación de derechos implica un delicado equilibrio entre bienes públicos y privados, asignación de recursos y límites. Ninguna consagración de derechos es banal, superflua, simple u obvia. Todas suponen sacrificios, complejas e intrincadas protecciones civiles, penales, etc. Y, por cierto, recursos públicos significativos. No se debe creer, entonces, que una Constitución repleta de derechos individuales y sociales es mejor que otra que consagra “pocos” derechos. De este modo, la pre-

gunta por cuáles derechos han de consagrarse en la Carta, qué tipo de vinculación tendrán con los poderes públicos o privados, cómo estos los desarrollarán y garantizarán y, por último, cómo se tutelan frente al legislador, al administrador y al propio juez resultan preguntas claves para un orden político. Este fue el segundo tema de debate que desarrolló Gastón Gómez B.

El tercer tema que orientó nuestras conversaciones fue la distribución del poder en el territorio: si un Estado unitario –y todas sus figuras actuales de desconcentración orgánicas y funcionales–, o alguna forma creciente de descentralización, incluso con esferas decisivas de autonomía. Más de alguien puede creer que una fórmula fácil de elección directa de intendentes solucionaría la cuestión del centralismo que padece Chile. Pero no es así: incluso puede agravarlo. El diagnóstico compartido es que el Estado unitario fuertemente centralizado –con régimen presidencial– impide que las regiones y comunas se desarrollen tan rápido como quisieran o podrían. Para dar pasos seguros en este orden de materias, haciéndose cargo de cientos de años de historia centralista, pareciera necesario avanzar tanto en las funciones como en los órganos que se crearían, y en el desarrollo de administraciones técnicas de gestión locales. Pero ello tampoco puede oscurecer que el Estado es un todo que debe adoptar no solo políticas regionalmente valiosas y significativas, sino que, además, políticas integrales consistentes con regiones de desarrollo diverso, donde el particularismo exacerbado puede fracturarlas. Estos aspectos fueron estimulados por el texto elaborado por Patricio Zapata L.

El último debate estuvo marcado por una función clave de las constituciones: gestar un gobierno. La Constitución no solo establece los límites del poder político, también permite decidir quiénes van a gobernar y con arreglo a qué organización institucional lo harán. La Constitución legitima democráticamente el traspaso del poder entre sectores y partidos, pero expresa necesariamente el arreglo institucional que posibilita gobernar. No solo se requiere un sistema que permita formar alianzas y programas para obtener el voto y el apoyo ciudadano, y que la voluntad popular no sea falseada por controles espurios (como los “senadores designados”), sino, además, se requiere instituir cómo y en qué órganos se distribuye y equilibra el poder, lo que permitirá –o entrabará– llevar a cabo un programa y una agenda definida democráticamente. Los modelos más reconocidos en la experiencia comparada son el régimen presidencial (de separación de poderes), parlamentario (de cooperación de poderes) o una mezcla de tipo semipresidencial

o semiparlamentario. Si bien la calidad de la política, su financiamiento, el sistema electoral y otros aspectos semejantes fueron parte de los debates, las posibilidades de cambiar el régimen de gobierno en Chile rondó la mente de todos los especialistas, porque la percepción mayoritaria era que existe una relación más profunda de lo que se cree entre la calidad de la democracia, tipo de régimen de gobierno y el fraccionamiento del sistema de partidos. En los actuales niveles de fraccionamiento de partidos en Chile, la configuración de una “voluntad general” y la gestión diaria del Estado exigen niveles de compromiso de los distintos partidos que van más allá del mero apoyo electoral circunstancial. Al parecer, el régimen presidencialista –no el régimen presidencial– asigna al Congreso Nacional un papel que no es valioso ni significativo en la conducción y responsabilidad en la gestión del gobierno, incrementando los niveles de desapego con las expectativas ciudadanas. Los regímenes presidencialistas traen consigo (debido a su poder y funciones decisivas) presidentes con liderazgo y popularidad, pero acentúa los riesgos de caudillismo y dificultan las coaliciones de gobierno. Cuando el liderazgo y la autoridad presidencial decaen, el régimen presidencialista muestra toda su debilidad para enfrentar crisis y potenciar coaliciones. La historia institucional de Chile provoca en muchos, además, una especie de temor no revelado: cada vez que en Chile se ha discutido el tipo de régimen o forma de gobierno –en 1830, 1891 y 1924– ha sido la antesala o el resultado de crisis políticas, incluso cruentas. El cambio de forma de gobierno tiene mala publicidad, a lo que se agrega la afirmación graciosa, pero estéril, de que para qué cambiar aquello que funciona bien. El temor a la “fronda” partidista resulta un freno inconsciente poderoso. Pero todo aquello olvida la fragilidad del cargo de Presidente de la República, el desacople entre el Congreso Nacional y la política que sigue un gobierno, la poca ductilidad de sus estructuras para facilitar alianzas o coaliciones de gobierno en períodos de calma y de crisis, y la forma de articular una representación cada vez más fracturada en partidos pequeños, al acecho de su oportunidad histórica. La pregunta por el tipo de gobierno que debiéramos consagrar constitucionalmente fue el tema que provocó el texto redactado por José Francisco García G., el que nos presentaba las condiciones para el forjamiento de las mayorías y los desafíos del control contramayoritario.

Estamos conscientes de que el debate constitucional no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta nuestra historia institucional. Sin caer en historicismos metodológicamente incorrectos, se advierte una tendencia fuerte en nuestra his-

toria consistente en transformar la Constitución en piedra angular de nuestras diferencias, lo que tal vez explique, en parte, las limitaciones que nos hemos autoinfringido. Nuestra historia como nación independiente está marcada por desacuerdos profundos desde la conformación de la república. Esos desacuerdos han estado fuertemente inspirados por conflictos constitucionales acerca de cómo debe organizarse la república (si es un Estado unitario o federal), qué papel ha de tener el Congreso Nacional (en la república presidencial o parlamentaria), la libertad política y económica, las dimensiones del Estado y el cohecho. Esos períodos han ido acompañados de excesos fratricidas, violencia política, saqueos y otros, acarreado secuelas y heridas que han demorado generaciones en desaparecer. Esas heridas han influido en la conformación y en el diario vivir de la política marcando a hierro la convivencia –la de 1973 hasta el día de hoy–.

Nos parece, en cambio, que el país en las últimas décadas ha avanzado institucionalmente sobre la base de algunos consensos, incluso constitucionales, que han circunscrito el juego y el debate democrático de estos años, todo lo cual determinó o influyó en las propuestas e idearios que se impulsaron, método que hoy parece estar en cuestión o revisión. Una generación de líderes partidarios y políticos –la que construyó la transición, edificó este Estado liberal-asistencial que impera e impulsó la democracia de acuerdos, y un régimen político pactado– está en retirada y la pregunta que ronda es si las nuevas generaciones de líderes estarán a la altura de los desafíos que se presentan. En el campo constitucional pasa algo similar: esa generación de nuestros profesores, de distintos signos y estilos, que fueron influyentes durante estas décadas para construir el consenso político y constitucional que animó este país y le permitió ser viable, y que dio lugar al cambio institucional pactado, también está apagando su voz y sus pasos. La pregunta es si la nueva generación de constitucionalistas (o cercanos a la disciplina) tiene algo culturalmente valioso que aportar al país, si tiene una voz común.

En ese sentido, este libro intenta, en parte, responder a la pregunta de si existe un problema constitucional en Chile y de haberlo, cuál o cuáles son, cómo enfrentarlos y qué procedimiento debiera usarse para ello. Pero, al mismo tiempo, este libro intenta contestar la interrogante de si somos una generación intelectual heredera de una robusta tradición constitucional con mirada pública. Una generación capaz de señalar ideas para el futuro del país y estar a la altura de quienes nos precedieron.

Tal vez la modestia de Alexander Hamilton para calificar a la Constitución que más ha durado en la historia humana sea una buena guía, cuando dijo para defenderla: “No es perfecta, pero es un buen plan”.

José Francisco García

Gastón Gómez

Patricio Zapata

Francisco Zúñiga

Relatores

Introducción del editor

Como los relatores lo señalan en el prólogo, este libro da cuenta de una experiencia colectiva. Es la conversación que 30 profesoras y profesores de Derecho Público sostuvieron sobre la Constitución vigente y su eventual reforma. A lo largo de ocho reuniones sucesivas, todos los lunes desde el 16 de mayo hasta el 7 de julio de 2014. Desde las 18:30 a las 20:30 horas.

La idea nació de una conversación previa que sostuvimos con los profesores Gastón Gómez y Francisco Zúñiga en diciembre de 2013. Ellos, a su vez, habían hablado con los profesores José Francisco García y Patricio Zapata. La idea que traían en mente era que, en algún momento, se iba a empezar a discutir sobre un cambio constitucional. Y que sería interesante ver qué tenía que decir la academia vinculada a la materia sobre dicha posibilidad. Eran, sin duda, preguntas plausibles y muy interesantes.

Decidimos, entonces, reunir a una parte importante de esa academia para que conversara sobre la Constitución y su eventual reforma. Para esto dividimos la materia en cuatro aspectos que denominamos cuestiones de reforma constitucional: potestad constituyente, derechos constitucionales, estructura del Estado y régimen político. La primera cuestión enfatiza más el procedimiento; las tres últimas, el fondo.

Dedicamos dos sesiones a tratar cada una, pero el orden no fue perfectamente lineal. A la primera cuestión, potestad constituyente, le dedicamos la primera y la última sesión. Al tratarse de una materia de procedimiento —y de la mayor relevancia política—, nos pareció pertinente abrir y cerrar con ella, a objeto de discutirla en abstracto, primero, para luego hacerlo tras haber recorrido el largo y complejo camino de materias sustantivas que cualquier ejercicio de la potestad constituyente podría tocar.

En definitiva, el orden fue: una sesión para potestad constituyente, dos para derechos constitucionales, dos para estructura del Estado, dos para régimen político y una para potestad constituyente.

Cada diálogo fue precedido de una relación escrita por los profesores ya mencionados: potestad constituyente fue presentada por Francisco Zúñiga, derechos constitucionales por Gastón Gómez, estructura del Estado por Patricio Zapata y régimen político por José Francisco García.

Además, antes de las sesiones respectivas, el equipo del CEP distribuyó materiales sobre cada una de las cuestiones como apoyo a la discusión. Estos materiales trataban tres cosas: la forma en que la respectiva cuestión ha sido regulada en la historia constitucional chilena desde 1828, la forma en que la respectiva cuestión ha sido regulada por otras constituciones en el mundo y, por último, las propuestas de cambio que en nuestro país se han hecho sobre la respectiva cuestión, tanto en la política como en la academia. Para las propuestas políticas consideramos las hechas en las elecciones primarias, presidenciales y parlamentarias del año 2013; para las académicas, se revisó la literatura disponible.

Bajo potestad constituyente se discutió sobre la reforma de la actual Constitución, sobre el mecanismo de reforma que podría tener una eventual futura Constitución y sobre la importancia de pensar en ambas cosas conjuntamente. Bajo derechos constitucionales se debatió sobre el tipo de derechos que una Constitución debe consagrar (por ejemplo: ¿individuales, colectivos, de contenido más político o más económico, más o menos prestacionales?) y la forma en que se les da eficacia (por ejemplo: ¿mandatos a los jueces o a la ley?). Bajo estructura del Estado se discutió sobre la arquitectura del Estado (por ejemplo, posibilidades y mecanismos de descentralización, de control y responsabilidad), y sobre qué órganos de esa arquitectura deberían tener consagración constitucional (el problema de las autonomías constitucionales y su inflación histórica). En fin, bajo régimen político se discutió sobre forma de gobierno (¿presidencialismo o semipresidencialismo?), sobre las relaciones entre Congreso y Gobierno como colegisladores y el ejercicio de la potestad legislativa (por ejemplo: ¿iniciativa exclusiva, quórum supramayoritario?) y sobre el control de la supremacía constitucional (por ejemplo: ¿control judicial de esa supremacía, por quién y cómo –en forma previa o en forma *ex post*–, inaplicabilidad y constitucionalidad, relaciones entre el Tribunal Constitucional [TC] y la Corte Suprema [CS]?).

Cada sesión se grabó y transcribió. Cada transcripción fue enviada a los participantes para sus observaciones.

Todo este material se publica aquí y se ordena de la siguiente manera: A esta introducción sigue la relación con que Francisco Zúñiga abrió los fuegos

sobre potestad constituyente. Luego viene la discusión sostenida en la primera sesión dedicada a ella. Después, sigue la relación de Gastón Gómez sobre derechos constitucionales, la discusión sostenida durante la segunda y tercera sesión, y los materiales de apoyo para esas sesiones. Luego, la relación de Patricio Zapata sobre estructura del Estado, la discusión sostenida en las sesiones cuarta y quinta, y los correspondientes materiales de apoyo. A continuación, la relación de José Francisco García sobre régimen político, el debate de las sesiones sexta y séptima dedicadas a esta cuestión, más los correspondientes materiales de apoyo. Por último, va la transcripción de la octava, última sesión del ciclo, en que el grupo volvió sobre potestad constituyente, más los materiales de apoyo dedicados a ella y que habían sido distribuidos entre los participantes para la primera sesión.

Tras todo esto, se agregan unas notas de este editor a modo de conclusión. Luego, la bibliografía, una reseña de los participantes en el ciclo y un índice onomástico de ellos por sesión.

Antes de esta introducción, está el prólogo de los cuatro profesores que escribieron las relaciones. Ellos fueron los autores originales de esta iniciativa.

Muchos y variados son los agradecimientos que se deben por este trabajo. Empiezo con los recién mencionados profesores García, Gómez, Zapata y Zúñiga, por la idea original, por las relaciones que escribieron y por el apoyo incansable para que este ambicioso ciclo resultara como resultó.

Gracias, también, a las profesoras y profesores de Derecho que fueron convidados y aceptaron participar. Por su buena disposición y por el interés que permanentemente mostraron durante todo el proceso. Sus razonamientos son el corazón de este libro.

A Isabel Aninat y Javier Gallego, el “equipo del CEP”, por su dedicación y eficaz inteligencia. A Harald Beyer, Director del CEP, por su interés y apoyo desde el primer minuto. Y gracias especiales a Carlos Pereira, Bernardita del Solar, David Parra y Pedro Sepúlveda.

A Eduardo Balazs por la grabación de las sesiones y su transcripción. A Cristóbal Joannon, por su buen trabajo como editor de texto. A Mario Irrázabal, por el amable permiso que nos dio para usar una de sus esculturas en la portada. Y a Fernando Maldonado por su fotografía.

De iniciarse un proceso de reforma constitucional, esperamos que la experiencia contenida en este libro ilumine la discusión pública y contribuya a darle

racionalidad. Sin ir muy lejos, y como se recordó una y otra vez durante el ciclo, esta parece ser la tarea de la academia respecto de la política.

Como se verá en las páginas que siguen, los académicos que participaron tuvieron opiniones, énfasis y matices diferentes sobre las cuestiones que se trataron. Pero todos compartieron un espíritu común, reflejado en una disposición tranquila al diálogo con los otros, sosteniendo opiniones firmes y, al mismo tiempo, respetuosas; con interés en persuadir, pero dispuestos a ser persuadidos.

De este modo, ellos se conectaron con una tradición antigua y valiosa de la reflexión académica, que ve el diálogo como el vehículo para el discernimiento colectivo. Esta es, quizás, la única lección unánime que el libro deja.

Lucas Sierra

Editor

Cuestión I

Potestad constituyente

Apertura

Relación

Francisco Zúñiga

La presente ponencia es una visión personal que tiene la pretensión de motivar un debate en la academia acerca del ejercicio del poder constituyente en el “nuevo ciclo” (Hidalgo 2011, p. 30) que vive nuestro país, y que fue objeto inicialmente de un debate en la agrupación de la Agrupación de Constitucionales Socialistas (ACS) desarrollado en el seno del Instituto Igualdad, por lo que es menester agradecer los comentarios y críticas recibidas. Por ende, su contenido en nada compromete al actual gobierno o a los partidos que le dan soporte, y a las definiciones que este realice acerca de la operación constituyente.

El Programa de Gobierno y la voluntad política del gobierno en este cuadrenio es abrir o promover un proceso constituyente que otorgue a Chile una nueva Carta Fundamental, originada, discutida y promulgada en democracia, y mucho se ha dicho en el debate público sobre el procedimiento que seguirá el Poder Ejecutivo y la “coalición” gobernante para cumplir tal objetivo. Así, mientras unos han defendido la necesidad o conveniencia de ajustarse estrictamente al procedimiento de reforma previsto en el texto constitucional vigente, en el otro extremo otros han llamado a invocar el poder constituyente originario para que el pueblo directamente se otorgue una nueva Carta Magna. Entremedio, diversas opciones intermedias también han estado presentes en el debate (Atria 2014a, pp. 39-47)¹.

Este debate acerca de la forma o “procedimiento” no escapa a los reduccionismos, maximalismos o afirmaciones realizadas desde un estilo hierático o posturas coriáceas. Al mismo tiempo, se observa cierta impaciencia frente a la actual procrastinación de la operación constituyente, fruto probablemente de definiciones de estrategia política.

¹ Véase también el número especial “Reformas Constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, marzo, 2014.

Con todo, si bien el gobierno aún no ha determinado la forma o procedimiento conforme al cual cumplirá su cometido, sí contamos con algunas definiciones muy elementales, en el sentido que tal procedimiento debe ser institucional, democrático y participativo. El Programa de Gobierno de la Nueva Mayoría, hecho público por la Presidenta Bachelet durante la pasada campaña electoral (en adelante PGNM), expone estos lineamientos en los siguientes términos:

La Nueva Constitución Política deberá elaborarse en un proceso: i) democrático; ii) institucional; y iii) participativo.

Proceso Democrático: La Nueva Constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.

Proceso Institucional: El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

Proceso Participativo: La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición.

Tales definiciones elementales no permiten *ex ante* definir el procedimiento o forma. Luego, a título puramente prospectivo, se revisarán algunas fórmulas hipotéticas conforme a las cuales se abre el proceso constituyente conducente a una nueva Constitución.

1. La nueva Constitución en el Programa de Gobierno de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria

Como se anotó, el PGNM contiene varias ideas que determinan el contenido y las características del procedimiento que se seguirán en el proceso constituyente que se pretende impulsar. Así, se parte de la idea de que la actual Constitución,

incluso con las múltiples modificaciones que ha sufrido, “está sustentada en una desconfianza a la soberanía popular; de allí las diversas limitaciones a la voluntad popular mediante los mecanismos institucionales de contrapesos fuertes a dicha voluntad, siendo el ejemplo más evidente el mecanismo de los quórum contra mayoritarios para la aprobación y modificación de leyes importantes”. Por ello, se continúa más adelante, “Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones liberal, democrática y social, y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional”.

La idea total subyacente a la nueva Constitución es superar la vieja Constitución, estatuto del poder otorgado, autoritario en lo político y neoliberal en lo económico; con nula legitimidad democrática de origen, al estar fundada en un “fraude” plebiscitario y adicionalmente estar aquejada de una muy parcial e insatisfactoria legitimidad de ejercicio, lo que es determinado por el “falso consenso” que atraviesa el ciclo reformador que se inicia en 1989 con las 54 reformas promulgadas mediante la ley N° 18.825 y precedida de un plebiscito “semicompetitivo”.

Más adelante, el Programa agrega que la nueva Constitución “deberá sustentarse en nuestras mejores tradiciones democráticas; en el desarrollo doctrinal y experiencias de las democracias modernas del mundo occidental; y en el conjunto de derechos, principios y normas plasmados en el derecho internacional de derechos humanos”. Por ello, el Programa da a continuación especial importancia a las características y contenidos mínimos que debiese tener su catálogo de derechos humanos reconocidos, sujetos a los “principios y convenciones internacionales” y propendiendo a su “progresividad, expansividad y óptima realización posible”; y, luego, a los elementos que debiese tener el sistema político de un Chile que se constituya en un efectivo Estado Social y Democrático de Derecho.

En consonancia con el deseo de contar con una Constitución, cuyo contenido cumpla con todas esas características, y con la constatación de que el “reclamo por una nueva Carta Fundamental no es un prurito de especialistas ni la obsesión de élites sobreideologizadas”, sino “un objetivo planteado desde larga data por sectores democráticos, y levantado actualmente por una gran cantidad de organizaciones políticas, sociales, juveniles, regionales, sindicales, de género y representativas de pueblos indígenas”, es que el Programa opta por un proceso constituyente que sea “democrático, institucional y participativo”.

Si bien tales caracteres son brevemente desarrollados, sí aclaran cuestiones fundamentales. En cuanto democrático, en el proceso deben escucharse todos

los puntos de vista, hacerse presentes todos los intereses legítimos y respetarse los derechos de todos los sectores; en cuanto participativo, debe buscarse que la ciudadanía participe activamente no solo mediante la aprobación del texto, sino también en su discusión, lo cual supone “aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”.

De estas tres características, quizá la más polémica es aquella que opta por un proceso institucional. Para algunos, al parecer, ello implica la opción por parte de la Presidenta de la República de apegarse estrictamente a las normas que sobre reformas constitucionales dispone el texto vigente de la Constitución. Sin embargo, si se atiende a lo señalado por el propio Programa, se ve que la idea que se busca transmitir, si bien cercana, no es necesaria o exactamente esa. Al respecto, recordemos, dice:

El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas en una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

Como se ve, la intención es generar una nueva Constitución que sea un acuerdo básico de convivencia democrático y legítimo de nuestra sociedad, en que todos sean escuchados: una Constitución democrática debe ser una suerte de gran contrato social que nos reúna a todos y, en tal sentido, se opta no por un proceso unilateral en que se busque aplastar adversarios, sino de abrir, entre Gobierno y Congreso Nacional, los canales para que toda la ciudadanía (y no solo los partidos e intereses representados en el Parlamento) discuta y acuerde su Carta Fundamental. Por ello, no necesariamente se utilizará el mecanismo actualmente previsto en la Constitución; si este es insuficiente para permitir tal discusión amplia y participativa, deberán reformarse o crearse los procedimientos que la hagan posible.

El subyacente pacto político institucional a una nueva Constitución, que le confiere un *plus* de legitimidad, debe asentarse en la superación de la lógica del “falso consenso”, tan propia del antiguo ciclo reformista (1989-2010), para enfrentarse a una “hoja en blanco” a fin de pensar, deliberar y escribir una nueva

Constitución desde un auténtico consenso y también desde el disenso; y, al mismo tiempo, debe conscientemente esquivar la “trampa del consenso” impuesta desde reglas procedimentales (quórum reforzados ordinario y extraordinario) de reforma constitucional, que habilitan el veto o bloqueo de una minoría calificada (Darnstädt 2005, pp. 237-240). En este orden de ideas se hace necesario superar la concepción defensiva o numantina de la Constitución vigente como soporte institucional de la paz y prosperidad del país en las últimas décadas, y como “seguro” de un cierto sector de la sociedad política frente a otro; y, además, se hace necesario superar una idea anticuada de consenso revestida de actitudes melifluas, condescendientes, bajo la apariencia de “realismo” estratégico frente a la “sombra de la dictadura” proyectada en la permanencia de Pinochet en la escena política como comandante en jefe del Ejército de Chile durante parte de la transición, o capturada ideológicamente por el “fin de la historia” (el capitalismo financiero global y su ideología), pregonada con fuerza a partir de 1989 (cuya versión más divulgada es el “consenso de Washington”) y que conlleva un cierto “gatopardismo” en la práctica política (“política de los acuerdos”) y sus resultados (Ginsburg 2014).

Incluso más, desde la ensoñación dogmático-constitucional de filiación ideológica (neo) conservadora y (neo) liberal se llega a argumentar que todas las constituciones de Occidente son rígidas, y que la rigidez es una garantía normativa de la estabilidad de las normas iusfundamentales, dejándose de lado lo obvio, y es que tal hiperrigidez del capítulo XV de la Constitución es una herencia autoritaria, mejorada por la reforma constitucional de 1989, y no la decisión soberana del pueblo de autolimitación procedimental del poder constituyente.

El actual juicio crítico a la “política de los acuerdos” o a la “democracia de los acuerdos”, tan propia del ciclo transicional, no se extiende a los acuerdos, debido a que la construcción de consensos e identificación de disensos es propia de la política democrática acoplada a los momentos de conflicto e integración, y necesaria como factor atemperador de todo el proceso político. Tales acuerdos suponen un grado no desdeñable de “amistad cívica” y republicanismo. Nuestra crítica es al tipo de acuerdos, cuyo parto es resultado de la “trampa del consenso” y del “falso consenso”, tipos de acuerdos que imprimen su sello a las numerosas reformas constitucionales introducidas a la Constitución de 1980 y que terminan reduciendo a un mínimo la “legitimidad de ejercicio” del estatuto del poder por obra de reformas constitucionales que se inician en 1989.

Asimismo, si entendemos la democracia en términos básicamente procedimentales, “la política de los acuerdos” (el compromiso tan propio de la política democrática) concierne a las reglas preliminares y reglas del juego del sistema político democrático, que dan soporte a las instituciones contramayoritarias y no a las reglas de estrategia o a la ejecución de programas de gobierno o ejecución de políticas públicas, en que quedan impresas las señas de identidad ideológico-programática de partidos o coaliciones gubernamentales, y define el rol de la oposición en el marco de los controles y responsabilidades tan propios de un Estado de Derecho (Kelsen 1977, pp. 81-98; Bobbio 2003, pp. 459-462). De lo contrario, el “mayoritarismo” como argumento en contra de la “democracia de los acuerdos” o “política de los acuerdos”, carece de solidez o es aporético.

2. Una propuesta de reforma total a la Constitución

Recapitulando: sobre el poder constituyente y sus modalidades de ejercicio, el PGNM, nos otorga ciertas luces sobre las características que debería tener el procedimiento que desemboque en una nueva Constitución. Sin embargo, son lineamientos que por sí solos no son suficientes. Por ello, esbozamos a continuación una vía posible que cumple cabalmente con los principios fijados por el PGNM. Esta consiste, por una parte, en la formación de una comisión de expertos que permita avanzar, escuchando a todos los sectores, en los contenidos de la nueva Carta; y por la otra, en la aprobación de las reformas más inmediatas que permitan realizar un verdadero proceso deliberativo y democrático de forma institucional.

2.1 Formación de una Comisión de Reformas Constitucionales

El primer paso consistiría en que la Presidenta de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma y mediante decreto presidencial, anunciara la conformación de una comisión de expertos pluridisciplinaria, formada por personas provenientes de todas las culturas políticas e ideologías, que se aboque al estudio de las reformas constitucionales que el gobierno anunciaría en un futuro cercano.

2.2 La reforma “corta” a la Constitución

Aparte, se trabajaría paralelamente en dos líneas de trabajo complementarias: una reforma constitucional “corta” y otra “larga”. La reforma corta buscaría

resolver el déficit de legitimidad democrática que tiene la actual Constitución, la que bloquea cualquier intento de reforma constitucional por medio de la exigencia de mayorías cualificadas e impone así la lógica del “falso consenso” constitucional.

Para la reforma “corta” se debería ingresar al Congreso Nacional un proyecto de reforma constitucional que enmiende el capítulo XV intitulado “Reforma de la Constitución”, por el que se introducirían las siguientes enmiendas parciales:

El inciso 2° del artículo 127, que establece los quórums de 3/5 y 2/3, se cambia, instituyéndose un único quórum reforzado de aprobación del proyecto de reforma constitucional de la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio. Además, se propone relevar el mecanismo de audiencias públicas en el *iter* de reforma, para asegurar participación de los movimientos sociales, *think tanks*, universidades, pueblos indígenas, regiones, entre otros.

Un artículo 130 nuevo que establezca que el proyecto de reforma total de la Constitución, despachado por las Cámaras en cualquiera de sus trámites constitucionales (segundo, tercero, o posteriores, si se ejerciera el veto presidencial), antes de su promulgación deberá ser sometido a referéndum, el que deberá verificarse dentro del término de 30 días contado desde que se produzca la sanción del proyecto de reforma constitucional.

Como se ve, la reforma corta produce un “emparejamiento de la cancha”, es decir, del proceso deliberativo y decisorio en torno a la reforma, favoreciendo un auténtico consenso constitucional y no imponiendo una lógica de vetos o bloqueos. Ya que la intención sería que el proyecto de reforma total se someta a estas nuevas reglas, el proyecto corto debe ser tramitado con suma urgencia; así, quienes hoy disponen del poder de veto o bloqueo deberán decidir de antemano si conservan o no ese poder, o si se abren a la forja de un auténtico consenso constitucional.

2.3 La reforma total de la vieja Constitución

Concluida –o al menos muy avanzada– la tramitación del proyecto de reforma corta, debería ingresarse al Congreso Nacional el proyecto de nueva Constitución, el que abordase la totalidad de los contenidos de la Carta vigente. La reforma total no significa hacer *tabula rasa* de la Constitución actual, sino una

revisión o enmienda de la totalidad de su preceptiva, razón por la cual no importa, necesariamente, la supresión o sustitución de la totalidad de ella.

La reforma total a la Constitución significa técnicamente que esta no reconoce límites materiales o temporales, es decir, cualesquiera de sus disposiciones puede ser enmendada. Al mismo tiempo, la reforma total designa un concepto cualitativo, una suerte de cambio en el “ADN” de la vieja Constitución. Por ello, una nueva Carta Fundamental, fruto de la reforma total, incorporaría nuevos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, derechos individuales y colectivos, y un nuevo arreglo institucional en materia de régimen político, autonomías constitucionales y descentralización del poder político territorial. Pero, además, se haría cargo de los cerrojos o bloqueos de la vieja Constitución, a saber: los quórum de reforma, el sistema electoral público, los quórum de leyes de supra mayoría y la competencia preventiva del Tribunal Constitucional.

El proyecto de reforma total de la vieja Constitución debería ingresar con urgencia simple y con una declaración de la Presidenta de la República en orden a valorar a su respecto la eventual formación de una comisión bicameral que, con un plazo definido, se aboque al estudio y acuerdo en torno a este proyecto.

La reforma total de la vieja Constitución, como procedimiento genético propio del poder constituyente derivado de la nueva Constitución, dispondrá de un valor añadido de legitimidad democrática dado por el mecanismo de audiencias públicas y de un directo recurso a la soberanía del pueblo mediante el referéndum constituyente.

El referéndum constituyente debería verificarse dentro de los 30 días siguientes al despacho de la reforma total por las Cámaras del Congreso Nacional y la sanción de su texto por la Presidenta de la República.

3. Otra propuesta de procedimiento: “plebiscito constitucional”

Prospectivamente, debemos hacernos cargo de otra propuesta de reforma constitucional de interés anclada en la figura *iuris* del “plebiscito constitucional”, que se ajusta a nuestro juicio a la tríada definitoria del procedimiento conducente a una nueva Constitución, a saber: democrática, institucional y participativa. Esta propuesta, que no compartimos, se asemeja en algunos aspectos a la formulada por Fernando Atria en diversos trabajos y posee dos defectos notorios: su excesiva legitimación plebiscitaria, dejando poco campo a la democracia deliberativa, y lo

forzado que aparece su incrustación en el subsistema de normas iusfundamentales de la Constitución vigente. Pero, como se señaló más arriba, dentro de los límites fijados por el programa del gobierno caben diversas formas de actuar, también institucionales. Así, por ejemplo, en la hipótesis del “plebiscito constitucional” se ha propuesto reformar la Constitución actual para llamar al pueblo a que se pronuncie directamente sobre su intención de darse a sí mismo una nueva Constitución. Como se sabe, el Art. 15 actual reza de la siguiente manera:

En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario.

Solo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución.

Para dar cabida a un proceso democrático, institucional y participativo, una opción es una reforma constitucional mediante la adición de un inciso tercero del siguiente tenor:

Durante la primera mitad de su período, el Presidente de la República podrá convocar a plebiscito nacional con el fin de que la ciudadanía se pronuncie sobre elementos esenciales de las políticas públicas que contemple su programa de gobierno. Asimismo, dicha consulta plebiscitaria podrá versar sobre la introducción de reformas integrales o parciales a la presente Constitución y su resultado será vinculante para los órganos del Estado concernidos en su implementación.

Al mismo tiempo, habría que adecuar el numeral 4º del Art. 32 vigente (el que faculta al Presidente de la República a llamar a la ciudadanía a plebiscito en los casos del Art. 128), añadiendo allí la referencia al nuevo inciso tercero del Art. 15.

Complementariamente, podría añadirse una nueva disposición transitoria a la Constitución, en cuya virtud se faculte a la Presidenta de la República para que, en ejercicio de la atribución conferida en el nuevo inciso tercero del Art. 15, convoque a un plebiscito nacional a más tardar el 11 de marzo de 2016, para obtener un pronunciamiento de la ciudadanía acerca de la forma, modalidades y alcances de un proceso de reforma integral a la actual Carta Magna, entre las cuales se podría contemplar la convocatoria a una asamblea constituyente.

4. La nueva Constitución mediante el recurso al poder constituyente originario

Como ya se ha insistido bastante, los caminos posibles para el proceso constituyente deben cumplir con los estándares ya fijados, es decir, ser institucionales, participativos y democráticos. En tal contexto, sea que el gobierno opte por el camino de la reforma corta y la reforma total del texto constitucional, por el de la reforma del Art. 15 recién descrita o por otra propuesta al Congreso Nacional, estará definiendo una prioridad política y dándole al Parlamento la oportunidad de ejercer el poder constituyente derivado que este posee. Esta prioridad es del todo justificable, desde el momento en que la Presidenta de la República no puede negar *ab initio* que el Congreso Nacional es titular de la potestad constituyente derivada y cuenta con la legitimidad para reformar la Constitución.

Sin embargo, podría ocurrir que la propuesta de reforma constitucional presentada a la consideración del Congreso Nacional sea rechazada de plano por la oposición, condenando a un proyecto de reforma total a la lógica del falso consenso constitucional y de los bloqueos o vetos. En este segundo escenario, el gobierno debería abrirse a una operación constituyente que permita un proceso constituyente primigenio (Sánchez 1957, pp. 575 y ss.; Vanossi 1975, pp. 123 y ss.), mediante el recurso al poder constituyente originario del pueblo, por medio de técnicas como la asamblea constituyente, el congreso constituyente y/o el referéndum constituyente. En esta operación constituyente se abren escenarios que comprenden desde un derecho constitucional de transición o un vínculo con el pasado, hasta un hecho revolucionario, como bien lo destaca Vergottini al analizar transiciones, quien afirma:

El tránsito de una forma de Estado a otra, y por lo tanto la introducción de una nueva Constitución precedida por decisiones constitucionales con valor provisional, puede implicar un hecho revolucionario que ponga fin al ordenamiento constitucional, o la subversión del antiguo orden por obra de una determinación formal de un órgano del ordenamiento mismo, o, por último, la determinación consensual tanto de órganos del ordenamiento preexistente como de los órganos instituidos en la fase de transición. En todos los casos, la naturaleza constituyente del evento debe identificarse en la afirmación de una concepción del derecho y del Estado inconciliable con la anteriormente

vigente, que conduce a la introducción de un nuevo fundamento de validez del ordenamiento positivo” (Vergottini 2002, pp. 182-183).

En este caso o hipótesis de ejercicio de poder constituyente originario, la institucionalidad del procedimiento se construye *in fieri* y en base a una norma hipotética fundamental (Kelsen 1991), distinta a la *grundnorm* del orden constitucional que fenece, y a la Constitución jurídico-positiva basal del sistema de normas, desatando la competencia de la competencia (Laband 1900, pp. 158 y ss.).

Desde el poder constituyente originario como matriz de un nuevo orden, más allá del debate en torno a la exquisitez dogmática de la autorreferencia o del derecho constitucional de transición, lo cierto es que la validez-legitimidad construida en el proceso histórico-temporal de ejercicio de este poder, no permite calificar las decisiones de los órganos estatales intervinientes de inconstitucional, por estar situados fuera de “la competencia de la competencia” disciplinada por el sistema de normas; es simplemente un sucesión de fuentes soportantes de la validez de los sistemas de normas. Las posibilidades reales de ese poder constituyente y la eventual existencia de un nexo o ligazón de órdenes constitucionales estará determinado finalmente por la facticidad, es decir, por la tosca materia: la política y sus factores reales.

Con todo, resulta inocultable que a pesar de la condicionante fáctica (política) del ejercicio del poder constituyente originario democrático, sus posibilidades de legitimidad democrática real son poderosas, y para nada, al menos necesariamente, resultado de una “democracia plebiscitaria” (Rouquié 2011).

5. Conclusiones

En primer lugar y como se vio, el procedimiento genético de la nueva Constitución debe ser institucional, democrático y participativo, sea que tal Carta resulte ser fruto del poder constituyente derivado (vía reforma total de la vieja Constitución o plebiscito constitucional) o del poder constituyente originario (congreso constituyente, asamblea constituyente y referéndum constituyente).

Con todo, si es fruto del poder constituyente derivado puede incorporar el referéndum constituyente como mecanismo doble, tanto para resolver los conflictos de bloqueo entre los órganos que ejercen la potestad constituyente (la Presidenta de la República, el Congreso Nacional y sus Cámaras) en cualquier etapa del *iter* procedimental, como para obtener la ratificación del obrar constituyente de

los poderes instituidos por la soberanía del pueblo, antes de la ley promulgatoria de la reforma constitucional.

También se hace necesario incorporar al alumbramiento de la nueva Constitución mecanismos eficientes de estudio, deliberación y acuerdo en el interior del Congreso Nacional como *verbi gratia* la comisión bicameral; y de participación y consulta de la ciudadanía y de los movimientos sociales mediante audiencias públicas, todos mecanismos de resorte reglamentario interno, pero muy valiosos. Adicionalmente, el ejercicio del poder constituyente debe zafar de quórum reforzados ordinarios (3/5 de parlamentarios en ejercicio) y extraordinarios (2/3 de parlamentarios en ejercicio), que operan formalmente como una garantía normativa de hiperrigidez de la Carta, pero que en la realidad son una herramienta para el bloqueo decisonal y los vetos de contenido en la reforma constitucional; en suma, son el entramado conformador de la “trampa del consenso”. Por ello resulta razonable restituir el quórum reforzado de la Constitución de 1925 de mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio.

De esta última manera, la nueva Constitución superaría el déficit de legitimidad democrática de la vieja Constitución, pero además superaría el déficit democrático del poder constituyente derivado de la vieja Constitución. Ello significa que no solo la nueva Constitución debe tener un procedimiento de reforma institucional, democrático y participativo, sino que, además, idealmente la Constitución vigente concernida en la reforma total, lo que puede lograrse modificando *in fieri* el actual Capítulo XV.

En segundo lugar, la nueva Constitución, sea fruto del poder constituyente derivado o del poder constituyente originario, debe estar soportada sobre un gran acuerdo nacional acerca de sus “bases”, acuerdo que debe reflejar en la mayor medida de lo posible el pluralismo político e ideológico de la sociedad. La idea de acuerdo o pacto nacional de tipo político-constitucional subyacente a la nueva Constitución le conferiría un *plus* de legitimidad y estabilidad normativa real. Primordialmente, tal acuerdo nacional debe ser gestado en el Congreso Nacional si se opta por la reforma total de la vieja Constitución. En caso contrario, tal acuerdo debe ser gestado al interior del congreso constituyente o de la asamblea constituyente. En ambos casos (poder constituyente derivado o poder constituyente originario), la sociedad civil y sus movimientos sociales deben participar y ser escuchados en la usina de la nueva Constitución y expresarse como cuerpo electoral o ciudadanía mediante un referéndum constituyente.

En la construcción de la real legitimidad democrática de una nueva Constitución, como hemos dicho, se hace necesario superar la lógica de la imposición o la fuerza desnuda, presente en la vieja Carta y también, en cierta medida, en otras constituciones históricas de nuestro país. La idea de pacto o acuerdo nacional de tipo político-constitucional (plural, deliberativo, transparente) está al servicio de esa legitimidad democrática tan necesaria para un efectivo “patriotismo constitucional” (Sternberger 2011; Habermas 1991).

Este pacto nacional sustantivo y formalmente distinto a los anteriores, supera la “trampa del consenso” y el “falso consenso”, teniendo como punto de partida la “hoja en blanco”, que, como hemos sostenido, no es *tabula rasa* o partir de cero, sino hacer política democrática sin camisas de fuerza. La lógica de la *tabula rasa* o partir de cero pretende ir más allá de una operación constituyente enderezada al alumbramiento de una nueva Constitución, como si se tratase de reescribir la historia institucional de nuestro país o si se atribuyese al proceso constituyente-acto constituyente una virtualidad catártica y liberadora.

El porvenir del “momento constitucional” (Ackerman 1996, pp. 55-61) que atraviesa nuestro país, momento débil o fuerte, breve o prolongado en el tiempo, y las posibilidades concretas de la operación constituyente de tener éxito en nuestro proceso político, tendrán su palabra a través del tiempo, dependiendo, finalmente, de la política o facticidad.



Sesión 1

19 de mayo de 2014

L. Sierra: Buenas tardes, bienvenidos al Centro de Estudios Públicos. Es para nosotros un honor tenerlos aquí en este ciclo, bastante intenso y ambicioso, de “Diálogos constitucionales”. Somos varios los que estamos acá y el tiempo no es infinito; por lo tanto les propongo un procedimiento para la discusión basado en rondas de intervenciones. Partimos con Francisco Zúñiga.

F. Zúñiga: Preparé el pequeño texto borrador sobre la cuestión de la potestad constituyente, que fue distribuido a ustedes, donde están recogidas las ideas centrales de lo que me voy a referir.

Una ministra de Estado habló de una “trilogía virtuosa” a propósito de las señas de identidad del procedimiento de cambio constitucional: democrático, institucional y participativo. Esta adjetivación del procedimiento de alumbramiento de la nueva Constitución es el marco referencial de mi exposición. El programa del actual Gobierno utiliza esta trilogía en distintos momentos y se ha usado también en el lenguaje político. Ciertamente, de la sola lectura del programa, y siendo franco en este espacio académico, poco podemos colegir respecto del significado preciso de estos términos –los conceptos en política tienen esa virtud de ser plásticos y permitir distintas fórmulas con las cuales trabajar–. Pero, más allá de esta trilogía, mi propósito es identificar a lo menos tres caminos para el cambio constitucional: el primero lo intitulé el de reforma total de la Constitución, el segundo consiste en el camino del plebiscito constitucional y el tercero, el camino del poder constituyente originario.

Respecto del primer camino, no es un secreto que el procedimiento con el cual me siento más identificado –y no solo de manera teórica–, se trata naturalmente del camino de la reforma total a la Constitución que facilita un acompañamiento, que está dado primero por una reforma corta y luego por una reforma larga.

El segundo camino, que a mi juicio también tiene cabida con un matiz dentro de la denominada trilogía virtuosa, es el del plebiscito constitucional, del que he leído al menos tres versiones. La de Fernando Atria, que tuvo algún cambio, desde una primera versión en que hablaba de una suerte de asamblea constituyente conformada por concejales y consejeros regionales, a un plebiscito constitucional que abriese el proceso constituyente. La segunda fórmula está en un documento de Revolución Democrática. Y hay una tercera fórmula que leí en un documento de la iniciativa “Marca tu Voto”. Las tres fórmulas involucran el recurso a un plebiscito constitucional que desataría este procedimiento de reforma constitucional por la vía de modificar el capítulo segundo y el capítulo cuarto de la Constitución. Se introduciría, en el capítulo segundo, la referencia de los plebiscitos constitucionales, más allá de la hipótesis de laboratorio que está prevista en el capítulo XV hoy día, y se agregaría la facultad presidencial para convocar a este plebiscito constitucional. Voy a ser muy franco, estas fórmulas no me parecen adecuadas. El término que voy a usar puede que no sea de agrado de sus autores, pero me parece que estamos en presencia de una suerte de “resquicio constitucional”, que busca de algún modo introducirse por la vía de capítulos que no están cubiertos por el quórum reforzado extraordinario del capítulo XV. Además, creo que peca, de algún modo, de una legitimación plebiscitaria que, sin más, no es la adecuada en un proceso constituyente. Creo que el desafío del momento constitucional consiste en combinar con alguna simetría la legitimación democrática con el componente refrendario o plebiscitario. La sola legitimación plebiscitaria, a mi juicio, está muy lejos de lo que han sido los mecanismos de definición de procesos constituyentes históricamente en Chile.

La fórmula de la reforma total pasa por una definición básica. Y es que quienes, durante la transición, han gozado de lo que se ha denominado el “subsidio” de bloquear la posibilidad de un cambio constitucional profundo, hagan abandono de dicho mecanismo de bloqueo. Es decir, la hipótesis de la reforma total tiene viabilidad política si se está de acuerdo con modificar los quórum reforzados ordinarios y extraordinarios del capítulo XV como manera de desatar el “nudo gordiano” de la regla de “la competencia de la competencia”. Esta es la manera en que, a mi juicio, uno elude el riesgo de someter el proceso constituyente a la “trampa del consenso”. Es decir, que haya un actor en la mesa que esté en condiciones de decir que sobre esto no hay reforma posible (vetos).

Propongo restituir la regla de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio como quórum único de reforma constitucional, tal cual lo disponía la

Constitución de 1925, sin establecer una diferenciación por capítulos o materias de quórum reforzados. Creo que es la única manera de superar la “trampa del consenso”. Es menester agregar que si hay una marca indeleble que ha dejado una huella en todo el proceso de transición en materia de las reformas constitucionales es, precisamente, la “trampa del consenso”. A varios de nosotros presentes nos tocó experimentar el forzoso “consenso constitucional” y sabemos de las dificultades que tenía componer acuerdos políticos cuando al menos uno de los actores estaba dispuesto a bloquear cualquier posibilidad de decisión.

Sostengo, además, que la reforma corta y la reforma larga deben ir des-acopladas en el tiempo. De esta manera, si tienen algún sentido en el marco de una reforma total, tiene que primero plantearse la reforma corta sobre el capítulo XV y, con posterioridad, plantearse la reforma larga que contenga un nuevo texto constitucional. En la reforma corta se plantean dos instrumentos que buscan corregir los déficits del punto de vista político-democrático que tiene el capítulo XV vigente, tanto desde lo democrático deliberativo como desde lo democrático participativo (plebiscitario). A propósito del déficit democrático deliberativo, se valoran instancias como la comisión bicameral. Para subsanar el déficit democrático participativo se plantea incorporar como mecanismo preceptivo del procedimiento de reforma constitucional a las audiencias públicas y el referéndum constituyente. No se trata de la hipótesis de plebiscito de laboratorio que vemos hoy día, que existe con motivo del rechazo del veto, la insistencia del veto total o parcial de reforma constitucional. De hecho, el plebiscito previsto en la Constitución antes de la reforma de 1989, con la que se votó la primera reforma constitucional, sí se planteaba en una hipótesis real, al menos desde el punto de vista refrendario.

La comisión bicameral, compuesta a partir de ambas Cámaras del Congreso Nacional, tiene una tremenda ventaja: la deliberación se da entre senadores y diputados, resolviendo de antemano diferencias de pareceres o de decisiones de ambas Cámaras. En la reforma constitucional del 2005 hubo diferencias entre el Senado, cámara de origen de las dos mociones que dieron el puntapié de partida a la reforma, y la Cámara de Diputados, cámara revisora, y sabemos el rol que tuvo que cumplir el veto del Presidente de la República para corregir las dificultades y la falta de diálogo entre la Cámara baja y la Cámara alta. Creo que la comisión bicameral, de algún modo, ofrece un mecanismo de resolución de esos problemas prácticos que pueden plantearse.

En cuanto a la reforma larga, planteo una idea que no es mía. La recojo del ex-Presidente Ricardo Lagos Escobar, que es pensar, deliberar y escribir la reforma total de la Constitución alumbrando una nueva Constitución a partir de una hoja en blanco. Entiendo que esto no es la formulación de aceptar una *tabula rasa* o partida desde cero –ni de la Constitución vigente, ni de las constituciones históricas, ni de las tradiciones constitucionales–, sino que significa sentarse en la mesa a pensar, deliberar y escribir sin un pre-texto, sin un guión escrito de antemano, al menos respecto de los límites de lo posible, arbitrando un mecanismo de decisión final para los disensos como puede ser el referéndum. Creo que ese es el desafío que enfrentamos en este proceso constituyente y creo que la academia puede ayudar a abrir este proceso, y dejar abierta la posibilidad para que la opción política prioritaria sea hacer las reformas corta y larga que alumbrén una nueva Constitución en el actual Congreso Nacional.

Pero insisto en la lógica de evitar la “trampa del consenso”, que es impeditiva de una reforma a la Constitución en serio. Si bien no tenemos hoy una agenda con plazos respecto de lo que viene del punto de vista de la reforma a la Constitución, lo cierto es que debemos, como academia, tener una respuesta frente a la fórmula que en definitiva el gobierno elija para abordar el tema de una nueva Constitución. Creo que podemos hacer mucho por ayudar a construir consensos básicos.

Deslizo una idea que no es demagógica. Junto con los componentes de representación-deliberación y de participación-plebiscitaria de la legitimación democrática de una nueva Constitución, hay un componente que le agrega un *plus* de legitimidad a la Constitución: el acuerdo o pacto. En efecto, hay un aspecto que la actual Constitución no tiene, que es el acuerdo político subyacente a esta. Por la vía ejemplar, la presidenta del Tribunal Constitucional dijo, hace algunas semanas, que la Constitución tenía un pacto político genético subyacente a ella, pero yo no conozco la existencia de ese pacto más allá de la lógica del pacto de la transición, denominado la “democracia de los acuerdos”. La Constitución vigente es autoritaria y neoliberal, situada en las antípodas del constitucionalismo liberal, democrático y social, y carece de un pacto político subyacente, ya que fue impuesta como un último acto de una revolución que desde 1973 refundó autoritariamente el capitalismo en Chile. La Constitución vigente es, en su origen, fruto de una dictadura de clase, obra de los vencedores. El ciclo reformador de la transición desde 1989 hizo que la Constitución, merced de las reformas, ganara legitimidad de ejercicio, pero esta legitimidad es muy parcial al ser tales reformas fruto de un falso consenso.

En suma, sostengo que es un *plus* que tengamos efectivamente un pacto o acuerdo nacional para una nueva Constitución. Si ese pacto se traduce en lo que el profesor Nogueira Alcalá denomina “bases comiciales para el ejercicio del poder constituyente”, y que se traduce en un documento que contenga las ideas basales de esa reforma conducente a una nueva Constitución, el tiempo dirá. Pero creo que ese pacto es necesario, sea que la fórmula que se emprenda consista en la reforma total, vía reforma corta o larga, o la reforma vía plebiscito constitucional.

Ahora bien, no sé si la tercera opción del poder constituyente originario residenciado en la soberanía popular, frente a la cual no tengo reparo teórico e ideológico alguno, tenga un lugar en el momento constitucional actual de nuestro país. Podrían plantearse algunas dudas políticas sobre su conveniencia, pero no diviso reparos teóricos o de derecho positivo al respecto. No sé si esa opción tiene la misma oportunidad de favorecer la composición de un pacto político. Creo que la ventaja que tiene la reforma total a la Constitución es que puede estar construida sobre la base de un gran pacto político constitucional. El poder constituyente originario se desenvuelve en coordenadas distintas. Es probable que el camino del poder constituyente originario sea el óptimo desde el punto de vista del principio democrático, dado que contiene un grado de primigeneidad muy alto para construir una Constitución originaria, y naturalmente se corresponde con un momento constitucional fuerte. Finalmente, el escenario del poder constituyente originario, desde el punto de vista de sus consecuencias, carece de toda previsibilidad.

En suma, estimo que es posible un escenario de la reforma total constitucional mediante un camino procedimental de alumbramiento de la nueva Constitución, que permite optimizar su legitimidad democrática por medio de estándares de deliberación, de participación y, que al mismo tiempo, permiten forjar un pacto asociado a este proceso constituyente, sin un falso consenso. Espero que así sea.

L. Sierra: Gracias, Francisco. Creo que podríamos ordenar el debate en dos cuestiones. Una es la reforma de la Constitución vigente y, la otra, el mecanismo de reforma constitucional en una Constitución futura. Se ofrece la palabra a Julia Urquieta.

J. Urquieta: Estamos enfrentados a un tema fundamental para la sociedad chilena que consiste en definir cuál va a ser nuestra próxima norma fundamental. Yo diría que el problema más complejo es que la actual Constitución, en todos sus aspectos, es un todo integrado hermético, y lo digo también desde la experiencia práctica. Es un entramado muy bien pensado y que, desde el punto de vista de la

reforma de la Constitución, nos tiene entrampados. Creo que el constituyente de 1980 jamás se puso en la posibilidad de que alguien pensara en crear una nueva Constitución. Dentro de los mecanismos actuales contemplados en el capítulo de reforma, no hay ninguna puerta que se pueda abrir, ya que partiendo de que indudablemente es una Constitución semirrígida o rígida, sus quórum son tan altos que en la práctica impiden su modificación. Para la reforma del capítulo más importante, que es precisamente el XV, se requieren ochenta votos en la Cámara de Diputados y es ahí donde creo que la propuesta que hace Francisco [Zúñiga] tiene dificultades. Respecto de la reforma corta, se requieren necesariamente ciertos consensos para producir el cambio que permitirá después la modificación posterior más amplia, y ahí estamos entrampados, porque creo que todavía no se ha explicitado claramente si hay voluntad de todos los actores políticos para lograr el cambio constitucional. Mientras no exista esa voluntad política clara de construir una nueva Constitución vamos a estar entrampados con los propios mecanismos para obtener los votos necesarios que permitan modificarla. Por lo tanto, la posibilidad de cambiar la Constitución dentro del poder constituyente derivado tiene una serie de limitaciones complejas. Para qué decir respecto de las posibilidades de asamblea constituyente o de plebiscito, que si no es por la vía de una norma legal o una modificación a la legislación actual, tampoco son posibles.

Creo que las voluntades políticas son fundamentales y para mí el poder constituyente originario cobra un papel muy relevante. Creo que el cambio constitucional debe darse por la soberanía popular, porque en definitiva no se le puede negar al pueblo la posibilidad de tener una nueva norma fundamental democrática, representativa y legítima. Puede ser que los mecanismos sean un poco más complejos, pero creo que debemos mirar las experiencias latinoamericanas. Por ejemplo, en Ecuador se recurrió, en un determinado momento, a la potestad reglamentaria. Desde ese punto de vista, se podrían, por ejemplo, invocar las normas internacionales en materia de derechos humanos, de forma que no puedan impedirnos que se ejerza la posibilidad de soberanía popular.

Indudablemente, creo que lo principal es que tienen que explicitarse, por parte de todas las fuerzas políticas, la voluntad real de acceder a una nueva Constitución y de abrirse a un debate que sea capaz de crear mayorías, esto si se quiere hacer el cambio constitucional por medio del poder constituyente derivado, dentro de las normas de la propia Constitución actual. Hoy día, sin esa voluntad política, no es posible arribar a una nueva Constitución.

L. Sierra: Gracias, Julia. Enrique Navarro.

E. Navarro: Mi impresión es que cuando se habla de cambio constitucional o de nueva Constitución se produce un fenómeno o un gran conflicto que me parece apasionante. Creo que se le piden a la Constitución muchas cosas que no tienen nada que ver con los conflictos que, en algunos casos, se viven en la sociedad. Por ejemplo, muchos de los temas educacionales o tributarios nada tienen que ver –en principio– con un texto nuevo constitucional. Sin embargo, creo que lo que uno tendría que preguntarse es si es necesario o no un cambio total, una reforma o un nuevo texto constitucional.

En la experiencia chilena, la Constitución de 1833, la Constitución de 1925 y el texto primitivo de 1980 fueron fruto de un conflicto político y de un conflicto social. Lamentablemente, esa es la experiencia que tenemos en Chile. Incluso algunas fueron aprobadas mayoritariamente dentro de una minoría, como fue la Constitución de 1925, que fue rechazada por los partidos más importantes, el radical y el conservador, durante toda su vigencia. El texto primitivo de la Constitución de 1980, que estaba contaminada por la forma de su aprobación, generó todo un proceso de crítica. En estas más de tres décadas, el texto ha vivido treinta y cuatro procesos de reforma constitucional, donde, salvo el capítulo del Banco Central, no hay ningún otro capítulo que no haya sido reformado. Esta es la Constitución más reformada en la historia de Chile. Antes que naciera propiamente a la vida jurídica, ya tenía modificaciones. Esto da cuenta de que es posible, por lo menos en su evolución, un tránsito o un mecanismo de acuerdo. Me parece que muchas de las críticas que se le hacen no están en la Constitución. Por ejemplo, el sistema electoral está en la ley. Respecto de las discusiones en relación con los quórum de reforma, yo vería la experiencia del derecho comparado europeo y americano –y por americano me refiero que hayan tenido por lo menos cincuenta años de sobrevivencia–. Creo que es importante, sin perjuicio que uno podría considerar que existen aspectos que son perfectibles, analizar por qué sería conveniente reformar un texto constitucional. En otras palabras, cuál es la situación de crisis que no sea la vinculada a la representación electoral.

En mi opinión, una Constitución debe ser un texto breve y preciso, no como la experiencia latinoamericana que hemos tenido en los últimos años con constituciones extremadamente extensas. Hace algunos días vino un experto que estuvo contando la cantidad de palabras en las Constituciones, y llegó a la conclusión de que el promedio de la OCDE eran diez mil palabras, mientras que

nosotros tenemos diecisiete mil y la mexicana tiene el doble. Lo importante es cuánto de ese texto se cumple en la realidad y debe vincularse con la aplicación práctica por parte de los tribunales. Por ejemplo, si bien hay derechos no tutelados, en la práctica resulta que los tribunales tutelan por la vía indirecta.

En suma, lo importante sería hacer primero un proceso de reflexión hacia el pasado respecto de qué es lo que ha hecho Chile (el pasado histórico). Segundo, ver qué es lo que se ha producido con el actual texto. En tercer lugar, ver cuál es el nervio de la crítica esencial al texto constitucional, partiendo de la base que con la reforma del 2005, según palabras del propio ex-Presidente Lagos, por fin se tenía un texto democrático por el cual podía iniciarse un verdadero tránsito pacífico. Se deben analizar los conflictos constitucionales, los que algunos, como Fernando Atria, han llamado las “trampas”, que incluyen el sistema electoral (que es materia de ley), los temas de quórum (leyes orgánicas) y el control preventivo (el cual creo que debe mantenerse para requerimientos durante la tramitación de una ley).

Por otro lado, creo que para que los acuerdos perduren tiene que haber, no una unanimidad, ya que obviamente es muy difícil, sino un cierto grado de consenso, que permitirá, a la larga, que el texto constitucional cumpla por lo menos con su ciclo vital, que según el promedio chileno de los últimos tres textos no ha sido escaso.

L. Sierra: Gracias, Enrique. Sebastián Soto.

S. Soto: Considero que definir el mecanismo para reformar la Constitución es el tema más difícil, porque aquí nunca habrá un velo de ignorancia. Es decir, nunca podremos desvincular completamente el mecanismo que se propone del resultado que se obtendrá con ese mecanismo. Así, cuando Francisco [Zúñiga] nos plantea sus distintas fórmulas, siempre es posible aplicarlas a la situación actual, donde las mayorías ya están determinadas. Tampoco en el caso de las asambleas constituyentes –si es que ese fuera un mecanismo razonable– existe tal velo de ignorancia. Por eso, creo que definir el mecanismo es el tema más complejo y, como tal, debiera debatirse hacia el final, una vez que existan consensos construidos en lo sustancial.

Por otra parte, quisiera agregar solamente tres cosas. Lo primero, celebrar que Francisco [Zúñiga] no adhiriera a ciertas posturas que yo también califico como resquicios.

Lo segundo y lo tercero se relacionan más bien con dudas y se vinculan con lo que señala Enrique [Navarro]. Respecto de la reforma constitucional del 2005, en algún momento en estos últimos nueve años dicha reforma pasó a ser, para

algunos, un “papelón”, como la llama Fernando Atria. Lo curioso es que no lo fue inicialmente. La reforma del 2005 superó el que se ha denominado mecanismo de bloqueo y, a juicio de muchos, fue un motivo para celebrar. Pero en algún momento esta reforma perdió su legitimidad. Me gustaría entender por qué ese mecanismo, que se ocupó entonces y que fue relativamente eficaz, hoy dejó de serlo. Si en ese momento se utilizó para modificar ciertas normas que parecían en esa instancia muy relevantes, por qué hoy no podría ese mismo mecanismo ser eficaz para modificar otras normas igualmente relevantes. En otras palabras, pareciera que el mecanismo que está en la Constitución perdió toda eficacia a la fecha, y eso me parece que no es correcto ni está razonablemente demostrado. No puede darse por obvio que es irrelevante.

El tercer tema es tratar de entender por qué el consenso es una trampa. Lo que a mi juicio es más curioso es que, acto seguido, Francisco [Zúñiga] nos llama a construir consensos. Quiero entender cuál es la diferencia entre el consenso que podemos construir nosotros respecto del “consenso tramposo” que, para algunos, significaría seguir la vía institucional. Yo no creo que el consenso sea una trampa. Creo que el consenso entrega legitimidad y la legitimidad es esencial para los textos constitucionales.

L. Sierra: Gracias, Sebastián. Profesor Juan Carlos Ferrada.

J. C. Ferrada: Como dice Sebastián [Soto], es difícil aproximarse a esto sin tomar postura. Cada uno de nosotros tiene una postura sobre la Constitución y los posibles mecanismos de reforma. Sin embargo, tratando de hacer un análisis más académico sobre el problema de la reforma constitucional, uno podría partir planteándose la pregunta de por qué estamos haciéndonos esta pregunta, cuando, como decía Sebastián [Soto], hace solo nueve años se modificó la Constitución. ¿Qué hay de distinto hoy de lo que ocurría ocho o nueve años atrás? Es difícil saberlo, pero sin duda la respuesta pareciera llevar envuelta la idea de que ese tipo de reformas, sea en el contenido o en el procedimiento, no satisface hoy a los ciudadanos. Algo cambió que lleva a que ya no sea mirado de la misma manera, lo que quiere decir que los mecanismos de reforma parcial que se utilizaron en esa oportunidad y que se han utilizado desde 1989 a la fecha –Enrique [Navarro] recordaba que eran treinta y cuatro reformas– ya no son suficientes. Así pareciera, por simple experiencia, que insistir en hacer una reforma número treinta y cinco con esta misma fórmula no va a resolver los problemas. Parece que hay que agregarle a esta reforma cosas distintas. La pregunta entonces es: ¿qué hay que hacer

distinto? ¿Hay que hacer algo respecto de la forma, o hay que hacer algo respecto del fondo? Respecto de la forma es evidente, y en eso coincido con Francisco [Zúñiga], que es necesario incorporar algún mecanismo de participación ciudadana, lo que ha estado ausente precisamente en los otros treinta y cuatro procesos. Esto coincide con lo señalado por el gobierno: es necesario hacer la reforma constitucional mediante un mecanismo participativo, institucional y democrático.

Pero, probablemente, también hay que respetar algún mecanismo institucional, como la misma propuesta del gobierno lo dice, manteniendo un procedimiento formal que no implique una ruptura constitucional. En ese sentido, creo que lo que hay que pensar es un mecanismo que probablemente combine participación y no ruptura; esa es la cuadratura del círculo. Francisco [Zúñiga] plantea una alternativa, pero yo planteo otra. Me pregunto, ¿sería resquicio constitucional agregar un capítulo XVI a la Constitución, capítulo que trate de la reforma total a la Constitución, que tuviera quórum más bajo de aprobación que los dos tercios establecidos para la modificación de algunos capítulos del texto vigente, pero que, al mismo tiempo, estableciera otras exigencias adicionales formales para la modificación, como, por ejemplo, exigencia de una comisión bicameral, referéndum, participación obligatoria de ciertos actores, etc.? Si uno pusiera quórum más razonables –y no estoy pensando en la mayoría, sino que en 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio– permitiría a todas las colectividades políticas tener un rango de seguridad respecto de lo que finalmente se va a resolver, contando con un apoyo más amplio que las actuales mayorías que tienen las coaliciones. ¿Podría considerarse eso un resquicio constitucional? A mi juicio, no. Yo creo que es posible plantearlo siempre y cuando ese mecanismo resuelva los problemas de participación e institucionalidad.

Respecto de los mecanismos de reforma a nivel comparado, yo creo que hay dos cosas que nosotros no podemos olvidar en este proceso, porque nos podemos equivocar sustancialmente. Lo primero es que somos de los pocos países del mundo que tienen, en lo fundamental, la misma Constitución elaborada y puesta en marcha por una dictadura. Todos los países que pasaron por periodos de dictadura terminaron reformando, y casi derogando, las constituciones heredadas de esos regímenes políticos, sea regular o irregularmente. Un ejemplo que quizás nos puede servir para darnos cuenta de ello es la Constitución Española de 1978, la que existe solo a partir de la ruptura del Rey con las leyes fundamentales del franquismo. Lo segundo es que creo que somos de los pocos países del mundo

que hemos reformado treinta y cuatro veces la Constitución en veinticuatro años. Me parece que eso es un signo claro de que no tenemos un pacto institucional compartido.

L. Sierra: Muchas gracias, Juan Carlos. Luis Cordero

L. Cordero: Respecto de las intervenciones de los profesores [Enrique] Navarro y [Sebastián] Soto, ellos comienzan esta discusión con un argumento pragmático, trasladando el peso de la prueba de la argumentación a quienes quieren una reforma o un texto constitucional nuevo. Me parece inadecuado, porque en el fondo plantean una discusión previa bajo una cierta idea de pragmatismo, cuando esta discusión no tiene que ver con eso sino con legitimidad. Si la pregunta es de legitimidad entonces la respuesta en principio es política, como lo advirtió Francisco [Zúñiga]. Probablemente en esta sala existan profesores que consideramos que hay un problema de legitimidad que justifica una nueva Constitución, pero una cosa distinta es cuál es el mecanismo para resolver eso.

La respuesta al pragmatismo probablemente no está en las treinta y cuatro reformas, dado que si en promedio esta es una Constitución que tiene una reforma por año, el propio sistema institucional terminó por vulgarizarla. La discusión en mi opinión es relevante por varias de las cosas que se han dicho acá. La primera tiene que ver con la propia idea de cuál es la regla para poder resolver sensatamente esto. Pareciera que ninguno de los que está en esta sala desea una ruptura institucional para poder resolver este problema. Es cierto que la palabra “resquicios” es inadecuada, pero eso se llama creatividad jurídica, y aparece frente a una imposibilidad fáctica de abrir una discusión sobre la regla procedimental.

A mí me parece que la discusión es procedimental, y quiero responderle a Sebastián [Soto] y su referencia a las “trampas del consenso”. Yo sí estoy de acuerdo en tener una regla procedimental de consenso, pero la pregunta es dónde se discute la parte sustantiva, que creo no depende de esa regla procedimental. Creo que buena parte de la discusión planteada para esta sesión tiene que ver con la regla procedimental para adoptar decisiones y no con una regla sustantiva, porque si colocamos lo sustantivo de por medio sencillamente no hay acuerdo posible en esta sala. Aun en la propuesta del profesor Juan Carlos Ferrada sobre un capítulo XVI en la Constitución, que tiene un sesgo administrativista de mayor regulación (del cual pecamos nosotros), sigue siendo una discusión procedimental. Por lo tanto, pareciera que cualquiera sea el mecanismo, la discusión razonable y sensata será cómo hacer posible el acuerdo, lo que tiene que ver con una regla procedi-

mental construida de buena fe, precisamente para poder llegar a una decisión. No es un diálogo leal construir una regla procedimental sobre la base de impedir ese acuerdo. Yo sí podría estar de acuerdo con una regla construida de buena fe y esa regla es precisamente la que nos tiene hoy discutiendo ese punto.

L. Sierra: Gracias, Luis Cordero. Germán Concha.

G. Concha: Yo creía que teníamos una diferencia en lo que entendíamos por una Constitución, en términos de si la veíamos como una regla que contempla los mínimos a partir de los cuales se convive, o como la regla que diseña los máximos para que todos seamos felices. Pero me he dado cuenta, por algunas intervenciones, como la del profesor [Francisco] Zúñiga y la del profesor [Luis] Cordero, que hay también una idea de que la Constitución pareciera ser un instrumento para que la mayoría pueda mandar casi ilimitadamente. Yo entiendo que la Constitución es para controlar a la mayoría y que, por lo tanto, exigir un quórum alto (y la chilena tiene un quórum medio comparada con las demás) sumado a la lógica de que sea relativamente difícil de modificar, tiene que ver con que las reglas importantes no cambian todos los días y, también, con la obligación de llegar a un acuerdo entre los intervinientes. De las críticas planteadas, queda la sensación de que la regla de reforma solo sería buena si puedo ganar con ella.

Por otro lado, creo que es importante hablar de resquicios porque, y en eso celebro lo que ha dicho el profesor [Francisco] Zúñiga, parece errado partir validando el resquicio, aunque se lo frasee como creatividad (basta recordar que los contadores que llevaron a la crisis a Enron dijeron que hacían “contabilidad creativa”). Si se salta la regla la primera vez, ¿por qué después habría de sujetarse a la regla en lo sucesivo?

Otro aspecto muy importante es la discusión acerca de la legitimidad de la Constitución de 1980. Me preocupa que quienes sostienen la tesis de que la Constitución no sería legítima, asuman que cualquier otra tesis se base exclusivamente en el pragmatismo y que no pueda haber quien sostenga que la Constitución de 1980 es legítima, ya sea en origen o en ejercicio, porque el país funcionó gracias a ella. Si se dice que es ilegítima y que, por tanto, debe redactarse otra, más allá de los contenidos específicos que se propongan, hay un problema grave, pues, ¿por qué vale lo que se fundamenta o deriva de, y se apoya en, la Constitución, pero ella no?

Finalmente, creo que lo preocupante no es si la hoja está o no está en blanco, sino que los cerebros no están en blanco. Todos tenemos una posición frente

al diseño institucional, y eso no va a quedar de lado por talentosas que sean las personas que hagan el trabajo.

L. Sierra: Gracias, Germán Concha. Jaime Bassa.

J. Bassa: Quisiera compartir básicamente dos reflexiones: una relativa al consenso, y otra a propósito de cómo el sistema de distribución de competencias de una Constitución lo posibilita o no. La contingencia nos indica que es necesario volver sobre la idea del consenso y asumir el desafío de resignificar el concepto. El consenso en sí mismo no es tramposo; por el contrario, me parece que es un valor. Es un valor en la medida que entendemos que, en una sociedad democrática, junto al consenso convive también el disenso, como valor constitutivo de la propia democracia, que da cuenta de cómo una sociedad se constituye a partir de la diferencia de sus integrantes, reconocidos como iguales por el Derecho. Pero cuando se esgrime la idea de consenso para pretender reemplazar el disenso, para proteger un determinado *statu quo*, o bien para tender hacia una falsa homogenización, el consenso termina transformándose en una trampa. Allí donde ciertas minorías recurren a él para obstaculizar ciertos acuerdos, o para impedir que las mayorías implementen legítimamente su programa de gobierno, la voz “consenso” nos lleva a otro significado, incompatible con la democracia. La sociedad chilena debe ser capaz de construir consensos en forma participativa y democrática, especialmente para contar con un ordenamiento constitucional compartido, que permita a cualquier mayoría realizar el programa para el cual fue elegida.

Al respecto, una pequeña anécdota. Me tocó conversar con Navarro Wolff, comandante del M-19, la guerrilla colombiana que firmó la paz con el gobierno colombiano en 1990. Contaba que la piedra angular del proceso colombiano fue el consenso. ¿Por qué la izquierda más radicalizada, levantada en armas contra el Estado, y el representante de la derecha más conservadora, que defendía la Constitución de 1887, lograron llegar a un consenso? Creo que el ejemplo puede ser interesante: llegaron a un acuerdo parecido al que debiéramos llegar nosotros. Acordaron postergar los intereses partidistas más inmediatos y actuar en interés de la Nación, no enfrentar el momento constituyente calculando los intereses del próximo gobierno o del subsiguiente. Hoy estamos en un momento similar, aunque con un nivel de radicalidad infinitamente inferior. Debemos ser capaces de generar una Constitución que le dé estabilidad política y social a la ciudadanía, que garantice sus derechos y, en consecuencia, la estabilidad del sistema político. Sin lo anterior, tampoco tendremos estabilidad económica.

En segundo lugar, quisiera retomar las palabras del profesor [Enrique] Navarro: efectivamente tenemos un problema serio con la Constitución, pero no es solo su origen en una dictadura, sino la forma en que se distribuyen las competencias normativas para regular y resolver los conflictos inherentes a la convivencia democrática. A mi juicio, el problema radica en la costumbre por redirigir hacia la Constitución una gran variedad de conflictos políticos que no se resuelven en sede constitucional, sino en sede legislativa y, en algunas ocasiones, en sede reglamentaria. Este fenómeno obedece a la pretensión de poner término, e incluso de invisibilizar, conflictos propios de una sociedad plural. Ciertos temas, como los derechos individuales, deben ser entregados a la Constitución, pero solo los realmente fundamentales para la convivencia pacífica en democracia. Probablemente los conflictos más importantes, aquellos relativos a la realización del individuo y su proyecto de vida, quedarán entregados en la libertad individual. Pero no puede ser que la solución a todos esos conflictos pretenda ser dirigida hacia la Constitución. Ahí termina de consolidarse la “trampa del consenso”, al levantarse como un obstáculo al reconocimiento de la diversidad propia de la sociedad contemporánea.

L. Sierra: Gracias, profesor Bassa. Profesora Henríquez.

Miriam Henríquez: Desde una perspectiva académica opinaré sobre el procedimiento y el mecanismo para la reforma o para el dictado de una nueva Constitución. Mi ideal es que de este momento constituyente surja una nueva Constitución. En ese contexto, siguiendo la propuesta que nos plantea Francisco [Zúñiga], me parece que este grupo debiera reflexionar en torno al alcance del control de constitucionalidad de la reforma, parcial o total, de la Constitución, y al rol que va a ejercer el Tribunal Constitucional. Me parece que el control de constitucionalidad de la reforma corta o parcial planteada debe ser eminentemente procedimental y desde esa perspectiva, entonces, el Tribunal Constitucional solo debiera ejercer una revisión respecto de aquellos aspectos. Es decir, revisar que se hayan alcanzado las mayorías necesarias, según los capítulos de la Constitución que se modifiquen, y que los órganos intervinientes sean los facultados por la Constitución para llevar adelante la reforma. Insisto que mi apreciación es que el Tribunal Constitucional, en este control previo de la reforma parcial, solo debiera ejercer un control de los aspectos procedimentales y no de los aspectos materiales. Esto, porque el órgano que ejerce el control del ejercicio del poder constituyente no puede considerar límites allí donde el poder constituyente no los ha querido.

L. Sierra: Gracias, Miriam Henríquez. Teodoro Ribera.

T. Ribera: Antes de abordar el tema del procedimiento de reforma constitucional, me pregunto por qué se requiere otra Constitución. No estamos hablando del procedimiento de reforma desde un punto de vista meramente formal y académico, pues lo que subyace en este diálogo es si se quiere una nueva Carta Magna. Es más, lo que se ha planteado es que se desea partir de cero y se utiliza la expresión de iniciar el debate con una hoja en blanco y no meramente actualizar o reformar el texto vigente.

Cuando uno escucha las expresiones “un nuevo texto constitucional” y “partir de cero”, me pregunto si estamos sumidos en una crisis constitucional, en un caos de legitimidad, en una situación tal que las instituciones hayan fracasado y los partidos hayan perdido su legitimidad y se requiera, por tanto, un acuerdo político que se plasme en una nueva Constitución. Con claridad debo afirmar que esa no es nuestra realidad. Puede ser que esa sea una idea reiterada por un sector político, un lema levantado por un grupo minoritario o una consigna electoral, pero esa no es la realidad ni la conveniencia para nuestro país. Prueba de ello es que hace cuatro años la ciudadanía eligió al Presidente Sebastián Piñera y en su programa de gobierno no estaban consideradas ideas en esa línea.

Somos hoy el país que esgrime el índice de desarrollo humano más alto de Latinoamérica, en el cual las instituciones funcionan, se respetan los derechos fundamentales y las personas progresan. Somos un lugar al que las personas buscan emigrar. Podemos tener dificultades propias del crecimiento, pero no estamos sometidos a un caos que demande ideas refundacionales.

Si uno tiene presente esa realidad, sostener que se quiere diseñar una nueva realidad constitucional dibujando en una hoja en blanco, implica prescindir artificialmente de una historia constitucional, con sus buenas y malas experiencias. Porque si bien la Constitución de 1980 es una norma del término de la guerra fría, pensar que es una ley fundamental que está íntegramente caracterizada por dicha guerra es un error histórico y de evaluación. Parte de sus ideas matrices y de su organización fundamental provienen con anterioridad, y son parte de nuestra historia constitucional. El Tribunal Constitucional no fue inventado por la Constitución de 1980 y tampoco la Contraloría General de la República o las normas limitativas del gasto público. ¿Cuántos dramas humanos nos habríamos ahorrado como país, cuánto desarrollo y energía perdida por no haber dotado a la Constitución con anterioridad de mejores controles al poder desbocado, a

las visiones políticas globalizantes y excluyentes? Por ello, desconocer la historia constitucional es un grave riesgo para el país.

Por otro lado, cuando planteamos el tema de la legitimidad como tema central, me pregunto si ese es el verdadero argumento. Porque si la legitimidad fuera el cuestionamiento central, bastaría que llamáramos a un plebiscito ratificatorio y solucionaríamos en conjunto el problema. En realidad, el tema de la legitimización es una excusa. Tan académicos no somos como para no percibir el verdadero tema de fondo, el que motiva esta discusión. Lo que impulsa este debate es que algunos consideran que la Constitución es muy estrecha y circunscrita, piensan que ella representa solamente un modelo de sociedad y lo que se le cuestiona son sus contenidos.

En esta materia veo un cierto fetichismo constitucional, caracterizado por una tradición malsana, de creer que la Constitución es una descripción de lo que se quiere y no una regulación del poder y un reconocimiento de los derechos ciudadanos. Se quiere transformar la Constitución en un programa político, en una Constitución programática que conlleve una carga ideológica mayor. El problema de las constituciones programáticas los conocemos: pierden eficacia jurídica, generan ilusiones prestacionales y transforman a los jueces en arquitectos de la sociedad política.

La Constitución de 1980, o del 2005 (por los importantes cambios de que fue objeto), no consagra un marco tan estricto para que no quepa en ella más de una visión societaria, pero tampoco tan laxa o neutral como para que quepan todas. Qué duda cabe: ni la monarquía ni los sistemas totalitarios tienen cabida en la Constitución y ello yo lo aplaudo.

El desarrollo político de Chile ha constatado lo anterior y la faz arquitectónica irá moldeando el futuro, respetando los derechos fundamentales que se consagran. Prueba de ello son algunas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la relevancia de los derechos sociales, por ejemplo, en materia de salud. Vale decir, no es tal que la Constitución contemple un solo modelo económico y una única visión de sociedad. Porque, así como la Constitución se caracteriza por fortalecer los derechos y libertades y poner requisitos para el ejercicio de la actividad económica por parte del Estado, no imposibilita su actuar, pero le impone las condiciones que hagan posible que todos y cada uno logren su mayor satisfacción individual posible. Siendo la búsqueda de la satisfacción personal un tema individual, el Estado debe crear una base mínima de condiciones. Por ejem-

plo, no prohíbe derechamente que el Estado pueda tener industrias o empresas, únicamente exige un quórum calificado y lo somete a las normas generales.

Por ello, sostener que debe cambiarse la Constitución y partir de cero para lograr reformas sociales es un error. Los procesos políticos en los últimos 30 años son una prueba de ello y téngase como ejemplo el darle mayor fuerza al rol del Estado en cuanto a garantizar derechos sociales. Esto ya tuvo lugar durante el mismo gobierno militar con la política de subsidios para la adquisición de viviendas o durante el primer gobierno de la Presidenta Bachelet, con las garantías mínimas en materia de salud (AUGE), y ahora con la protección de la maternidad en el gobierno del Presidente Piñera. Los derechos sociales no están excluidos del mundo chileno, y si bien no tienen un respaldo constitucional amplio, eso no impide que puedan ser consagrados por la ley.

Es preocupante la amenaza, velada de algunos y furibunda de otros, de saltarse las normas vigentes. Ello deslegitima el actuar de los actores políticos y debilita los acuerdos y los avances que este país ha conseguido. Además, plantear la irrupción de una asamblea constituyente cuestiona y desconoce el rol del Congreso Nacional, desvaloriza a sus miembros y crea la gran incógnita de si la misma asamblea debe asumir los plenos poderes, disolviendo el Congreso y cercenando las atribuciones de la función ejecutiva. Por ello sostengo que es posible conciliar cambios políticos y constitucionales con una mayor participación y legitimidad democrática, pero sin destruir el sistema constitucional. Ello es igualmente posible “desconstitucionalizando” algunos aspectos de la Ley Fundamental y llevándolos a materia de ley.

Debo reiterar, para no engañarnos, que el tema que hoy nos convoca no es el de los procedimientos de reforma constitucional ni el de la legitimidad de origen de la Constitución vigente. El tema de fondo es el contenido de la Constitución.

L. Sierra: Gracias, Teodoro Ribera. Víctor Manuel Avilés.

V. M. Avilés: En este debate, el tema no es académicamente puro, pues el derecho constitucional, en sí mismo, es bastante político, y hay pocos temas más políticos que el establecer cómo vamos a crear una nueva Constitución o modificar una existente. Estamos en un ámbito político, subjetivo. Es importante aclararlo, porque además de que será imposible alcanzar la pretendida solución común en lo académico, la sola ilusión al respecto tiende a confundir, simplemente, porque no hay una respuesta única.

Hecha esa aclaración, detrás de lo que plantea Francisco [Zúñiga], veo que hemos hablado de tres grandes cosas. Un primer asunto tiene relación con si pro-

cede, o si queremos, o si es necesaria una reforma constitucional total. Un segundo tema es determinar qué materias cambiaríamos en caso de que no quisiéramos hacer una reforma constitucional total o, ante una revisión constitucional total, qué materias quisiéramos mantener con su regulación actual. Un tercer punto es el que tiene que ver con darle contenido y viabilizar este programa político que es bastante escueto en la materia, pese a la importancia que tiene.

En esta línea, personalmente –y acá ya no invoco la calidad de académico– me parece que no hay un mandato ciudadano forzado que obligue a reformar necesariamente todo lo que dice hoy la Constitución. Yo creo que el compromiso de la Presidenta –la que fue apoyada por el 25 por ciento del electorado– es básicamente abrir una cancha donde veamos la Constitución que queremos, nueva o vieja.

Pero tengo una impresión de que esto que hemos llamado “consenso tramposo” no es más que la fuente de una Constitución que representa el sentir de probablemente el 70 o el 80 por ciento de la población de Chile, la que ha sido construida en treinta años de revisiones, por medio de estas treinta y cuatro reformas. La idea de un proceso de reforma constante de la Constitución, en sí mismo, no me parece un problema –me parece interesante que haya una reflexión constitucional permanente–. Al contrario, esta idea que circula en algunos ambientes académicos de un momento fundacional al que estaría llamado Chile hoy en día, especialmente si se llama a una asamblea constituyente, tendería quizás a fosilizar este debate e impedir que se mantenga en el tiempo. No me parece que eso sea necesariamente lo que la ciudadanía piensa.

Ahora bien, sobre la discusión. En primer lugar, la idea de la creación de una asamblea constituyente me parece que obedecería a alguna forma de resquicio y coincido con el análisis que han hecho algunos en esa línea. A su vez, me parece que ese camino no es necesario hoy en día, y no hay un claro deseo expresado por la ciudadanía al respecto. La campaña “Marca tu voto” no prosperó mayormente. Tampoco hay una situación de revolución o de falta de legitimidad absoluta del Congreso Nacional, ni estamos en el momento fundacional de una república que obligue a correr el riesgo de lo que suele darse detrás de la asamblea constituyente: que se transforme en un espacio fantástico para que académicos muy destacados y la élite terminen expresando su sentir en un texto constitucional bajo el pretexto de estar “articulando”. Entonces, creo que esta vía no es hoy lo que nuestra ciudadanía nos demanda. Además, continuar debilitando la legitimidad del Congreso Nacional sería un error.

Respecto de la alternativa que propone Francisco [Zúñiga] tengo una gran duda, pues se habla del renuncio que tendría que hacer el grupo de parlamentarios que representa al supuesto “tercio más uno” de los senadores y diputados en ejercicio para permitir un procedimiento bajo la reforma corta. Pero, ¿pueden los parlamentarios que han sido elegidos, precisamente para que ejerzan esa facultad que está establecida en la Constitución, renunciar a ella para permitir un nuevo mecanismo de reforma constitucional? ¿No terminaría por deslegitimar el sistema de democracia representativa? Ahí yo tengo dudas. Sabemos que los parlamentarios no pueden renunciar, pero, ¿pueden ser elegidos en una calidad para finalmente renunciar a ese sistema y permitir uno diferente, pasando a llevar el encargo ciudadano? Creo que es un tema que debiese profundizarse.

Finalmente, tiendo a inclinarme más bien por dos pasos, distintos a los propuestos. Primero, avanzar en una reforma al sistema electoral, ya que así se lograría que el Congreso Nacional quede dotado de una mayor dosis de representatividad. A partir de eso, seguir el proceso en forma paulatina –y no mediante este aparente “gran momento constitucional”– haciendo uso del mecanismo de reforma constitucional vigente o del que se establezca institucionalmente.

L. Sierra: Gracias, profesor Avilés. Antonio Bascuñán.

A. Bascuñán: Primero, quisiera plantearle a Francisco [Zúñiga] una observación sobre la distinción entre hacer la reforma con una hoja en blanco, pero que esto no implica una *tabula rasa*. Esa distinción necesita estar dotada de contenido, porque, de lo contrario, es una pura contradicción. Si esto es una mera cuestión retórica, no tiene importancia, pero, si no lo es, necesita dotarse de contenido. Mi impresión es que existe la siguiente inconsistencia: se dice que ninguna pregunta está excluida y todo puede ser revisado, pero, al mismo tiempo, se plantea que no se tiene un proyecto de transformación total. Si eso es así, yo entiendo la pregunta que surge del desconcierto y que parece estar tras la intervención de Enrique Navarro, Sebastián Soto y Germán Concha. ¿Por qué querer revisarlo todo si no se dispone de un proyecto de transformación global? Esto es desconcertante.

Lo segundo que quiero plantear es que, si bien estamos conversando sobre los procedimientos alternativos para producir el cambio, a mi entender, tanto o más importante que ello es la discusión acerca de cuál será el procedimiento de reforma que se propone en un nuevo ordenamiento constitucional.

Eso tiene una relación directa con el procedimiento de la reforma de la actual Constitución: ¿Con qué estamos comprometidos, con una Constitución futura cuyo procedimiento de reforma es contramayoritario? Y si eso es así, ¿por qué tenemos que levantar la exigencia contramayoritaria para reformar lo que actualmente tenemos, si lo que vamos a tener también va a estar sometido a la exigencia contramayoritaria? Y si lo que queremos es ir a un procedimiento de mayoría, que pueda tener una reflexividad intensificada, como, por ejemplo, una ratificación después de la renovación de ambas Cámaras del Congreso, ¿estamos seriamente comprometidos con que sea el único procedimiento de reforma a la futura Constitución? Esto, en parte, refuta la idea de que el papel tiene que estar completamente en blanco. Porque, por lo menos sobre eso, debería haber un pre-texto o, de lo contrario, se cierne la única trampa genuina que es denunciar como trampa una situación contramayoritaria, para darnos una regulación por criterio mayoritario e impedir su reforma futura con un nuevo mecanismo contramayoritario. Esa trampa, si bien no la encontramos hoy, es una trampa con la que nos podríamos encontrar.

L. Sierra: Gracias, profesor Bascuñán. Profesor Martínez.

J. I. Martínez: Parto por reiterar que considero que el debate sobre la reforma y la asamblea constituyente debe hacerse con “sensibilidad”. Es muy importante que quienes están en desacuerdo con una o ambas ideas, y que creen que la actual Constitución debe seguir vigente (porque se ha “legitimado” con el paso del tiempo y las modificaciones hechas en democracia), entiendan que para un sector importante de la sociedad el problema radica en el ADN de la Constitución, esto es, en su origen en una dictadura, que, a mi modo de ver, es lo que impulsa al actual Gobierno a promover este debate constitucional. A su vez, es importante que se dé una cierta sensibilidad a la inversa, es decir, que quienes promueven un cambio de esas características reconozcan los aspectos positivos que presenta el actual texto, que sin duda también existen. Es un tema que implica diálogo entre los actores políticos, con una actitud abierta, sin mezquindades, con capacidad de entender al que no piensa igual y de comprender las razones que lo llevan a tener esa posición, poniendo el bien común y los intereses del país por sobre los de un determinado sector.

Dicho esto, me parece que cualquier modelo constitucional con pretensiones de permanencia y éxito exige algunas definiciones previas, que, desde luego, no son solo procedimentales. Lo primero es que debe existir un acuerdo de “mínimos

constitucionales”, lo que Pereira Menaut denomina “acuerdo en lo fundamental” (Pereira 2010), y eso debe llevarse a la Constitución. Pero esto no es una tarea simple, porque, entre otras cosas, implica algunas definiciones previas no menores, como, por ejemplo, qué entendemos por Constitución, sobre las que hay más de una respuesta: límite al poder por medio del Derecho, instrumento de organización político/jurídica, la cúspide del Derecho, concreta y real configuración política de la sociedad, etc.

En segundo lugar, desde mi punto de vista, la Constitución es un límite al poder por medio del Derecho, que gira en torno a los siguientes mínimos que constituyen un núcleo duro: derechos (no muchos, pero justiciables), forma de Estado, forma de gobierno/sistema de separación de poderes/equilibrios. Debe haber un “acuerdo en lo fundamental” sobre ello. Lo anterior implica que no basta estar de acuerdo solo en procedimientos, porque el éxito de una Constitución pasa necesariamente por estar de acuerdo en esos mínimos, que deben quedar fuera de la contingencia. Así lo demuestran los ejemplos de los sistemas constitucionales más prestigiosos y exitosos (Reino Unido, Estados Unidos, Alemania, Francia, etc.). Pero, a su vez, aquello supone comprender que no todo puede constitucionalizarse. Debe haber un amplio ámbito para que opere la política, que por definición es una actividad libre, impredecible (en el buen sentido). Por ello, la Constitución no puede entenderse como un programa político.

Como las constituciones deben tener pretensión de permanencia, parece lógico que los mínimos que conforman el “núcleo duro” estén revestidos de una cierta protección por medio de mecanismos agravados de reforma, que incluyen mayorías relevantes (2/3 o 3/5) que, incluso, se complementan con otras (ratificación parlamentaria en dos períodos distintos, ratificación por parlamentos estatales o regionales, plebiscitos, etc.). Así ocurre en países tan diversos como Estados Unidos, Alemania, España, Brasil, Argentina y México, que cuentan con diversos mecanismos de rigidez constitucional, que incluso incluyen cláusulas de intangibilidad (Alemania y Brasil, por ejemplo). La nula o escasa rigidez implica un acuerdo en lo fundamental con una solidez a toda prueba. Podría decirse que una Constitución flexible la tendrá quien puede, pero no necesariamente quien quiere.

Me atrevería a decir que a mayor acuerdo en lo fundamental, puede concretarse una menor rigidez constitucional, aunque no necesariamente debe ser así, como lo demuestra el caso norteamericano. No se debe perder de vista que el debate amplio y democrático no asegura una Constitución exitosa, como lo

demuestra el clásico ejemplo de la Constitución alemana de Weimar de 1919, o como parece estarlo demostrando la experiencia constitucional española, amenazada hoy por posibles procesos independentistas de algunas comunidades autónomas, incómodas con un modelo de estructura del Estado que parece que ya no da para más. Obviamente ello no implica que el debate no deba ser amplio o no democrático, sino que debe hacerse pensando fundamentalmente en esos mínimos antes mencionados.

L. Sierra: Gracias, profesor Martínez. Profesor Eric Palma.

E. Palma: Yo quiero aportar un elemento sustantivo que tiene que ver con el recurso de la historia. Precisamente estamos en un escenario en que la historia constitucional tiene mucho que decir desde el punto de vista de lo que son la comprensión del fenómeno como continuidades y cambios. La continuidad central y básica es que estamos insertos dentro del modelo del Estado constitucional, el cual es un fenómeno revolucionario que rompe con las ataduras del antiguo régimen y que establece un nuevo modelo de convivencia entre las personas, y una nueva manera de ejercer el poder político. Se traduce en conceptos tan significativos como el de poder constituyente, que está en la base de este debate, soberanía nacional y derechos individuales.

Pero lo sustantivo en el escenario en el que estamos es el cambio, que viene dado por una transformación de la cultura jurídica y de la cultura constitucional. Creo que tenemos que comprender que el debate que está teniendo la sociedad chilena se da en el contexto del año 2014. No es un debate que se da en 1980, en 1990 ni en el 2000. Es un debate que se da en el 2014, que nos tiene frente a una nueva cultura constitucional vinculada con un elemento de enorme relevancia que no se debe perder de vista al discutir el alcance y las características del nuevo contexto constitucional: ese elemento es la ciudadanía y la relación que hay entre ciudadanía y poder constituyente. Creo que esto es una cuestión sustantiva, porque afecta gravemente a la Carta del 1980, por supuesto a la Carta del 1925 y para qué decir a la Carta de 1833. El elemento radicalmente nuevo al que estamos enfrentados en esta coyuntura es la extensión del concepto de ciudadanía. Les recuerdo que trabajamos durante mucho tiempo esa distinción entre ciudadanía activa y pasiva, entre chileno natural y chileno legal, que significaba que las mujeres, los jóvenes, los analfabetos pobres, no eran ciudadanos. Hasta el año 1980 las categorías de la ciudadanía eran eminentemente restrictivas, pero hoy la noción de ciudadanía significa que las mujeres, los jóvenes, los analfabetos y los pobres también cuentan.

Eso es radicalmente relevante para resolver el problema del poder constituyente, ya que el alcance de dicho poder, en términos prácticos, siempre se dio en relación con una ciudadanía eminentemente restrictiva.

Quiero decir que los efectos que se predicen del modelo y que se traducen en una educación masiva, que ha implicado un millón de chilenos en la educación superior, es el mejor argumento de que la ciudadanía chilena el año 2014 está en condiciones de asumir el problema constituyente con absoluta responsabilidad. El ciudadano tiene el derecho radical para definir el tipo de país que quiere, el tipo de Constitución que quiere, la relación que quiere entre el Estado y el individuo, y entre los individuos. No se debe perder de vista que es otra ciudadanía la que está hoy discutiendo qué se quiere como modelo constitucional para Chile.

L. Sierra: Gracias, profesor Palma. Francisco Zúñiga.

F. Zúñiga: Me temo que la observación de Antonio Bascuñán es de lo más incisiva, pero no es un *uppercut*. El PGNM prevé una propuesta de capítulo de reforma permanente de la Constitución, no muy distinto a la propuesta que yo he recogido acá.

Respecto de la observación de sustituir por decisión mayoritaria lo que es de suyo contramayoritario (la Constitución o su reforma), no soy de aquellos que defiende democracias mayoritarias y menos plebiscitarias. Pero observo una falacia argumentativa en la afirmación del profesor Antonio Bascuñán, y que yo le he criticado a Sergio Verdugo y a José Francisco García, a propósito de su análisis de las leyes supramayoritarias. Cuando ellos defienden las leyes supramayoritarias lo hacen con un recurso al derecho comparado. Tales leyes tienen cabida en el sistema de fuentes de Francia, de España, de aquí y allá, pero resulta ser que las instituciones contramayoritarias en la Constitución son una herencia de la dictadura. Es una herencia institucional de una Constitución otorgada, autoritaria en lo político y neoliberal en lo económico, y no son decisiones contramayoritarias producto del principio democrático. Luego, la falacia argumentativa del profesor Bascuñán es evidente: la Constitución no es contramayoritaria por obra de un poder constituyente democrático, a menos que se sostenga lo contrario del constituyente de 1980. Pero lo que ocurre es que la reforma constitucional del capítulo XV que tenemos hoy es parte de la Constitución de 1980, reformada en el 1989. Es una Constitución hiperrígida, con un quórum reforzado ordinario y extraordinario. Por tanto, la decisión contramayoritaria, que es de suyo en cualquier Constitución que merezca el nombre de tal, rígida, con vocación de estabilidad y de perdurar en el tiempo, no

es una decisión del sujeto pueblo producto del ejercicio del poder constituyente, sino que es la decisión de una dictadura. Entonces, la comparación no me parece afortunada; es una auténtica falacia la del profesor Bascuñán. Yo no pretendo sustituir en claves mayoritarias una decisión que de suyo es supramayoritaria, como lo es el poder de reformar la Constitución, la competencia de la competencia. Ese tema es clave porque si no, no podemos entendernos.

Me parece un profundo error sostener que la Constitución fue dada por un sujeto constituyente legitimado, como afirma Víctor Manuel Avilés. Si yo me hago cargo de lo que dice el profesor Avilés, la Constitución de 1980, en términos de Jaime Bassa, sería una Constitución impuesta por un sector de la sociedad. No pretendo sustituir una Constitución impuesta por una dictadura por una Constitución impuesta por una mayoría cualquiera, no creo que la Constitución deba ser concebida así. Además, quiero hacer un matiz con la afirmación que hace Teodoro Ribera.

Planteo dos breves ideas: debemos identificar un problema de forma y otro problema de fondo. Primero, en cuanto al problema de forma asociado al tema de la legitimidad democrática, yo no quiero que nos engañemos: la Constitución está montada sobre un fraude, digamos las cosas como son. Por tanto, es un decreto de ley fundamental y no una Constitución que merezca el nombre de tal en su origen. La Constitución vigente carece por completo de legitimidad democrática de origen. Segundo, en cuanto al problema de fondo atinente a la sustancia, jamás he pretendido –y creo que nadie seriamente podría pretender hacerlo– que la Constitución sea un programa político de un partido o coalición. La Constitución en cuanto precepto ideológico-normativo es un paraguas abierto, donde caben y deben caber distintas visiones acerca de cómo hacer la política y cómo gobernar; y hay un déficit de esa Constitución. El profesor Ribera hace una lectura benigna de ella, por el quehacer jurisprudencial. Lo mismo lo han hecho otros colegas en el campo de los derechos sociales y del Estado empresario. Si bien todo eso es cierto, ha sido fruto de una lenta práctica jurisprudencial y de un cambio en los hombres que sirven en la judicatura, en el Tribunal Constitucional, y de un enfrentamiento de problemas reales por los gobiernos del primer ciclo transicional 1990-2010. La nueva Constitución debe ser abierta en lo ideológico y conformarse como un precepto ideológico-normativo de las tradiciones del constitucionalismo liberal, democrático y social, y debe estar abierta en razón de su legitimidad, a diferencia de la Constitución vigente. La Constitución, para que sea fruto de un pacto, no debe ser imposición mayoritaria.

Cuando hablo de la hoja en blanco, hablo de no tener guión pre-escrito, no hablo de *tabula rasa*. Creo que no hay que asimilar la idea de hoja en blanco con partir de cero. En cuanto a la pregunta acerca de los contenidos del guión o texto a pensar, deliberar y escribir, estos contenidos en un proceso constituyente surgen no de un pre-texto, sino del diálogo, de los consensos y disensos que aquilatan las metadefiniciones ideológicas y las definiciones político-constitucionales de los sujetos hablantes del proceso.

Decía Sebastián Soto que por qué no hacemos una reforma 2005 de tipo 2.0. Yo quiero recordar, por la vía ejemplar, que hay tres temas que no prosperaron en esa reforma, a pesar de haber sido ampliamente discutidos: el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, el Estado social de derecho y el amparo constitucional extraordinario. Esto fue fruto precisamente del bloqueo de un sector anclado en la lógica contramayoritaria del tercio más uno. Por lo tanto, creo que cuando uno se enfrenta a la hoja en blanco, no es a que no haya condicionantes culturales o metaconstitucionales, sino que el desafío es que no haya vetos o bloqueos.

Cuando uno habla de la “trampa del consenso”, podemos extrapolar a nuestro ordenamiento constitucional el término usado por Darnstädt (Darnstädt 2005) para designar un entramado institucional que dificulta o imposibilita decisiones como sucede entre los Länder y el Estado federal en Alemania. Cuando alerto sobre la “trampa del consenso” lo que estoy diciendo es que no podemos transformar el consenso en un diseño institucional que haga imposible la adopción de decisiones políticas constituyentes. No estoy llevando más allá el término “trampa del consenso”, a pesar de manifestarme muy crítico respecto de lo que fue la lógica de la “democracia de los acuerdos”. Ahí rescato el término, en su formulación primigenia, del “ciclo político”, término que acuñó Paulo Hidalgo en un libro que escribió en el 2010 (Hidalgo 2011), al finalizar el gobierno de la era de la Concertación democrática. Creo que tenemos que ser capaces de ver este proceso constituyente de la mano del término de un ciclo político. De ese ciclo de reformas en que imperó bajo esta lógica de la “democracia de los acuerdos” y que terminó siendo una lógica esencialmente tramposa y excusa acomodaticia para las élites. Creo que hoy, con el nuevo ciclo político, tenemos la oportunidad de tomar conciencia de que estamos frente a una trampa que puede tener consecuencias muy nocivas respecto de la estabilidad del país. Aquí ya entro en un campo de la política práctica, que es tener conciencia de que una situación de ruptura es una

situación no querida y no buscada, y debemos hacer un esfuerzo para que ello no se produzca.

Lo último es sobre si el contenido de la Constitución debe ser breve o no, lo que va de la mano de la acusación muy aguda que formuló el politólogo ítalo norteamericano Giovanni Sartori (Sartori 2003) hace algunos años, acerca de la grafomanía constitucional tan propia de América Latina, por ejemplo, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, la Constitución de México o las más recientes del nuevo constitucionalismo latinoamericano (Venezuela, Ecuador y Bolivia). Se observa una incapacidad en el tema del contenido constitucional para darnos cuenta de qué es lo esencial, lo que tiene que ver con una práctica política muy arraigada de hacer todo constitucional y de incurrir en un “fetichismo constitucional”. Sostengo que la Constitución de 1980 incurre en esa reprochada grafomanía constitucional y sus adoradores tienen la inclinación a hacer todo constitucional (o inconstitucional según sus intereses más o menos inconfesables), y ello porque es usada la Constitución en clave defensiva, como “lógica de seguro”, en palabras de Ginsburg (Ginsburg 2014). La lógica defensiva de la Constitución como parapeto es la que utilizan quienes creen que pueden seguir usufructuando de los subsidios de poder que la Constitución otorga, y creo que eso no se sostiene por la simple razón de que así no funciona el sistema político hoy.

L. Sierra: Muchas gracias. Arturo Fermandois.

A. Fermandois: Tengo una pregunta breve para Francisco [Zúñiga] en torno al poder constituyente originario. Ratificaste ahora una frase que señalaste el año pasado en una mesa redonda en el CEP: “Nosotros apreciamos el consenso, pero no vamos a ser prisioneros del consenso”.

Yo he llegado a la convicción de que quienes promueven una nueva Constitución lo hacen exactamente por lo que dice Luis [Cordero] en relación con una búsqueda de legitimidad. Es decir, se busca una nueva Carta que resuelva un problema de legitimidad que se imputa a la Constitución actual. Ese es el problema central, un problema, caricaturescamente hablando, del número “1980” y todo lo que eso representa, más que un déficit necesariamente democrático y técnico que impida la expresión de las ideas, la ejecución de las políticas públicas y el desarrollo de las fuerzas políticas. Quienes hemos estado cerca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos hemos dado cuenta cómo el Tribunal –lo dijo Teodoro Ribera– interpreta flexiblemente casi todos los temas de discusión en que recaen los así llamados “pecados originales” que se le imputan a la Constitución. Cree-

mos que el tema de estos tres “pecados” (el quórum supramayoritario de leyes, el control preventivo de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y el sistema electoral binominal) están acotados, o bien están en leyes y no en la Constitución, o no han sido en absoluto tales, como ocurre con el control preventivo que ha sido muy prudente, tolerante y hasta obsecuente a veces. Por lo tanto, yo vuelvo a la convicción de que hoy tenemos un gobierno elegido por una mayoría importante, que colocó en su programa la idea de una nueva Constitución porque cuestiona su legitimidad. Esos sectores desean inaugurar una nueva era, hay una especie de búsqueda de una simbología nueva que es política constitucional.

Pero esa misma legitimidad que se busca reparar exige no cometer el error que se le imputa a la Constitución de 1980 en torno a una posible exclusión, o al que surja una nueva Carta de sectores que, empoderados transitoriamente, puedan despreciar los aportes del resto. Hoy estuvimos en La Moneda y la señal fue que están todos convidados a este diálogo, lo que me parece muy positivo, pero esto se contrapone a la idea de un poder constituyente originario irrestricto que surge, así como Sieyés afirmaba, sin límite alguno (Sieyés 2008). Porque, bajo la idea de invocar hoy el poder constituyente originario, pareciera incubarse la exclusión, ya que, ¿quién podría limitar a la Nación cuando se reúne para ejercer ese poder? También se contrapone con la tesis del decretazo, aquel que contraviniendo el texto actual de la Constitución pretendería convocar a un plebiscito para una asamblea constituyente. ¿Cómo ves, Francisco [Zúñiga], como asesor muy calificado de quienes tienen a su cargo la conducción política de este proceso, que se van a manejar estas herramientas de la invocación del poder constituyente originario? Señalaste que no es la opción que prefieres, y en eso coincidimos, pero pareciera estar ahí en la mesa.

L. Sierra: Gracias. Rodrigo Correa.

R. Correa: Quiero insistir un poco en la paradoja. Yo entendí que lo que decía Ricardo Lagos como hoja en blanco en realidad era una mala metáfora para referirse a lo que entiendo tú aclaraste, Francisco [Zúñiga], como la no existencia de vetos. Si eso es correcto, no es una muy buena metáfora, pero eso se resuelve con la reforma corta. Lo que resulta paradójico es la reforma larga.

Yo entiendo que la paradoja que Antonio [Bascuñán] dice que está de manifiesto, es que uno entendería una reforma larga si se tiene agenda y se dice que se quiere modificar tales cosas. Ahora, puede ser que la paradoja en parte sea porque solo estamos hablando de un procedimiento sin mirar todo el mapa.

Lo que es raro es que si uno tiene dos, tres, cuatro, cinco cosas importantes y, sin embargo, la propuesta sea enviar un proyecto de reforma constitucional completa; eso es paradójico. Yo creo que, y si bien no ha salido explícitamente aquí, es que hay una cierta renuncia a pronunciarse sobre cuestiones específicas entendiendo que eso tiene que ser objeto de pronunciamiento de la ciudadanía en esta suerte de participación ciudadana. Eso yo lo miro con cierto temor. No porque la ciudadanía no tenga un natural derecho a expresar cómo quiere que se gobierne el país, que es algo que tiene que hacerse regularmente, sino porque en la cuestión constitucional, en la medida en que la Constitución esté vinculada posteriormente a un mecanismo contramayoritario, como lo planteaba el profesor Antonio Bascuñán, la cuestión deviene una cuestión técnica. Es decir, una cosa perfectamente legítima es que la ciudadanía quiera más protección o más posibilidad de recurrir a los tribunales para garantizar derechos sociales, pero la pregunta técnica es por qué es adecuado que eso esté en la Constitución y no, simplemente, en una ley. Eso, me parece a mí, es una cuestión sobre la cual los profesores de derecho y los intelectuales tienen el deber y la responsabilidad de pronunciarse. Me parecería brutalmente irresponsable generar un proceso de abierta participación ciudadana que se puede traducir en un texto constitucional que luego solo va a poder ser reformado contramayoritariamente. Porque, claro, la expresión de las preferencias es perfectamente legítima, pero puede que sea completamente insensato que ellas se encuentren recogidas en la Constitución y no en una simple ley ordinaria.

L. Sierra: Gracias, Rodrigo. Profesor Manuel Antonio Núñez.

M. A. Núñez: Quiero comentar unas observaciones de Francisco Zúñiga. Creo que tú [Francisco Zúñiga] has disparado al bulto, pero creo que no basta solo con disparar al bulto. Por disparar al bulto me refiero a la acusación de la ilegitimidad y de los rasgos neoliberales de la Constitución que, naturalmente, algo de razón tienen, pero algo de sinrazón quizás puedan tener, también. Creo que es relevante detenerse en identificar, por ejemplo, qué elementos de este texto constitucional no son neoliberales, y, por tanto, si permiten o no revisar tu tesis. Esta es una Constitución que tiene elementos que no son neoliberales; hay, por ejemplo, una regla que permite vía ley aumentar las remuneraciones de determinado sector de la economía, una herramienta extraordinaria, que no se ha utilizado nunca y ni siquiera es de quórum supramayoritario. Esto hace que la Constitución no obedezca completamente a ese rasgo simplificador que es la acusación de neoliberalismo. Lo mismo respecto de los defectos de legitimidad.

Es posible que la solución, si es que las hojas no están en blanco, suponga un tránsito de esos elementos que están en esta Constitución y que no son un invento de esta ni son una herencia de la dictadura, esto porque pertenecen o a la historia constitucional o a toda la historia de la humanidad y al derecho internacional. Es bien discutible la tesis de la hoja en blanco y de los vetos debido a que estamos llenos de cerrojos y de candados que nos ponen el derecho internacional. Entonces, en la discusión sobre los derechos, puede ser un poco onírico el discurso de que no vamos a tener vetos, salvo que denunciemos todos los tratados. Es decir, nosotros vamos a tener siempre una Constitución, aunque reneguemos de la que tenemos ahora. Creo así que es relevante discutir cuáles son esos vetos que van a seguir existiendo.

Por último, la pregunta no se resuelve solamente en el diagnóstico grueso del bulto, sino que también en la solución. Creo no haber entendido bien tu tesis de una Constitución que pueda ser modificable por una mayoría equivalente a la mayoría de los parlamentarios en ejercicio. La pregunta es si esa Constitución va a solucionar lo que queremos nosotros que represente. Porque si va a representar el valor que tienen las legislaciones ordinarias, o lo que hoy son las leyes de quórum calificado, la verdad es que no sé si vamos a tener un símbolo que reemplace esta falta de unidad que tenemos con la actual Constitución, debido a que puede ser modificada generación tras generación, o año tras año. La pregunta es cómo no proponer –lo que es un deber moral y político nuestro– una Constitución que devengue en una Constitución vulgar, como decía el profesor [Luis] Cordero, una Constitución irrelevante, como años atrás decía Eduardo Aldunate o, simplemente, una no Constitución. Porque una Constitución que la cambiamos todos los días termina por ser una no Constitución, de no tener una Constitución llegaríamos a otra no Constitución.

L. Sierra: Gracias, profesor Núñez. Varias de estas cuestiones las vamos a ir discutiendo. La hoja en blanco se va a ir dibujando. Francisco Zúñiga para cerrar.

F. Zúñiga: El tema mayoritario y contramayoritario es un tema de fácil resolución desde un punto de vista formal. A la pregunta de nuestro colega Arturo Fermandois, permítanme excusarme de responderla: por lo pronto, no puedo hablar como asesor de gobierno, dado que este no ha definido aún la agenda ni del contenido ni de los procedimientos.



Cuestión II

Derechos constitucionales

Relación

Gastón Gómez

Los derechos que se reconocen al individuo son bienes, espacios o esferas que se reservan a este para que pueda, de manera autónoma, determinar su vida. Se trata de bienes que configuran y dan sentido a la vida humana, de modo que sin ellos esta resulta desvalorada o sencillamente pobre. Su reconocimiento implica aceptar que los seres humanos decidirán el curso de sus vidas conforme el plan que de modo libre escojan (Nagel 1996), lo que inevitablemente da lugar al “hecho del pluralismo” (Rawls 1971) y a variadas formas de vida (Humboldt 1996). No todas las sociedades políticas contemporáneas se organizan de este modo, pero ahí donde se ha hecho seriamente fructifican prácticas sociales vigorosas y la cultura, el arte, la riqueza y la solidaridad se han expandido como en ninguna otra. La técnica más exitosa en los sistemas políticos actuales para proteger y asegurar esos bienes, espacios o esferas, es la de transformarlos en derechos subjetivos públicos o derechos fundamentales situándolos en la Constitución, de modo que el Estado no los desconozca. Al estar situados en esa posición –la Constitución– los derechos adquieren el carácter de límites y/o exigencias al poder político del Estado –los derechos son “contramayoritarios” (Dworkin 1984)– que los posiciona más allá del regateo de la política diaria (Rawls 1971).

Si lo anterior es así, la consagración de derechos en una Constitución –en cualquier sistema político– admite los siguientes puntos de reflexión: qué bienes a título de derechos fundamentales constitucionales se consagrarán; cuál es el tipo y jerarquía de la norma que los regula, limita y complementa (en vistas a otros bienes constitucionales); eficacia de la norma de derechos fundamentales: ¿se aplica al Estado y/o también a las relaciones entre particulares (*drittwirkung*)?; régimen de garantías generales que se les aplica; catálogo de acciones constitucionales creadas para tutelar el derecho frente a los intentos de desconocimiento; y, por último, el

“lugar” que le cabe al derecho convencional internacional de los derechos humanos en la protección interna de los derechos. Estos puntos deben tomarse en cuenta a un mismo tiempo: ello quiere decir que cada vez que se proponen derechos o se intenta perfeccionar los existentes, todos estos problemas convergen.

1. Bienes que a título de libertades y derechos deben protegerse (conforme lo señalado más arriba)

El catálogo de derechos que establece la Constitución de 1980, a la luz de los trabajos publicados, tiene algunos defectos, a saber, (a) es un catálogo antiguo que se hizo para la realidad política de 1978; (b) no ha sufrido una revisión completa para ajustarlos al avance del tiempo, los cambios demográficos y las nuevas realidades sociales, en particular, las tecnologías y el “hecho del pluralismo” que la economía de mercado y la sociedad han generado; (c) presenta inconsistencias con los derechos consagrados en tratados internacionales que Chile se ha comprometido ante el mundo a promover y respetar. Con todo, el catálogo de la Constitución de 1980 –también– parte correctamente del reconocimiento de ciertos derechos, libertades e igualdades indispensables para la sociedad moderna; este reconocimiento recoge también la evolución constitucional de las instituciones del país.

El catálogo puede ser completado, mejorado y perfeccionado. Pero, ¿es necesario efectuar este esfuerzo?, ¿es en la práctica deseable un catálogo exhaustivo de derechos?, ¿no sería deseable o complementario asignarle valor de fuente del derecho a la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) o de la Corte Suprema (CS) en sede de protección, cuando esta última no se pronuncia sobre la estimación subjetiva de un derecho?

Una revisión exhaustiva (pero breve) de este catálogo en relación con los programas de gobierno y diversos artículos de profesores arroja la siguiente orientación: (a) nuevos derechos que podrían (según sugieren los programas de gobierno) agregarse al catálogo de derechos de la Constitución; (b) los derechos implícitos creados por las sentencias del TC y la CS, y su papel en el ordenamiento; (c) derechos, libertades e igualdades que vale la pena pensar en mejorar, perfeccionar o corregir en su redacción; (d) situación de los llamados derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC); (e) nueva organización en el texto constitucional de los derechos fundamentales.

(1.a) Nuevos derechos fundamentales. Según el programa de gobierno de la Nueva Mayoría (PGNM)

La aspiración más fuerte del constitucionalismo es asegurar que los derechos fundamentales constituyan no solo normas que limiten –al menos– el poder estatal e informen la legislación, sino que den lugar a prácticas institucionales y sociales coincidentes con ellos. En este sentido, los derechos son promesas llamadas a persistir. No basta, entonces, con consagrar detalladas aspiraciones, ni deseos o “disposiciones casi suicidas”, “promesas imposibles de cumplir” o cláusulas que “ponen los pelos de punta” (Sartori 2003), sino que debe sopesarse con cuidado el tipo de derecho subjetivo público a que da lugar la garantía institucional y judicial, y los bienes que se “sacrifican” por su consagración. La referencia a Sartori da cuenta del problema del constitucionalismo mágico: algunos textos constitucionales latinoamericanos (Ecuador, Venezuela, Bolivia y Brasil) dan cuenta de una “elefantiasis” que solo se explica porque no se pretende seriamente llevarlos a efecto. Si es verdad lo que sostiene Raz, esto es, que un derecho presupone que un aspecto de mi bienestar es el fundamento para atar a otro a una obligación (Raz 2001) –y generalizamos esta definición de derecho jurídico a los derechos fundamentales– entonces todo derecho, aunque no del mismo modo, presupone un balance complejo entre reservas individuales, bienes sociales comprometidos e instituciones. Y ello debe ser evaluado con seriedad.

Una pregunta interesante es, entonces, ¿cuáles son los criterios o razones para adscribirle a un bien ese rótulo de derecho fundamental, tomando en cuenta lo señalado? ¿Es preferible, en cuanto a derechos fundamentales, una Constitución de detalle o de principios? Sobre todo tomando en cuenta que los derechos pueden convertirse en reglas que restringen (y legitiman) la democracia diaria.

El único programa de gobierno que ofrece un nuevo catálogo de derechos es el PGNM que, aunque gestado con el afán de obtener votos para acceder al Gobierno, hoy sabemos influye decisivamente en su agenda. Se trata de un catálogo muy interesante. Es una visión completa de los derechos que se desea plantear, y que por primera vez (a mi juicio) publicita una candidatura presidencial. Se puede consultar en el anexo de esta sección. Tal vez una manera adecuada de leerlo es confrontarlo con la Constitución actual en: (i) derechos que ya están reconocidos; (ii) derechos que modifica o corrige, con más o menos sentido; y (iii) derechos “nuevos”.

(1.a.i) Entre los derechos que se repiten o parafrasean están los siguientes: derecho a la vida, integridad física y psíquica, derecho a la igualdad, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho a la libertad de conciencia, derecho de reunión, derecho a la nacionalidad, algunos de los derechos de ciudadanía (sufragio, cargos populares) y asociación (en diversas modalidades, social, política, etc.).

(1.a.ii) Los derechos que modifican su estructura ampliándose o cambiando de fisonomía, dando lugar en algunos casos a “normas objetivas” que exigen comportamientos determinados del Estado: *El derecho a la vida*: se afirma que existe un derecho a la “integridad moral”; se exige la prohibición de la pena de muerte; y el Estado debe prohibir toda forma de violencia física y de género. *El Derecho a la igualdad y no discriminación*: se agregan prohibiciones expresas de discriminar en función del “sexo, origen étnico, origen social, opinión, orientación sexual, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; se exige igualdad “dentro de la familia en relación con las tareas domésticas y el cuidado de los hijos e hijas”; y se impone que el Estado debe actuar para modificar los padrones socioculturales basados en la idea de “inferioridad o superioridad de algunos de los sexos”. *Derecho al debido proceso*: la proposición es la de cambiarlo por el de tutela judicial efectiva y que la descripción de las garantías del debido proceso incluya tanto el proceso civil como penal, la presunción de inocencia, no ser juzgado por la misma causa, y la prohibición de declarar contra uno mismo. *Libertad de opinión y de información*: se propone cambiar su texto por la “libertad de expresión” (más amplio) y de pensamiento, todo, sobre la base de las normas de la Convención Americana. *Derecho a desarrollar libremente actividades económicas*: al parecer, el texto propone cambiar su estructura de una libertad de acción regulada por las “normas legales que lo regulen” a un derecho limitado por la ley, cambiando, en suma, su naturaleza constitucional. Dice: “Se debe garantizar la libre iniciativa económica privada, con las limitaciones establecidas en la ley”. No dice nada respecto de las exigencias que el Estado pudiera tener para iniciar actividades económicas privadas. *El derecho de propiedad*: se propone, pienso, cambiar la construcción normativa del derecho de propiedad constitucional, agregando la definición alemana de “la propiedad obliga” y que su “uso debe servir al mismo tiempo al bien común”. Con ello se plantea que el derecho nace vinculado a su obligación (que no se describe) y luego se afirma indirectamente que la propiedad no está limitada por su función social (circunscrito a las cinco categorías constitucionales), sino que el uso de la propiedad está limitado por el “bien común”, ampliando

las categorías de limitación de la propiedad a todo cuanto requiera el bien común. Parece ser un cambio de impredecibles consecuencias. Además, se cambia la esencia de la propiedad y de la “herencia” (sería bueno aclarar este concepto), afirmando que la ley delimitará su contenido, que ya no tiene naturaleza constitucional en su esencia (aunque más adelante el PGNM dice que todos los derechos tienen una esencia). *La propiedad sobre las aguas*: el PGNM por una parte declara que existe un dominio público sobre “los recursos hídricos” (la Nueva Constitución debe reconocer el dominio público pleno, absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos hídricos) y luego los declara bienes nacionales de uso público en una extensión inusual, conforme el Código de Aguas (se declaran las aguas como bienes nacionales de uso público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares). A ello se agrega una delegación al legislador para determinar las características y extensión del derecho: “Se delegará en el legislador la regulación del procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozca a los particulares sobre las aguas, sin perjuicio de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad, calidad, seguridad y continuidad del recurso hídrico para todas las personas”.

(1.a.iii) Derechos nuevos y/o normas objetivas de derechos. El PGNM propone incluir en el catálogo algunos derechos fundamentales “nuevos” (en el entendido que no están formalmente en el catálogo vigente, nada más), o bien normas objetivas que obligan al Estado a proponer una legislación o una política. *Derechos “nuevos”*: derecho a la identidad, derecho a la intimidad, derecho a la imagen, derecho al honor, derechos sexuales y reproductivos (identidad y orientación sexual), derecho a la participación política y social, derecho a la protección del Estado a los nacionales, derecho a la buena administración, derecho a la manifestación, derechos colectivos (“Los derechos colectivos se relacionan con el medio en que viven estos pueblos (originarios) y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, lengua, instituciones, y tradiciones sociales y culturales”), derechos de los niños, niñas y adolescentes. Encontramos normas objetivas de valor: *Derecho a la vida*: se incluyen dos nuevas garantías, la supresión de la pena de muerte (compatible con la esencia del derecho) y que “Es deber del Estado adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia de género, en especial la ejercida contra mujeres y niñas”.

Derecho a la igualdad y a la no discriminación: se agregan dos normas objetivas: (a) “la acción del Estado debe instar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta que mantienen estereotipos, prejuicios y prácticas basadas en la idea de inferioridad o superioridad de algunos de los sexos”; y (b) le “corresponde al Estado el igual acceso de mujeres y hombres a cargos de elección popular, así como a puestos de responsabilidad profesional y social. Para ello, la ley debiera reglamentar medidas de acción positiva que permitan alcanzar la mayor igualdad posible efectiva (temporales, proporcionales, afectación)”, las que no se consideran desde ya “discriminación arbitraria”. En el *Derecho a la libertad de expresión*, se propone “Una ley determinará los límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social, tanto monomedial como multimedial, así como la apertura plural del espectro radioeléctrico, y la distribución del avisaje público, de modo de garantizar el pluralismo informativo y el libre acceso a la información” (se trata de una norma de grandes consecuencias institucionales). En los derechos de niños, niñas y adolescentes se crea una obligación de protección: “El Estado procurará comprometerse a implementar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño o niña contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, explotación y abuso sexual. Se requiere prohibir el trabajo infantil y cualquier tipo de violencia contra los niños y niñas, sea física o psíquica”.

No cabe duda que se trata de una declaración extensa, que en muchos sentidos procura cambiar la estructura de algunos derechos existentes, propone nuevos y crea normas objetivas que obligan al Estado. Cabría preguntarse: ¿Se trata de una nueva declaración o de una reforma? ¿Cuál(es) criterio(s) guía(n) esta consagración? ¿No se incluyen derechos innecesarios de estar en una Constitución, como los de los menores? ¿Se trata de una declaración fundacional de ciertas políticas del Estado, en el sentido que propone cambiar algunas estructuras a partir de la Constitución?

(1.b) Los derechos implícitos surgidos de las sentencias del TC y de la CS, ¿qué carácter deberían tener en el sistema de significados constitucionales?

Constatemos un hecho. En los últimos años, el TC y la CS han recurrido al expediente de los llamados “derechos implícitos” para alumbrar posiciones o

derechos que estarían “en penumbras”, “se infieren o deducen”, son “necesarios para la plena eficacia de otros derechos”, son conexos o están en la periferia de derechos reconocidos. Estos derechos son los siguientes (formulo esta síntesis para efectuar al final unas preguntas que juzgo interesantes, pero como Cortázar sugirió en *Rayuela*, pueden ir al final y saltarse la descripción):

(1.b.i) Derechos para derechos: para ejercer un derecho hay que poseer otro previo que permite tener el derecho consagrado en la Constitución.

En varias sentencias del TC, este ha planteado que “el derecho a la acción” sería un derecho de aquellos implícitos a la Constitución, específicamente se encontraría “oculto” en el derecho a igual protección en el ejercicio del derecho (Art. 19 N° 3 de la Constitución)¹. Una de las primeras ocasiones en que se pronunció sobre el tema fue a raíz de la inaplicabilidad del Art. 30 del Decreto Ley N° 3.538, Art. que crea la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)²; dijo el TC:

Séptimo: Que el precepto constitucional –se refiere al derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos– invocado *no establece expresamente* el derecho de las personas de acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, lo que obliga [...] a determinar si tal derecho se encuentra o no incluido en el referido precepto constitucional. [...]

Octavo: Que la pregunta contenida en el considerando anterior debe necesariamente responderse afirmativamente, si se analiza en su conjunto el sentido y alcance del numeral tercero del Art. 19. [...] Si [este numeral] asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, la que luego concreta en mecanismos tales como el derecho a la defensa, el derecho al juez natural, al debido proceso y a las demás que contienen los

¹ El TC en su jurisprudencia reconoce el derecho a la acción (en ocasiones lo llama, siguiendo la terminología de la Constitución española, “derecho a la tutela judicial efectiva”) en muchas sentencias, así, ver Rol N° 205 cons. 9°, Rol N° 1380 cons. 10°, Rol N° 546 cons. 8°, Rol N° 792 cons. 8° y 9°, Rol N° 815 cons. 9° y 10°, Rol N° 1467 cons. 10° y 11°, Rol N° 1380 cons. 11° y 12°, Rol N° 946 cons. 28° y 29°, Rol N° 1253 cons. 14°, Rol N° 1262 cons. 20° y 21°, Rol N° 1332 cons. 9° y 10°. En todos ellos trata el derecho a la acción como una condición necesaria y derecho. Aquí no vale la pena insistir en estos conceptos.

² STC Rol N° 546-06 INA.

tres incisos finales del precepto constitucional en análisis, resulta obvio que el derecho de acceder al órgano jurisdiccional *es un presupuesto necesario de todos ellos [...]* ¿Qué sentido tendría que la Constitución estableciera el derecho a defensa jurídica y judicial, incluso financiada por el Estado, si antes no hubiese *supuesto* que quienes tienen derecho a la defensa *detentan también el derecho* a acceder al órgano jurisdiccional?³ [el énfasis es añadido].

(1.b.ii) Derechos fundamentales implícitos originados en derechos constitucionales: el derecho a ser informado.

El TC ha señalado –aunque con titubeos– que subyace a la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa “el derecho a ser informado”. Se trata, evidentemente, de dos derechos distintos. Por otra parte, la Corte de Apelaciones sin titubeo alguno ha vinculado el derecho a la libertad de información con otro fundamental e implícito: el derecho a ser informado, agregando, alegremente, “íntegra, veraz y oportunamente”, lo que ha retroalimentado al propio TC que cita este fallo como sustento de sus propias cavilaciones. Reconstruyamos ambos derechos en su contenido y extensión.

El derecho a ser informado fue alumbrado con claridad por el TC en el caso Rol N° 226-95, en la cuestión de constitucionalidad que se suscitó durante la tramitación del proyecto de ley sobre “Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo”⁴. El Art. 19 N° 12 de la Carta, que prescribe la “libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, por cualquier

³ Agregó que este derecho era la contrapartida a la proscripción de la autotutela. “Noveno: Que, al razonar de este modo, estos ministros no hacen sino reafirmar la doctrina permanente de este Tribunal, vertida en fallos tales como el dictado en la causa Rol N° 205, en cuyo considerando noveno, el Tribunal dijo que ‘...en un Estado de derecho existen leyes dictadas para ser cumplidas y las personas que entren en conflicto con quienes las infrinjan tienen derecho a recurrir al juez en demanda de justicia. Esta es la compensación constitucional por haberse abolido y prohibido la autotutela en la solución de los conflictos’. Similares consideraciones pueden encontrarse en sentencias de 7 de marzo de 1994, Rol N° 184, y de 28 de octubre de 2003, Rol N° 389”.

⁴ Como se ha hecho notar muchas veces, el derecho a ser informado quedó contemplado en el anteproyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, al señalar (inc. 3): “Asimismo, la Constitución asegura el derecho de recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional [...]”, si bien en el debate se dejó claro que este derecho se refiere a que cuando “alguien informa, dada la información, ahí existe la obligación de garantizar su debida recepción”, y “lo que se asegura es el derecho a recibir la información que se dé” (ver sesiones N° 235 y N° 236). Luego desapareció de la Constitución sometida a plebiscito.

forma y por cualquier medio”⁵. El considerando clave es el siguiente (cons. 19°); afirma el TC:

Que, si bien el texto definitivo de la Constitución de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto constitucional que fue eliminado en el Consejo de Estado y, si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, este forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales.

Sin embargo, el TC aprovechó de explicar el alcance del derecho, que pasa a ser, en realidad, el derecho a recibir información una vez que las informaciones se producen:

21) Que, si bien este Tribunal aceptará que la disposición requerida no atenta contra el texto constitucional, debe señalar que lo hace solamente en el entendido que el derecho establecido en el proyecto de ley para que las personas reciban información, se refiere a que, proporcionadas por los medios de comunicación, nace el derecho. Ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones. Si así fuera y se entendiera que la autoridad puede obligar a las personas o a los medios a informar, se estaría atentando contra claros preceptos constitucionales, como son la autonomía de los grupos intermedios que está consagrada en el Art. 1° inc. 3 de nuestra Ley Fundamental, y la libertad de opinar y de informar sin censura previa.

⁵ En la Sesión N° 235 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política quedó aprobada la disposición que se refería al derecho a recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional, y en la Sesión N° 236 de la misma Comisión se aclaró el sentido y extensión del precepto aprobado, lo que se desprende claramente de las intervenciones siguientes: “El señor Ovalle prosigue diciendo que el último inciso tiene una inteligencia totalmente distinta. No contiene la obligación de informar, sino que lo que se asegura es el derecho de recibir la información que se dé. De modo que, para que tenga aplicación, para que juegue el inciso final, no es menester que se obligue a alguien a informar. Lo que ocurre es que este inciso juega cuando alguien informa; dada la información, ahí existe la obligación de garantizar su debida recepción. En esa inteligencia concurrió a aprobar el inciso final. Cualquier otra interpretación tendría que rechazarla, porque no se ajustaría al concepto que tiene de la materia y a lo que, según entiende, fue opinión generalmente compartida antes”. “El señor Evans se manifiesta de acuerdo con lo expresado con el señor Ovalle y expresa que adhiere a ese punto de vista”.

22) Que el derecho que se consagra en el proyecto de ley no otorga en ninguna de sus partes una atribución al Estado para exigir que se dé una determinada opinión, noticia o información.

(1.b.iii) El derecho a acceso a la información pública: emanaciones de derechos.

El TC recorrió el velo del derecho de acceso a la información pública en el marco de un recurso de inaplicabilidad⁶, acción en la que debió resolver si el Art. 13 de la ley orgánica constitucional 18.575 era inconstitucional, ya que esa disposición justifica denegar la entrega de documentos o antecedentes de carácter público si “su divulgación o entrega afecta sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido”. Dicha acción se generó por oficio de la Corte de Apelaciones a raíz de la apelación que el Director de Aduanas dedujo en contra de la sentencia definitiva que, a su vez, acogió el amparo de acceso a la información interpuesto por un particular contra dicha autoridad por negarse a entregar determinada información (los detalles aquí no interesan). El TC sostuvo, en definitiva, que la disposición legal infringía una serie de consideraciones, entre ellas, el Art. 8 de la Constitución que declara que son “públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen”, y que admite como límite del acceso si la “publicidad afectar [...] los derechos de las personas...”. Al desarrollar sus argumentos, el Tribunal entendió que todo el problema de la constitucionalidad del Art. 13 de la ley 18.575 se enmarcaba en el derecho a acceso a la información pública, derecho que no está reconocido explícitamente entre los derechos fundamentales de la Constitución, pero que está “implícito”. ¿De dónde alumbró este derecho el TC? El TC ofrece varias razones para ello.

Parte con un argumento de autoridad: que el derecho a acceso a la información pública “no merece duda a la doctrina de los *ius publicitas* y tampoco a la jurisprudencia” (no cita ninguna sentencia ni texto) y luego ofrece algunas razones, aunque su justificación normativa es más difícil. En primer lugar, porque el Art. 4 de la Constitución establece que “Chile es una república democrática” (lo que determina la “responsabilidad de los gobernantes”). En segundo lugar,

⁶ STC Rol N° 634-06-INA.

porque el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión (disposición del Art. 19 N° 12 de la Carta). En tercer lugar porque “la libertad de informar *incluye el derecho a recibir informaciones*” (cita la sentencia Rol N° 226 cons. 20°). Por último, debido a que se infringe el Art. 8 de la Constitución. Veamos cómo el TC explica estos temas:

(El) derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el Art. 19 núm. 12 de la Carta Fundamental, que asegura a toda persona “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

Este mismo Tribunal como recién se vio ha sostenido que la libertad de informar incluye “el derecho a recibir informaciones” (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, cons. 20°).

En idéntico sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha afirmado que en la garantía del N° 12 del Art. 19 de la Constitución Política de la República, relativa a la libertad de información, “debe entenderse comprendido el derecho a recibir información, ya que como se ha sostenido por diversos autores, de nada serviría que se aseguraran la libertad de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a recibir una información oportuna, veraz y completa” (Sentencia Roles acumulados N°s. 5527-2001 y 5728-2001, cons. 9°).

Finalmente, porque el Art. 8 de la Constitución “...consagró los principios de probidad, publicidad y transparencia en la actuación de los órganos del Estado”.

El TC va a llegar a una conclusión de todo lo anterior:

De esta manera, es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades

unida a la consiguiente rendición de cuentas que este supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía (c. 9 / Rol N° 634)⁷.

Un tiempo después, el TC va a reducir las disposiciones constitucionales en las que se funda este derecho implícito. A propósito de la inaplicabilidad de la ley 20.285 (letra h) en lo referido a informaciones privadas (las remuneraciones) solicitadas mediante el procedimiento legal de acceso a la información, dirá:

Cons. 29°: [...] la Constitución igualmente asegura el derecho de acceso a la información pública, en base al Art. 19 núm. 12, y en el Art. 8. En efecto, el Art. 19 núm. 12, garantiza la libertad de opinión e información y, como lógica consecuencia, el derecho de acceso a la información pública, lo que [...] ha sido reconocido por esta Magistratura en sentencia Rol N° 634, del año 2007, al señalar que: “[...] el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el Art. 19 núm. 12 de la Carta Fundamental [...]”. (cons. 9°). Además debe tenerse presente que la libertad de informar incluye el derecho a recibir informaciones (STC Rol N° 226, cons. 20°, y Rol N° 634, cons. 9°)⁸.

En este fallo, el TC obvió como fundamento del derecho a acceder a la información pública el Art. 4 de la Constitución, en lo referido a los deberes que entrañan la democracia y a la república. En otra sentencia un año después, definitivamente se excluye el Art. 8 de la Constitución como sustento del derecho; dijo el TC:

Que [...] no consagra el Art. 8 un derecho de acceso a la información. Este, como esta Magistratura lo ha señalado, se encuentra reconocido implícitamente en el Art. 19 núm. 12 de la Constitución (STC 634/2007). Su propó-

⁷ Además, en el cons. 10° dirá: “Que acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida”.

⁸ STC Rol N° 1732 inaplicabilidad cons. 29°.

sito es, por de pronto, garantizar un régimen republicano democrático, que garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos. También, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública. Y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad⁹.

El TC mantendrá esta tesis en sucesivos fallos¹⁰.

(1.b.iv) Un derecho implícito contenido en un derecho fundamental: el derecho a la imagen.

El derecho fundamental a la imagen ha sido “creación” de la jurisprudencia de protección. Son innumerables los fallos en los que las cortes han dispensado tutela a personas en situaciones concretas. Muchos de esos fallos fundaban el derecho a la imagen como derivado de la propiedad sobre bienes incorporeales o tímidamente enunciaban el derecho a la privacidad. En cambio, en el fallo que a continuación reproducimos, la Corte Suprema lo va a definir directamente como un derecho implícito vinculado a la privacidad, aun cuando la situación podría haberle permitido encuadrarla en la propiedad¹¹. El hecho que motiva el recurso de protección consiste en un estudiante cuya imagen es utilizada sin su consentimiento por una empresa electrónica para promocionar audífonos con la imagen

⁹ STC Rol N° 1990 inaplicabilidad cons. 25°.

¹⁰ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, respecto del inc. 2 del Art. 5 de la ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 6704-2011. “Cons. 15. Que un segundo factor interpretativo, que debe dejarse establecido, es la forma en que se concibe el mandato de publicidad establecido en el Art. 8 de la Constitución. [...] En primer lugar, su propósito es garantizar un régimen republicano democrático; además, que se garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos; también, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública; y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad (STC 634/2007; 1732/2011; 1800/2011; y 1990/2012)”. Dicho Art. 8 no consagra un derecho de acceso a la información. Este, más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el Art. 19 n° 12 de la Constitución (STC 634/2007 y 1990/2012). El hecho de que se encuentre en el Capítulo I de la Constitución no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el Art. 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012). En idéntico sentido, véase Rol N° 2246, cons. 22°.

¹¹ Recurso de Protección, SCS Rol N° 2506-2009, Rol Corte de Apelaciones N° 127-2009.

del recurrente. El producto se incluye en un sitio web. La Corte Suprema revoca la sentencia y acoge el recurso de protección, arguyendo:

Sexto: Que, en lo tocante al resguardo constitucional del derecho a la propia imagen, a que precisamente tiende la acción propuesta en autos, es cierto que el Art. 20 de la Carta Fundamental no lo enumera determinadamente entre las garantías susceptibles de ampararse por ese arbitrio cautelar; empero, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el Art. 19 núm. 4 de la Constitución, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar.

En el cons. 7° de la sentencia hace suyos los argumentos de la doctrina señalando: “Que del derecho a la propia imagen se ha dicho que constituye uno de los atributos más característicos y propios de la persona que, por configurar su exterioridad física visible, obra como signo de identidad natural de la misma; y en cuya virtud “cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuándo, cómo, por quién y en qué forma se capten, reproduzcan o publiquen sus rasgos fisonómicos, controlando el uso de dicha imagen por terceros, impidiendo así su captación, reproducción y publicación por cualquier procedimiento mecánico o tecnológico, sin su consentimiento expreso”^{12, 13, 14}.

¹² Cita a Humberto Nogueira Alcalá. “El derecho a la propia imagen como derecho implícito. Fundamentación y caracterización”. *Revista Jurídica Ius Et Praxis*, año 13 n° 2, p. 261.

¹³ En el cons. 5° de la sentencia se señala que el derecho a la propia imagen forma parte del conjunto de los “derechos de la personalidad”, que abarcaría todas aquellas propiedades o características que son inherentes a toda persona, advirtiendo: “Si bien no han merecido un tratamiento normativo determinado, según ha ocurrido con otros atributos de la personalidad, como la capacidad de goce, la nacionalidad, el domicilio y el estado civil, ello no significa que lo concerniente a ese derecho en particular pueda resultar indiferente al ordenamiento, especialmente en el aspecto de su protección y amparo, bastando para ello tener presente que en las bases de nuestra institucionalidad se inscribe el principio que el Estado –y por ende su sistema normativo– debe estar al servicio de las personas, protegiendo y respetando los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

¹⁴ La sentencia precisa en el cons. 11° que el derecho a la propia imagen también pertenece a los bienes incorpóreos protegidos mediante el Art. 19 N° 24, “cuyo legítimo ejercicio le permite a su titular gozar y disponer exclusivamente de su efigie, sin que nadie pueda utilizarla, no mediando previo consentimiento”. En la especie, la CS determinó que la empresa electrónica

(1.b.v) Los derechos implícitos en valores: el derecho al conocimiento de la identidad

El TC ha dado reconocimiento constitucional al derecho fundamental (como habría que llamarlo ahora) a la identidad en algunas sentencias, y lo ha hecho, primeramente, al decretar la inaplicabilidad del Art. 206 del Código Civil¹⁵, norma que limitaba a los hijos póstumos y a los hijos de padres o madres fallecidos después de 180 días de nacidos la acción filiativa de paternidad o maternidad prescribiéndola en tres años (la norma no se refiere a los restantes hijos) y, luego, al tratar la cuestión de la inconstitucionalidad de esta norma. Cabe agregar que el TC en dos ocasiones declaró inaplicable el artículo en cuestión fundándose en que infringe el derecho a la identidad, y en otras dos ocasiones, en cambio, aplicándole la misma sanción al precepto, se basó en una infracción al derecho de igualdad. Sin embargo, el derecho a la identidad surgió como explicación o justificación de los Arts. 188, 199 y 199 bis del Código Civil –recurso que fue rechazado– en tanto dichas normas contienen una diferenciación justificada en la búsqueda de la identidad biológica del menor. En esa oportunidad el TC sostuvo:

La afirmación precedente –que esas normas del Código Civil no violentan el principio de igualdad antes constituyen una diferenciación racional– se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el Art. 1 inc. 1, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad

privó al recurrente “de la posibilidad de obtener un legítimo aprovechamiento derivado del empleo de su propia imagen”.

¹⁵ El Art. 206 prescribe: “Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que este haya alcanzado la plena capacidad”.

humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país^{16, 17, 18}.

Luego agregó en otra causa dirigida a impugnar, ahora sí, el Art. 206 del Código Civil:

El reconocimiento del derecho a la identidad personal –en cuanto emanación de la dignidad humana– implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, por-

¹⁶ STC Rol N° 834, cons. 22°.

¹⁷ Rol N° 834 agregó que los artículos de la ley en cuestión tienen como finalidad propugnar al derecho legal a la identidad: “Decimocuarto: Que la sola lectura de la norma cuestionada permite constatar que la eliminación de la facultad judicial de no dar curso a la demanda por no presentarse antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda –operada por el Art. 1 de la ley 20.030–, dice relación con todos los procesos judiciales en que se investigue la paternidad o maternidad con el objeto de hacer realidad el derecho a la identidad personal, sin que afecte exclusivamente al requirente de estos autos. Así, no se aprecia cómo o en qué medida los actuales preceptos del Código Civil, cuya declaración de inaplicabilidad se solicita, introducen una diferencia de trato entre aquellas personas que encontrándose en una misma situación –demandados en un reclamo de paternidad– han de abordar la respectiva defensa”.

¹⁸ En el recurso de inaplicabilidad Rol N° 834, al rechazarlo. “Decimoquinto: Que, por su parte, la exigencia que se analiza –aplicable a todo demandado– encuentra justificación en fines legítimos perseguidos por el legislador. Precisamente, en la discusión general del proyecto de ley que dio origen a las normas del Código Civil que hoy se impugnan, llevada a cabo en el Senado, consta la intervención de la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Pérez, quien afirmó que “es impresionante el efecto de estos procesos, en que están involucrados los derechos de los niños, especialmente el derecho a la identidad, sobre la calidad de vida de esas personas”. El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro, y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales–, pues esta solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad” (c° 14 y 15).

que el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social. La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un estatus similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer” (c° 9 y 10)¹⁹.

(1.b.vi) El derecho al libre desarrollo de la personalidad: la autonomía sexual y la dignidad humana.

La impugnación²⁰ por la Defensoría Pública del Art. 365 del Código Penal que tipifica y pena la sodomía consentida con menores adultos²¹, supuso una discusión de implicancias acerca de si el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (u otra disposición), consagrado en el Art. 19 N° 7 de la Constitución, cobijaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad²², en lo

¹⁹ STC Rol N° 1340 cons. 10°.

²⁰ STC Rol N° 1683. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del Art. 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.

²¹ Señala el Art. 365 del Código Penal: “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

²² Según la sentencia, el requirente defendió del siguiente modo el derecho: “La autodeterminación sexual de las personas, como bien jurídico protegido, ha tenido reconocimiento expreso en la legislación moderna, y [...] al caso de Alemania, en que en el año 1994 se modificó el Código Penal, eliminando la prohibición de la homosexualidad masculina con menores púberes y sustituyéndola por una regla general de protección de abuso de menores. Sostiene que la autodeterminación sexual es una consagración del derecho a la libertad, contenido en el Art. 19 N° 7 de la Constitución, ya que la configuración de delitos sexuales tiene un correlato normativo, precisamente en los delitos contra la libertad. Agrega que la obligación de practicar o tolerar determinadas conductas sexuales no queridas es coacción y eso es un atentado contra la libertad. Lo curioso es que en el caso de la sodomía no se atenta contra la libertad, pues a diferencia de otros delitos sexuales no hay coacción, sino simplemente una relación sexual. Concluye que la afectación a la libertad viene dada por el constreñimiento estatal como mandato de abstención de quien quiere tener una vida sexual plena. Agrega el requirente que la autodeterminación sexual puede considerarse también como parte del derecho a la privacidad consagrado en el Art. 19 N° 4 de la Carta Fundamental, derecho que posee un carácter defensivo, en cuanto esencialmente posibilita la exclusión de terceros respecto de ámbitos de la vida que la persona no tiene interés

referido a autodeterminación sexual. Los hechos que he podido obtener grafican que efectivamente el caso consistía en actos consentidos homosexuales entre un mayor y un “menor adulto” de 14 años. El alegato del defensor se apoya en que la figura penal descrita tipifica y sanciona las relaciones sexuales homosexuales voluntarias, específicamente el acceso carnal del mayor respecto del joven que tiene entre 14 y 18 años, siempre que el acto no sea violación ni estupro, y al hacerlo violenta el principio de igualdad (ya que no están tipificadas las relaciones homosexuales de mujeres, no se sanciona a dos menores adultos que realizan los mismos actos y otros problemas semejantes), se invade la privacidad y se lesiona la libertad individual (en su forma de autodeterminación sexual).

El caso reviste enorme trascendencia porque supone determinar la posición que tiene la autonomía sexual en la Constitución. Lo interesante para el tema de los derechos implícitos es que el TC, al reflexionar sobre la autonomía para configurar la personalidad sexual, va a desarrollar la idea de que este derecho, entendido como la facultad de configurar las opciones de vida compatibles con la opción del bien y de lo justo que se adopten (sin dañar a terceros) y la posibilidad de llevarlas a la práctica (esto último, no señalado por el Tribunal), se encuentra claramente amparada en el principio de dignidad humana del Art. 1. Todo un reconocimiento fundamental. Pero veamos el desarrollo de los argumentos.

Por último, el TC va a concluir:

Cons. 48: Ante todo lo expuesto, se observa, en primer lugar, la existencia de consenso en el sentido de que la libertad personal consagrada en el numeral 7 del Art. 19 de la Constitución debe ser entendida como libertad ambulatoria. [...]

Cons. 50: Desde este punto de vista, es posible afirmar que el Constituyente de 1980 no entendió el derecho a la libertad personal como comprensivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad ni menos de la autodeterminación sexual. Como ha quedado en evidencia, la tesis original del comisionado

que sean conocidos, y que comprende el desarrollo de un plan de vida autónomo sin intervención estatal. Añade que lo que el Estado considere como conducta sexual culturalmente aceptable es algo que queda entregado a la moral social, y que la tipificación de las prácticas homosexuales consentidas implica un atentado a la privacidad. Indica que la intromisión en los actos que tienen lugar en la intimidad del hogar con respecto a las cuatro parejas homosexuales es algo propio de un Estado totalitario donde la observancia de los derechos fundamentales es inexistente”.

Silva Bascuñán de proceder en tal sentido fue expresamente descartada y asumida una configuración del derecho consagrado en el Art. 19 núm. 7 de la Constitución, mucho más acotada”.

Ahora bien, en un giro el TC va a declarar que todo lo anterior –esto es, que el constituyente no haya reconocido la autonomía en el derecho a la libertad individual– no es óbice a que debamos reconocerlo, pero no ya en la libertad, sino en la dignidad humana:

Cons. 51: Que el hecho de que el Constituyente haya adoptado la última alterativa reseñada no significa desconocer que el libre desarrollo de la personalidad constituye una expresión de la dignidad de toda persona, que se encuentra afirmada enfáticamente en el inc. 1 del Art. 1 de la Carta Fundamental.

(1.b.vii) La libertad de trabajo y el derecho implícito a la protección del trabajo, o como un “su” se transforma en “de”.

La cuestión de si son constitucionales los Arts. 25 y 25 bis del Código del Trabajo obligó al TC a alumbrar en uno de sus fallos la protección del trabajo. El caso se suscitó a raíz de si los tiempos de espera de los conductores de buses interurbanos debía imputarse a su jornada de trabajo y en consecuencia remunerarse. El Art. 25 del Código Laboral establece la norma según la cual “los descansos” (a bordo o en tierra) y “esperas” entre sus turnos laborales no se imputan a la jornada de 192 horas que también determina esa disposición legal. El TC va a acoger el recurso²³ y al hacerlo va a determinar que dichas disposiciones constitucionales consagran la protección del trabajo “mismo” y no solo la libertad de trabajo y “su protección”, debido a la ineludible función social del trabajo y a la dignidad del trabajador. Dice el TC:

²³ Dice el TC: “Sexto: Que la regulación legal de los tiempos de espera del Art. 21 del Código Laboral es concordante con el reconocimiento constitucional de la libertad de trabajo y de su protección. Si la ocurrencia y duración de las esperas que deban cumplir los empleados durante la jornada diaria de trabajo dependen de la discrecionalidad de su empleador, y si durante ellas los trabajadores no son libres para hacer lo que deseen sino que deben permanecer dispuestos a seguir las instrucciones que reciban de parte del empleador, esos lapsos deben ser considerados laborados”.

En efecto, la protección constitucional del trabajo del Art. 19 núm. 16 de nuestra Carta Fundamental no se limita solo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de este y que pueden exigirse efectivamente del Estado”^{24, 25} (cons. 6).

²⁴ Agrega el TC (Cons. 6): “Por todo lo anterior, es indudable que el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él le dedican sus trabajadores, ya que de esa forma vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo. En consecuencia, si el legislador califica a priori y sin excepción como no imputables a la jornada diaria de trabajo los lapsos de espera que acontezcan durante la misma por decisión del empleador, excluye la posibilidad de que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones del empleador. Pero si pese a ello y en el hecho los trabajadores sí se mantienen a disposición del empleador durante tales esperas, ya que aun cuando no presten labores continúan efectivamente sujetos a la autoridad de aquel, quien decide la ocurrencia y duración de tales esperas y exige de sus empleados mantenerse atentos y disponibles en cualquier momento para conducir o desempeñar otras tareas, tal y como ocurre en el caso de autos, el precepto legal que excluye de la jornada de trabajo tales tiempos de espera liberando al empleador de la obligación de remunerarlos debe ser declarado contrario a la protección constitucional del trabajo”.

²⁵ Agregó el TC: “Cons. 7: Que, por otra parte, sucesivas interrupciones de la jornada diaria de trabajo debido a esperas entre los turnos asignados por la empresa, como las que ocurren en el caso de autos, que responden a la organización del tiempo de trabajo que ha decidido el empleador para sacar un provecho más eficiente a su actividad, impiden a los trabajadores cumplir de forma continuada e ininterrumpida las horas diarias de trabajo comprometidas en el respectivo contrato laboral, lo que redundaría en una prolongación del tiempo de dedicación al trabajo, limitando con ello las horas diarias de uso libre y privado que le queda al trabajador. Ello, por cierto, vulnera los derechos del trabajador a estar sujeto a una jornada diaria de duración razonable, al descanso y a disponer libremente de su tiempo, todos los cuales están expresamente reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, que en virtud de lo dispuesto en el Art. 5 de la Constitución Política de la República complementan la garantía constitucional de protección sobre el trabajo reconocida en el Art. 19 N° 16 de nuestra Constitución. En efecto, el Art. 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y a una limitación razonable de la duración del trabajo”; el Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días

Por tanto, la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección que declara el Art. 19 núm. 16 de la Constitución Política de la República, incluye el reconocimiento de que todo operario debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida” (cons. 7).

(1.b.viii) Acerca del extraño “derecho fundamental” a la “carrera funcionaria”.

En el Rol N° 239-96 el TC declaró enfáticamente la existencia de un derecho fundamental: el de la carrera funcionaria. Este pronunciamiento se produjo con motivo del control obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley, específicamente su Art. 7, que le otorgaba competencia a las municipalidades para establecer sistemas particulares de promoción del personal no docente de los establecimientos educacionales. Al declarar que el Art. 7 era inconstitucional afirmó:

La denominada “carrera funcionaria” en la Administración del Estado, que es un derecho fundamental de los funcionarios públicos, implica, para que sea operativa, según lo dispone la propia Carta Fundamental, la estabilidad en la función o empleo; la promoción, es decir, la posibilidad de ir ascendiendo, grado a grado, en ese *cursus honorum* que es la carrera funcionaria, y que conlleva el derecho a que se respeten las reglas del ascenso; la calificación en el desempeño de sus cargos, que hace posible la promoción; y la capacitación y perfeccionamiento, que permiten un mejor desempeño en la función, una mejor calificación funcionaria y la consecuencial posibilidad de promoción” (cons. 8).

Conclusión y preguntas. Como se advierte, el TC y la CS en sus fallos han reconocido, alumbrado o deducido, derechos fundamentales por mero razonamiento. Los advierten desde todo tipo de enunciados constitucionales: desde otros

festivos”; y el Art. 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos declara que “el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual los Estados partes garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: [...] g) La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y h) El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales”.

derechos, desde valores y principios de la Carta, incluso desde normas objetivas de competencia. Las preguntas parecen ser las siguientes: Si no se considera que el catálogo de derechos sea fijo e inmutable, ¿para qué hacer crecer sus normas positivas? De hecho, el catálogo del TC y la CS es casi un catálogo amplio y complementario. ¿No será políticamente más sensato reconocer a la sentencia del TC un valor de fuente de derecho, en alguno de los sentidos que esto puede ser defendido? En caso contrario, ¿qué significado jurídico constitucional deberían tener los fallos del TC y la CS cuando ejercen jurisdicción constitucional?

(1.c) Sobre la reorganización del catálogo de derechos

La Constitución tiene repartidos derechos fundamentales (aunque es discutible que lo sean en un completo sentido técnico del término) en varios capítulos de su texto. En efecto, más allá del uso desprolijo de la palabra “derechos” (derechos a secas: Art. 1; “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”: Art. 5; “derechos humanos”: Art. 9; “derechos constitucionales”: encabezado cap. III; “derechos y garantías”: Art. 20; “derechos fundamentales”: Art. 93 inc. 3), la Carta instituye derechos en diversos capítulos: en el capítulo II, los derechos de nacionalidad y de ciudadanía, y en el capítulo III (aunque con distinta garantía de acciones), también, en las bases de la institucionalidad, en el Art. 5 con todas sus implicancias.

¿Acaso no sería racional procurar un orden más estructurado que unificara los derechos (y el lenguaje acerca de ellos) en un gran capítulo? Adoptar un criterio de orden diverso al hoy existente, muy probablemente requeriría diferenciar en capítulos (como algunas constituciones del mundo) según el tipo de derecho, su forma de redacción (el “Estado asegura” o “el Estado velará”), si cabe o no acción de tutela, y el tipo de garantía objetiva o institucional. Ello dependería de la configuración de los derechos económicos, sociales y culturales, entre otras cosas.

(1.d) Los derechos económicos sociales y culturales (DESC) que el PGNM propone

En el último tiempo, algunos autores nacionales (Rodolfo Figueroa, Francisco Zúñiga y otros), y también en la literatura comparada, han planteado que debería incluirse en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución los DESC, y se ha agregado que esos derechos deberían ser “justiciables”. El tema es controvertido y también hay opositores a esta inclusión.

Por su parte, el PGNM propone, en la p. 33, lo siguiente:

Derechos económicos, sociales y culturales. La Nueva Constitución deberá consagrar un Estado social y democrático de derecho, que asume los derechos económicos sociales y culturales como verdaderas obligaciones de la actividad estatal, para asegurar mínimos de igualdad social para un disfrute efectivo de todos los derechos.

Y luego:

Corresponde también al Estado garantizar el derecho a la educación, al trabajo, a la vivienda, a la protección de la salud, a la seguridad social, el derecho de las personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho al goce del medio ambiente libre de contaminación. Se reconoce el derecho a la cultura, entendido tanto como el derecho a bienes culturales como al patrimonio cultural. El Estado deberá promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés nacional.

La consagración de DESC en la Constitución no es algo que la Constitución actual repugne. De hecho, establece el derecho a la “protección” de la salud, el derecho a la educación, a la seguridad social, a sindicarse, entre otros. Es también claro que estos derechos están reducidos en su redacción (“protección” de la salud) y, en algunos casos, se “vacían” en la ley quedando desprovistos de contenido esencial, y todos ellos no tienen acción de tutela directa o el Estado asume un papel, llamémosle, reducido.

Otro hecho significativo es que el TC tiene un criterio extensivo sobre el papel y significación de los DESC en la Constitución. Según algunos fallos del TC, los DESC son derechos constitucionales obligatorios para al Estado y los particulares. Con todo, es bueno constatar también que Constituciones respetables (en mi concepto) tienden a ser cautas (la española) con la consagración de este tipo de bienes o sencillamente prefieren reservar estos bienes para la adjudicación, debate y aprobación mayoritaria por el Poder Legislativo (Estados Unidos de América y Alemania).

Doy aquí una síntesis muy apretada de los argumentos que se han dado críticamente. Cabe afirmar (de manera breve): (a) Algunos de estos bienes/necesidades son elásticos (como la salud) y no tienen punto genuino y final de satisfacción. Por

el contrario, provocan y estimulan el surgimiento de nuevas necesidades y demandas (como acontece con el gasto en salud o vivienda) conforme los avances técnicos, médicos, materiales, etc. (b) Al parecer, niveles importantes de garantía constitucional de estos DESC presuponen determinados niveles de desarrollo social y económico, y un presupuesto público ilimitado. No hay presupuesto público serio en el mundo que satisfaga estos bienes públicos independientes del mérito y del esfuerzo individual. (c) Se afirma que estos DESC al ser justiciables lesionan seriamente el gobierno mayoritario, en la medida que dejan al margen del parlamento los principales bienes públicos que los Estados y la sociedad civil deben producir y adjudicar democráticamente (salud, vivienda, trabajo, previsión, cultura) para distribuirlos conforme a “derechos” definitivos. (d) La “justiciabilidad” de los DESC atribuye una verdadera función democrática a los jueces sin la responsabilidad que supone administrar y responder por el presupuesto público ante los ciudadanos, incidiendo en las prioridades públicas y niveles de satisfacción las más de las veces técnicos. Los jueces no tienen una visión de conjunto y de prioridades públicas en relación con necesidades sociales. (e) Los jueces carecen de los conocimientos técnicos y de la capacidad para acceder y procesar la información que es requerida para analizar y decidir estos asuntos. En palabras libres de la Corte Suprema de EE.UU.: “Si tratan de hacerlo, inevitablemente se verán involucradas en una posición de administradores, lo que puede mermar el prestigio de toda la empresa constitucional” (Figuroa 2009, p. 590). (f) La “justiciabilidad” de estos derechos posee un importante problema: hace que los jueces se involucren para determinar el presupuesto público sobre la base de “derechos”, al margen de la democracia y de los recursos necesarios para solventarlos. Debido a la escasa legitimidad, transparencia y responsabilidad del Poder Judicial, la adjudicación en estas materias se vuelve “toma y daca”. Como es obvio, estos derechos reclaman una mayor intervención estatal que cualquier otro derecho, compiten con todos los bienes y objetivos del Estado que debe realizar, y si poseen tutela judicial constitucional implican incidencia judicial en la configuración de las políticas públicas.

Me parece que algunas preguntas interesantes sobre la consagración de los DESC en la Constitución, serían: (i) ¿Qué bienes o necesidades económicas, sociales o culturales deben consagrarse en la Constitución como derechos fundamentales? ¿Deben hacerse esfuerzos constitucionales en estas materias, o debemos entregar estas materias a la definición de la ley y las mayorías? (ii) ¿Debe tener la ley un papel significativo en estas materias, aun cuando se consagren como dere-

chos fundamentales? (iii) ¿Debe existir acción de tutela directa de estos DESC ante las Cortes, por medio del recurso de protección, por ejemplo?

Tal vez podrían pensarse fórmulas como las siguientes (tomadas desde diversos sistemas constitucionales):

Redacción del derecho. Al igual que algunas constituciones, estos derechos deben consagrarse con especial cuidado. ¿Deberían utilizarse expresiones como “los poderes públicos mantendrán un régimen de seguridad social”, “el Estado velará”, “el Estado fomentará”, o “propenderá”?

Sujeto obligado a la satisfacción del derecho. Debe quedar claramente definido el sujeto obligado al derecho y no solo un garante general: el Estado. Al parecer el TC ha generado algunas dudas en su jurisprudencia, en orden a que los sujetos privados también están obligados a proveer DESC. Tal vez esto correspondería a un capítulo distinto a los derechos que la propia Constitución reconoce y asegura.

Regulación conforme a la ley. Esta es una exigencia mínima y básica para que los derechos no se transformen en bienes absolutos e imposibles de realizar y tengan legitimidad democrática. Ello obliga a considerar solo la “esencia” del Derecho, conforme el Art. 19 núm. 26, como aquel mínimo social (expresado en la ley) a realizar.

Debe haber una cláusula que determine que estos *derechos deben ser “graduales”* y no “progresivos”. La idea parece ser que los derechos progresivos implican que no hay vuelta atrás. Pero una concepción así impone un orden social y político rígido, donde la política democrática queda limitada. Así surgiría una legislación inmodificable (la que expresa estos derechos) igualmente susceptible de crítica que los enclaves o “trampas” de la Constitución.

Para evitar el despilfarro y la irresponsabilidad se puede contemplar una regla que imponga *límite al déficit del presupuesto público*: un 2 por ciento.

Al iniciarse el proceso de formación de la ley, la autoridad debe *indicar la fuente existente de financiamiento*.

Por último, *debe asegurarse que la tutela judicial del derecho* solo se produzca respecto del Estado y no respecto de la sociedad o el resto de los individuos, y en atención a lo que la ley regula. Dicho de otra manera, no pueden ser derechos autoejecutables o de eficacia directa inmediata. ¿O sencillamente deben quedar excluidos de “justiciabilidad”?

(1.e) Derechos, libertades e igualdades que deben ser mejorados, perfeccionados o corregidos para potenciar su eficacia frente al poder

I. *Cambiar el derecho a la “igual protección en el ejercicio de los derechos”* del Art. 19 N° 3 (término que no se usa en el derecho comparado, en los tratados, ni en la doctrina constitucional) *por el derecho a la “tutela judicial efectiva”* (que es más que el debido proceso). A ello hay que agregar: la presunción de inocencia (mejorando la actual norma); derecho al juez imparcial, natural e independiente; legalidad del tribunal; a un juicio sin dilaciones indebidas; a la asistencia y defensa letrada; a ser informado de la acusación y aportar pruebas. En el mismo sentido, se podrían potenciar las garantías penales que el Art. 19 N° 3 contempla (el principio de legalidad de la pena, tipicidad previa, prohibición de presunciones de derecho en materia penal) por uno que satisfaga y que sea consistente con el derecho comparado. Se puede reconfigurar el Art. 19 N° 3 pensando en potenciar el principio de tipicidad penal prohibiendo las leyes penales en blanco, como una manera de prohibir la arbitrariedad estatal, sobre todo del Servicio de Impuestos Internos, volviendo a incorporar la expresión “y completamente descrita en ella” para aludir a la conducta punible.

II. *Perfeccionar la igualdad ante la ley*. Hoy el Art. 19 N° 2 contempla la igualdad ante la ley, y luego agrega: “En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre”. “Hombres y mujeres son iguales ante la ley”. Pues bien, este derecho no está bien redactado y no es coincidente con la igualdad ante la ley como está contemplada en los tratados internacionales y en otras Constituciones respetables. No señala, como lo hacen otros ordenamientos, una prohibición extensa a discriminar en función de categorías hoy inaceptables. Sugerimos afirmar que “nadie en Chile puede ser discriminado en función de su sexo, etnia, raza, idioma, religión, origen social, nacimiento y opinión política”. Algunos de estos *tertium comparationis* (como se les llama a los criterios en teoría) pueden ser más acertados que otros, pero todos ellos figuran en el Pacto de Derechos Civiles y en algunas Constituciones de otros países.

III. *Derecho de reunión*. El derecho de reunión debe ser perfeccionado para hacerlo consistente con los tratados y las constituciones comparadas. Para eso debemos eliminar la expresión por “las disposiciones generales de policía” hoy contemplada en el Art. 19 N° 13, cambiándola por la expresión que usa la Cons-

titución como garantía general de los derechos: la regulación de este derecho deberá hacerse mediante ley.

IV. *La igualdad ante las cargas públicas.* Hoy día el Art. 19 N° 20 inc. 2 establece: “En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”. Cualesquiera que conozca las sentencias del TC dictadas sobre estas materias sabe que esta categoría carece de contenido constitucional, muy especialmente debido a la expresión recalificatoria “manifiestamente”. Hoy la garantía está muerta. Si hay razones fuertes para revivirla habría que eliminar la expresión “manifiestamente” de la oración: se prohíben los “tributos manifiestamente desproporcionados e injustos”. Al sacar la expresión se impide que la política tributaria incluya cualquier tipo de tributo, por cualquier monto o progresividad. De este modo se protege al ciudadano contra una política recaudatoria sin control. La garantía así establecida excluiría tributos confiscatorios.

V. *Libertad personal y seguridad individual.* Este derecho presenta algunas deficiencias en su redacción (algunas están corregidas en la legislación procesal penal). Por lo pronto, como ya hemos visto, el TC debió aclarar si amparar la libertad personal incluía la libertad ambulatoria y si, además, incluía el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Más allá de este punto, cabe perfeccionar este derecho corrigiendo normas que autorizan poderes de detención y arresto inaceptables para una sociedad moderna. Así, (a) se propone en el Art. 19 N° 3c eliminar la expresión de que el detenido puede estar en poder de su detentor o captor “dentro de las 24 horas siguientes”, lo que resulta inaceptable. Nadie puede estar 24 horas en poder de su captor. Se sugiere agregar la expresión para ser puesto “de inmediato” en poder del juez competente; (b) lo mismo debe hacerse en el inciso siguiente.

VI. *Sobre la indemnización por error judicial.* En la actualidad, la acción de indemnización por error judicial no tiene relevancia alguna. La jurisprudencia de la CS exige que el Estado repare el daño causado a quien ha sido tratado injustamente por la acción punitiva de este (si fue sometido a proceso o condenado, lo que no se condice con la reforma, y luego sobreseído o dictada a su respecto sentencia absolutoria). La Corte hace posible la reparación solo si el comportamiento del juez equivale –en realidad– a la “prevaricación”. Tampoco existe en Chile un sistema de responsabilidad general de los jueces por los actos ilícitos que causan daño. Correspondería mejorar la regulación de la acción de indemnización por error judicial,

cambiándola de lugar hacia un nuevo título, o sencillamente eliminando la expresión “injustificadamente errónea y arbitraria”, amén de ajustar con la reforma procesal penal. Por lo pronto, tal vez aquí consagrar la responsabilidad del Ministerio Público, agregando que hacer acusaciones públicas resulta agravante de la reparación. Es muy probable que esta acción deba rehacerse pensando cuál es el régimen de la responsabilidad por el daño ilegítimo de todos los jueces y el Ministerio Público.

VII. *Acerca de la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa.* Esta garantía histórica admite un perfeccionamiento importante al cambiar la libertad de emitir opinión por la “libertad de expresión”. Si bien hay alguna doctrina que hace sinónimas ambas expresiones, ello no es así. Emitir “opiniones” es diverso a “expresarse”, siendo esta última categoría general y la primera solo puntual. Aunque es cierto que la expresión constitucional posterior “en cualquier forma” modera esta crítica. Al consagrar la libertad de expresión se cubren todas las manifestaciones que constituyen la creatividad humana (opinión, arte, teatro, escritura, libros, artículos, mimos, etc.). De este modo se fortalece la sociedad civil.

La verdad es que la Constitución chilena es extraordinariamente libertaria en lo que se refiere al resguardo de la libertad de opinión y de informar, ya que establece un sistema de control *a posteriori*, de manera que solo se puede sancionar por “delitos y abusos” fijados en una ley, después de que la acción se ha realizado. La Convención Americana, en cambio, admite que se sancione a los ciudadanos por “b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, lo que en Chile no puede hacerse. Y luego admite, además, la censura previa en un caso: “4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. En suma, en Chile se contempla una protección de la libertad de opinión más fuerte que la consagrada en la Convención.

2. Sobre la garantía de los derechos

La siguiente pregunta es: ¿cuál ha de ser el sistema de garantía de los derechos fundamentales? Los programas de gobierno de las distintas candidaturas presidenciales para las elecciones de 2013 y 2014, han sido bastante generales y escuetos. Parece reinar un gran consenso. El PGNM lo dice expresamente, y parece estar de acuerdo con el actual estado de las cosas (pág. 33):

La Nueva Constitución debe garantizar el desarrollo y la efectividad del conjunto de derechos fundamentales. En esa dirección se deben establecer las acciones y recursos que permitan su reclamo ante las instancias judiciales, tales como el amparo, la protección y el acceso a la información; también se debe establecer que las limitaciones a estos derechos solo puede hacerse por ley, y no afectar el derecho en su esencia. Por otra parte, los estados de excepción constitucional solo pueden limitar los derechos en los supuestos fácticos que la Constitución Política establezca, con estricta sujeción a estándares internacionales.

Partiendo de la fuerza normativa y vinculante de la Constitución –que parte del supuesto de una garantía extendida y general de los derechos fundamentales– cabe efectuar algunas interrogantes centrales:

1. *La fuerza vinculante de los derechos frente al legislador.* Desde el punto de vista objetivo y por medio de la ley, el legislador está en posición y competencia (y reserva) para disponer la protección, regulación y desarrollo de los derechos en su cara objetiva e institucional. Nadie pretende –al parecer– desestructurar esta relación de la ley como fuente directa y la reserva. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿la protección punitiva y persecutoria que el Código Penal les presta a los derechos y garantías constitucionales debería tener una adecuación? ¿Existe alguna coherencia entre esos tipos penales redactados hace años y el actual catálogo de derechos? ¿Debería tenerla, penalmente? ¿Le cabe algún papel a la ley penal en esta esfera? Y si le cabe, ¿el sistema de penas actual es el correcto o hay otras valoraciones punitivas adecuadas y proporcionales?

2. *Sobre la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.* En todos los programas se insiste en el papel de las acciones y recursos ante la jurisdicción para la garantía de los derechos. No hay mejor garantía de los derechos fundamentales que una jurisdicción eficiente, imparcial, independiente y oportuna, frente a las demandas sociales de justicia. Los programas de gobierno, en estos años, no parecen tener esta preocupación; sin embargo, se han planteado las siguientes interrogantes: (a) ¿Hay razones para alterar o cambiar el sistema de gestión, calificación y ascensos en el Poder Judicial? ¿Cabe pensar en alguna modalidad semejante al Consejo General del Poder Judicial? ¿Existe algún modelo o sistema que funcione bien en el derecho comparado? ¿Qué implicancias tiene el impulso de un modelo como el Consejo General del Poder Judicial para la función propiamente judicial

y para la imparcialidad de sus jueces? (b) ¿Debe darse el paso de crear tribunales administrativos? Puesto que se ha instalado la idea de impulsar algunas jurisdicciones especializadas (ambiental, familia, tributaria, etc.), ¿debe darse este paso también (más allá de modificar el Tribunal de Cuentas, como se ha escrito)? (c) ¿Hay razones fuertes para crear la institución del defensor del pueblo, *ombudsman*, u otra modalidad semejante, con un perfil tal vez entre el jurídico y el político? En ese caso, ¿debería atribuírsele legitimidad para accionar en favor de derechos fundamentales cuando son ampliamente afectados? (d) ¿Cuál sería el papel de los derechos fundamentales frente a la sentencia de los tribunales? ¿Hay razones para imponer un amparo extraordinario contra sentencias infractoras dictadas por la CS en sentencias de término?

Ahora, la Constitución dispensa una tutela directa de algunos de los derechos del Art. 19 de la Carta. De los textos de profesores y programas de gobierno surgen, pienso, las siguientes interrogantes:

(a) ¿Son adecuadas las actuales acciones de tutela que contempla la Constitución (pérdida y desconocimiento de la nacionalidad, recuperación de ciudadanía, indemnización por error judicial, protección, amparo, recurso contra la legalidad del acto expropiatorio) y legales (acción de amparo económico, acceso a la información, y con otra posición: acción de tutela laboral y otros)?

(b) ¿Deberían crearse algunas acciones constitucionales adicionales? ¿La acción de *habeas data*? ¿La acción de cumplimiento, al estilo de algunos sistemas comparados?

(c) ¿Tiene sentido mantener diferencias entre la acción por pérdida y desconocimiento de la nacionalidad, con la de protección? ¿Qué hay que hacer con el recurso de amparo económico?

Y respecto del recurso de protección, en algunos artículos de profesores se han planteado diversas observaciones y planteamientos críticos, lo que me mueve a preguntarme: dado el tipo de materias de que conocen las Cortes en protección, ¿debe mantenerse la acción frente a actos u omisiones de particulares? ¿O debiera establecerse para este tipo de asuntos de baja relevancia pública y constitucional un *referee* francés o una *injunctio* inglesa ante los tribunales y una apelación especializada y preferente? ¿Qué tipo de límite debiera ponerse a la transformación de la protección en un equivalente jurisdiccional? ¿Debería extenderse el recurso

de protección a todos los derechos enunciados en el Art. 19, incluyendo lo que se ha llamado la judicialización de los DESC que se consagran hoy (salud, educación, trabajo, previsión) tanto como para los que eventualmente se consagren? Ello supondría en la actualidad extender la protección, también, a los derechos de la función pública, debido proceso y la igualdad ante las cargas y tributación. ¿Es esto sostenible y correcto? ¿Están las cortes preparadas? ¿Acaso no sería deseable que la Corte tuviera una potestad de acumulación de causas por materias, con un procedimiento y debate sofisticados, donde el interés constitucional y público prevalezca? ¿Debería dictarse una ley que regulase el procedimiento de las acciones constitucionales? ¿De todas ellas? ¿Hay que pensar en el recurso de protección y su posición en la jurisdicción? Algunos han planteado el interés de revisar si la jurisdicción debería actuar en la tutela de derechos provisionalmente para, luego, un amparo extraordinario ante el TC que uniforme la jurisprudencia.

3. El papel del derecho internacional convencional

Como se sabe, los tratados de derechos humanos no tienen una inserción fácil en el ordenamiento jurídico, y ello es, en parte, consecuencia de dudas jurídicas provocadas por el Art. 5 inc. 2 y la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a las prácticas internas (la cultura jurídica también). El TC, de hecho, si bien ha tenido pronunciamientos, en general coincidentes, de que los Tratados no tienen rango constitucional (mucho menos supraconstitucional), ha esgrimido en diversos fallos artículos de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como fundamento o en apoyo de sus decisiones, todo lo cual deja el problema en la ambigüedad (a lo mejor tampoco se debe hacer más).

Me parece que un dato ilustrativo son las incongruencias entre los tratados suscritos y el catálogo de figuras del derecho interno. Es bastante claro que los tratados establecen derechos fundamentales que la Constitución chilena o no asegura o no lo hace de esa manera. Ello es particularmente significativo en lo que atañe a los derechos del debido proceso penal. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica (suscrita en 1969 y aprobada por Chile en 1990) establece derechos que en Chile no se estipulan: la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, a un juez competente “independiente e imparcial”, a la indemnización por error, etc. Pero no debe creerse que las incongruencias entre un estatuto y otro

se limitan a las omisiones. Hay derechos en la Convención que parecen amparar acciones distintas que el enunciado incluido en la Carta, a saber, “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, o el derecho a la igualdad.

Así, una pregunta, aún sin respuesta clara, es: ¿Cuál ha de ser la función de los derechos consagrados en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en el fuero interno? ¿Cómo ha de producirse la inserción? ¿Qué papel han de tener los restantes instrumentos que emanan del sistema internacional?



Sesión 2

26 de mayo de 2014

L. Sierra: Bienvenidos a nuestra segunda sesión. Esta es la primera de dos sesiones sobre derechos constitucionales, cuya relación está a cargo de Gastón Gómez. Profesor Gómez, tiene la palabra.

G. Gómez: Hay al menos seis preguntas que uno podría diferenciar analíticamente para orientar el debate, comprender mejor las posiciones y, ojalá, perfeccionar lo que se está proponiendo. Estas derivan del concepto mismo de derechos fundamentales. Si concebimos los derechos fundamentales como bienes, espacios o esferas de autonomía que los sujetos tienen y poseen para desarrollar sus propios planes de vida, y que estos derechos han sido, por distintas razones, puestos en la Constitución, adquiriendo un carácter de derechos subjetivos públicos o de derechos fundamentales, entonces uno podría, ante cualquier sistema constitucional que se apega a los ideales del constitucionalismo, proponer seis preguntas clarificadoras. Me parece que estas seis preguntas plantean bien el problema de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional.

La primera pregunta atañe a qué bienes de aquellos que consideramos esferas de autonomía vamos a considerar y estipular como derechos fundamentales. Esta es una pregunta compleja, que nos vincula con la teoría y la filosofía política, y depende en parte, como diría Ferrajoli, del concepto de derechos fundamentales que tengamos (Ferrajoli 2001).

La segunda pregunta atañe a qué garantías explícitas a título de jurisdicción constitucional contempla nuestro sistema constitucional. ¿Cuál es el conjunto de acciones constitucionales que van a estar instauradas a título de garantía de los derechos subjetivos? La pregunta es si todo derecho fundamental presupone o no una acción. Nuestro sistema lo asume así y, para estos efectos, propongo que así lo consideremos.

La tercera pregunta es cuál es el conjunto de garantías generales que la Constitución se propone y que articula en defensa de los derechos subjetivos. No necesariamente estamos aludiendo a la noción de derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos, sino que más bien a las garantías objetivas que todo derecho presupone, si partimos del supuesto de que los derechos fundamentales ocupan una especial exposición en el aparato social.

La cuarta pregunta es qué relación existe entre esta consagración de derechos fundamentales y las distintas fuentes. ¿Qué relación hay entre la Constitución, la ley y los reglamentos? Sabemos que el Tribunal Constitucional ha elaborado unas sofisticadas teorías acerca de las relaciones entre las distintas fuentes y es una cuestión clave cómo se aplican o cómo se vinculan los derechos fundamentales con todo el sistema jurídico.

La quinta pregunta es qué eficacia tienen estos derechos fundamentales, tanto en las relaciones entre particulares como en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Conocemos esta disputa a propósito de la cuestión de la eficacia del recurso de protección en los distintos niveles del sistema. Pero parece ser que hay, en la medida que uno propone la existencia o la incorporación de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), distintos niveles de eficacia reclamables para los derechos fundamentales, tanto respecto de las relaciones entre particulares como de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado.

La sexta pregunta es, considerando el nivel de interrelación que se tiene con el sistema internacional, qué papel cumple el derecho internacional convencional de los derechos humanos al interior de nuestro sistema.

Creo que es importante comenzar con la primera pregunta: ¿cuáles son los derechos que debieran estar en una Constitución? Para hacerlo, quisiera constatar un par de hechos que dan cuenta de algunos tipos de constitucionalismo diametralmente opuestos. La Constitución norteamericana posee siete artículos y veintiséis enmiendas, respecto de las cuales las diez primeras contienen los derechos fundamentales. La Constitución alemana tiene ciento diecisiete artículos, la Constitución española tiene ciento sesenta y cinco, la Constitución italiana tiene ciento treinta y la Constitución rusa tiene ciento veintinueve. Vale decir, todas ellas son Constituciones con articulados más o menos breves. Sin embargo, en el constitucionalismo latinoamericano de estos últimos tiempos se grafica una idea completamente distinta. La Constitución ecuatoriana tiene cuatrocientos cuarenta y cuatro artículos, de los cuales noventa y seis se refieren

a derechos fundamentales y que incluyen un capítulo especial referido al buen vivir como un derecho. La Constitución venezolana tiene trescientos cincuenta artículos, de los cuales ciento veintinueve se refieren a derechos. Yo dudo que haya ciento veintinueve derechos.

Sartori, analizando la Constitución brasileña, que tiene aproximadamente doscientos cincuenta artículos, hace una crítica feroz al constitucionalismo latinoamericano; también se ocupa de la Constitución peruana –y no dudo que se lo extendería a las Constituciones ecuatoriana, venezolana y boliviana–. Naturalmente, Sartori escamoteó la pregunta más importante: cuáles derechos debemos poner en una Constitución y cuáles no (Sartori 2003). Yo tengo la impresión de que cuando colocamos derechos en una Constitución, debemos ser muy prudentes, entre otras cosas, porque los derechos implican necesariamente algún aspecto contramayoritario muy relevante y está vinculado con los costos de las instituciones sociales. No hay derecho puesto en la Constitución que sea gratuito en este sentido. Todos los derechos presuponen algún grado de compromiso institucional y, por lo tanto, algún costo o bien individual que marginamos del proceso político, al menos nominalmente.

Me interesa entonces que analicemos directamente la propuesta del PGNM. En los programas del gobierno que se conocieron durante la última campaña, ese es probablemente el único que formula una visión global de cambio constitucional y contempla, creo que por primera vez en nuestra vida política, una propuesta que incluye la totalidad del capítulo sobre derechos fundamentales.

Propongo diferenciar en tres grandes niveles la propuesta constitucional: (i) Los derechos que el programa propone. Mi pregunta ahí es: ¿qué pasa con aquellos derechos que no están incluidos en la propuesta constitucional y que están hoy día en la Constitución? ¿Debemos entender que no formarían parte de un futuro catálogo constitucional?; (ii) Derechos que mudan de estructura, conservando una nomenclatura similar a la actual, pero cambiando de fisionomía; y (iii) Derechos nuevos que se incorporan al catálogo.

Respecto de los nuevos derechos, se incluye el derecho a la identidad, a la intimidad, a la imagen, al honor, los derechos sexuales y reproductivos, derecho a la protección del Estado, a la buena administración, a la manifestación, los colectivos de los pueblos originarios, derechos de niños y niñas y adolescentes. Un inmenso catálogo que en parte coincide con lo que yo llamo los “derechos implícitos”, es decir, los derechos que se han desarrollado por la vía jurisprudencial.

dencial, tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema. Una de las primeras preguntas que debiéramos formular es por qué insistir en una construcción más amplia del catálogo de derechos y no preferir darle a las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) y de la Corte Suprema (CS) algún valor de fuente del derecho.

Respecto de los que cambian de estructura, pasando a tener otras connotaciones, se incluyen: el derecho a la vida, donde por primera vez se propone la supresión de la pena de muerte y se propone el cambio de la idea del derecho a la vida, incorporando, en vez de la integridad física y psíquica, la integridad moral. Respecto del derecho de igualdad ante la ley, se cambia por el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y se agrega una prohibición de discriminar bajo una cantidad importante de *tertium comparationis*, de factores comprendidos básicamente en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Se propone introducir la igualdad dentro de la familia y se incorpora una proposición de igualdad en las tareas domésticas. Además, se propone cambiar la naturaleza del derecho al debido proceso por un nuevo derecho que sería la igual protección en el ejercicio de los derechos bajo la comprensión española, agregando de manera formal la presunción de inocencia, la prohibición de declarar contra sí mismo y otras garantías penales que de alguna manera están contempladas en convenciones y pactos. Se propone cambiar la libertad de opinión por la libertad de expresión, con un sentido más global y comprensivo, lo que sería en conformidad a la Convención Americana de Derechos Humanos. Por último, se propone un cambio a las reglas sobre libertad económica y derechos de propiedad y de aguas, cambiando la naturaleza constitucional de esos derechos. El derecho a la libertad de desarrollar actividades económicas se cambia por un derecho que nace regulado o limitado por ley. El derecho de propiedad se estructuraría sobre la base de la Constitución alemana, partiendo con la noción de que la propiedad obliga y que está restringida no solo por la función social de la propiedad, sino por un concepto más amplio como es el bien común. Por último, para el derecho de las aguas se propone un derecho del Estado inalienable, absoluto, de dominio público sobre las aguas en cualquier lugar en que estas se encuentren, pero después se les declara como bienes nacionales de uso público.

Respecto de la estructura de garantías, se proponen una serie de normas de valor, que en algunos casos son cambios cualitativos bien significativos. A propósito del derecho a la vida, se agrega una prohibición a toda violencia de género.

A propósito del derecho de igualdad, se propone que el Estado modifique los patrones de superioridad entre hombre y mujer, y se contempla que haya una igualdad de acceso entre hombres y mujeres a los cargos públicos. A propósito de la libertad de expresión y con algún eco en algún país vecino, se propone una ley que impida la concentración de los medios de comunicación, en el sentido amplio. Por último, la propuesta culmina con los DESC, proponiendo introducir una cantidad importante en la Constitución.

Ahora bien, la pregunta que me gustaría efectuar para abrir la discusión es: ¿qué derechos y bajo qué criterios deben estar en la Constitución?

L. Sierra: Gracias, Gastón. Antonio, tú tienes una pregunta.

A. Bascañán: Quisiera saber cuál es el horizonte de referencia que tuvo el PGNM para configurar el catálogo de derechos. ¿Cuáles fueron sus fuentes materiales?

L. Sierra: Francisco Zúñiga, ¿podrías contestar esta pregunta, por favor?

F. Zúñiga: Respecto de la pregunta del profesor Gastón Gómez sobre los derechos no abordados, se entiende que son parte del *corpus* de derecho que la Constitución debiera tener en la perspectiva de *constitutione ferenda*. También hay derechos abordados nuevos que importan una reconstrucción dogmática positiva. En particular el derecho a la propiedad, respecto del cual creo que efectivamente hay una mirada distinta.

En cuanto a fuentes materiales, creo que la fuente material más significativa es de tipo ideológica. Mi diagnóstico es que la Constitución recoge un catálogo parcial, que tiene que ver con el sustrato ideológico subyacente del constituyente autoritario, que además hace que sea un catálogo excesivamente sobrio en materia de derechos. Por tanto, tratamos de trabajar con categorías abiertas, recogiendo algunos derechos civiles y políticos nuevos, que en la Constitución están muy empobrecidos adoleciendo de una debilidad estructural. Por ejemplo, Gastón Gómez citaba la nacionalidad, que en nuestra Constitución no está como un derecho, sino como un estatus. Respecto de los DESC, se debe armonizar el enunciado relativo a derechos con una propuesta de forma jurídico-política del Estado, como es el Estado social, que supone efectivamente una mirada distinta de los derechos a la contenida en la actual Constitución. Más allá de la discusión acerca de si subsidiariedad o solidaridad son los principios subyacentes en la Constitución, cuando la Constitución actual es vista como un sistema de derechos, claramente es de orientación liberal o neoliberal.

L. Sierra: Antonio Bascuñán, ¿quieres contrapreguntar?

A. Bascuñán: Desde el punto de vista del derecho comparado, ¿hubo algún horizonte al cual se le dio preferencia, o fue un ejercicio de establecer un modelo de distribución de bienes que respondía a una ideología común?

F. Zúñiga: No trabajamos con ningún antecedente de derecho comparado específico determinante en la legislación extranjera. Ahora, de más está destacar que la formación cultural e ideológica –en sentido débil– de quienes participamos en esa Comisión Programática de la Presidenta Bachelet, es determinante sobre qué tipo de inclinación de contenidos uno tiene. Por tanto, creo que la fórmula española o la fórmula alemana federal no son ajenas a nuestra reflexión.

L. Sierra: Gracias, profesor Zúñiga. Patricio Zapata.

P. Zapata: Dado que en el programa de gobierno se estaba proponiendo un ejercicio participativo, no parecía lógico –y tratamos de evitarlo– aparecer con un articulado cerrado con incisos y párrafos ya redactados. Además, era abrir, evidentemente, un flanco innecesario en el contexto de la campaña electoral. Por tanto, el programa no debe juzgarse o enjuiciarse como uno lo haría con un conjunto de indicaciones legislativas. La idea, más bien, era dejar en claro que si bien el trabajo de la nueva Constitución no iba a ser solamente el trabajo de veinte profesores, por otra parte parecía lógico que la Presidenta diera a conocer –o develara por lo menos– cuál era su visión constitucional.

En un segundo punto, a mí me parecía que la Constitución de 1980 estaba ordenada sobre la base de un diagnóstico respecto de qué es lo que había funcionado mal en Chile antes de 1973 (demasiado Estado, mucha política, mucho corporativismo). Se había fundado sobre la idea de libertad en el sentido negativo. Entonces, se afirmó con mucha fuerza a un nuevo pilar –la libertad– y así la presentó el general Pinochet en el plebiscito de año 1980: “La Constitución de la libertad”. Por otra parte, la privación a los derechos humanos y la experiencia del autoritarismo relevaban la importancia de la dignidad de la persona humana y de los derechos humanos. Por tanto, a algunos de nosotros nos parecía importante afirmar con fuerza el valor de la dignidad y los derechos humanos. Esto no significa necesariamente que haya cuatrocientos artículos de derechos, porque al abordar la importancia de los derechos humanos como muy centrales no se sigue que se deban poner doscientos derechos. Pero sí implica, en el orden constitucional, darle una centralidad al concepto de derechos humanos y dignidad de la persona humana. Este es un concepto que es más rico en comparación con la idea

de libertad en sentido negativo de Isaiah Berlin (Berlin 1974), aunque entiendo que es un concepto abierto a todas las polémicas del mundo.

L. Sierra: Bien, gracias. Profesor Pfeffer.

E. Pfeffer: Si bien la exposición habla solamente de derechos, ¿nunca se ha planteado considerar, dentro del capítulo respectivo, alguna referencia a los deberes, al compromiso con la democracia y sus valores, a la necesidad de encauzar los cambios por la vía pacífica de modo que institucionalmente quede claro el desprecio a las vías de hecho como medio para la conquista de reivindicaciones sociales?

Observo que la propuesta formulada enfatiza los DESC y hace una larga enunciación de ellos, pero no me queda claro de qué manera se quiere hacerlos efectivos, o de qué forma se van a garantizar, para que no ocurra lo que suele suceder con ampulosas declaraciones que conducen al descrédito constitucional, ya que, en relación con muchos de ellos, su efectividad depende de las condiciones económicas o de la realidad presupuestaria.

Respecto de este listado tan prolongado de derechos me parece legítimo preguntarse en qué grado se le va a reconocer a la judicatura una intervención decisoria, porque en ello existe el riesgo de sustituir la decisión democrática política trasladándola a la judicatura.

L. Sierra: Gracias, profesor Pfeffer. Gastón Gómez.

G. Gómez: A propósito de los DESC, creo que estos quedan en una compleja posición frente a la justicia. En el documento se propone que los DESC sean justiciables y se sugiere además que deben ser progresivos, en coincidencia con los tratados internacionales. Eso quiere decir, en definitiva, que no puede haber vuelta atrás. Veo aquí una tensión muy significativa porque, por un lado, se propone un catálogo que intenta profundizar nuestra sociedad política y la democracia participativa y deliberativa, y, por otro lado, advierto un conjunto de DESC que, puestos en la Constitución, restringirían la propia democracia. Pareciera haber un contrasentido entre una cosa y la otra. Entonces sería una especie de conjunto de DESC tramposos; una versión 2.0 de la “Constitución tramposa”, porque habría, dentro de los bienes fundamentales de una sociedad democrática, una serie de ámbitos (la educación, la salud, la previsión, el empleo, etcétera) que quedarían fuera del contexto del libre juego democrático y pasarían a ser derechos justiciables.

L. Sierra: Gracias. Francisco Soto.

F. Soto: La propuesta de derechos fundamentales que está siendo comentada tiene antecedentes que se remontan al programa de Eduardo Frei, donde también

se habló de reformar totalmente la Constitución. Luego, durante el gobierno del Presidente Piñera, este debate se extendió a los partidos de la Nueva Mayoría. Si revisan las páginas web de los partidos que integran la actual alianza del gobierno, se pueden encontrar que todos defienden la idea de recobrar nuestra tradición constitucional. Esto puede resumirse en la idea de mirar los derechos desde la óptica de los derechos humanos, y del Estado Social y Democrático de Derecho. Entonces, la propuesta contenida en el programa de Michelle Bachelet en materia de derechos fundamentales no es algo que se le ocurrió a un grupo de mentes acaloradas. Creo que más que estar dando explicaciones sobre nuestra propuesta, sería más provechoso centrar la discusión sobre lo medular: ¿existe voluntad entre los académicos aquí presentes de recobrar nuestra tradición en materia de derechos fundamentales, la cual fue interrumpida el año 1973?, o bien todavía defienden la fórmula, *sui generis*, establecida en la Carta de 1980? Si estamos de acuerdo con retomar nuestra tradición interrumpida, es claro que el tema de los énfasis es algo totalmente conciliable. Para mí, es un punto bastante menor si adscribimos la fórmula que establecen las Constituciones latinoamericanas o europeas, o si nuestra nueva Constitución tiene más o menos artículos en materia de derechos fundamentales.

L. Sierra: Gracias, Francisco Soto. Francisco Zúñiga.

F. Zúñiga: Respecto de los DESC, yo creo que el desafío es entender que la Constitución debe tener un sistema de derechos equilibrado, que sea fruto o reflejo de una confluencia de las tradiciones constitucionales, tanto la liberal, la democrática, como la social –y que no sea fruto de una única tradición constitucional, ni de una única visión acerca de cuál es el rol del Estado–. En particular, respecto de los DESC, nosotros hacemos una distinción básica entre derechos sociales prestacionales y no prestacionales, lo cual replantea la discusión acerca de la justiciabilidad de los derechos, los niveles de justiciabilidad y las estrategias a seguir acerca de su exigibilidad.

Cuando se habla de derechos sociales, recurrentemente se observa el argumento *reductio ad absurdum*, como si todos los derechos sociales fueren prestacionales y justiciables, o postulásemos su plena justiciabilidad. Lo que nosotros sostenemos es que todos los derechos fundamentales tienen niveles de justiciabilidad diferenciados, en particular los derechos sociales (v. gr. ante tribunales de amparo, ante tribunales ordinarios y especiales, y ante el Tribunal Constitucional). Eso no significa que los derechos sociales prestacionales sean plenamente justi-

ciables, que es donde se plantea de manera sesgada la discusión, porque respecto de los no prestacionales, obviamente, son justiciables. Por tanto la discusión es: cuáles son los niveles de justiciabilidad y las estrategias de exigibilidad.

En mi opinión, el proceso de amparo ante tribunales superiores, de manera muy limitada, debe dar cobertura a los derechos sociales prestacionales, en especial en el ámbito de la no discriminación y de su cobertura. La hipótesis de la plena justiciabilidad de derechos sociales prestacionales puede resultar no solo inconveniente, sino patológica. Es inconveniente para el funcionamiento de la administración estatal servicial, del gobierno y de un régimen político, que los derechos sociales prestacionales tengan plena justiciabilidad en el proceso de amparo de derechos. Es patológica en la medida en que esta plena justiciabilidad conlleva una deriva al activismo judicial, pernicioso para la política y para el sistema democrático. Esta es mi opinión sobre el particular; no es la opinión naturalmente de la propia Presidenta Bachelet, ni de todos los que suscribieron ese documento.

Ahora, respecto de cuántos derechos sociales, qué entidad, cuál es el rol del legislador y de las administraciones, la cobertura de esos derechos: esas son las definiciones que competen a los gobiernos. Creo que parte de ese precompromiso respecto de derechos, en un sistema equilibrado de derechos, debe ser la cláusula de progresividad. Entiendo que los derechos o tienen competencia positiva o tienen competencia negativa, pero los derechos sociales al menos tienen una competencia negativa. Por lo tanto, los DESC deben tener la capacidad de impedir que la acción de los poderes públicos pueda terminar conculcando los avances que la propia administración ha logrado gradualmente en este campo y que reflejan un efecto incremental de políticas públicas y de los bienes y servicios otorgados por el Estado. Porque si todos los derechos son contramayoritarios, los derechos sociales lo son en la medida en que fijan directrices u orientaciones a los poderes públicos, y por ende deben ser también un límite eficiente a eventuales alternancias en el gobierno que pretendan desmontar la legitimidad construida sobre la base de la cobertura de esos derechos.

L. Sierra: Gracias, Francisco. Juan Carlos Ferrada.

J. C. Ferrada: Respecto del sentido de la propuesta del PGNM, si ustedes miran los trabajos que citaba el profesor Francisco Zúñiga, notarán que hay dos informes: uno que hace la primera comisión, y un segundo informe elaborado por una comisión ampliada, la que tiene algunos matices y visiones distintas respecto del primero. Es en esos matices donde más claramente se nota que la intención de

esa propuesta constitucional era tratar de transmitir la idea de que la nueva Constitución debería constituir un juego equilibrado entre los tradicionales derechos de libertad que están contenidos en la Constitución actual y algunas dimensiones sociales de esos derechos o, incluso, algunos DESC. Este último propósito busca superar el Estado liberal que contiene la formulación de la Constitución de 1980, al menos en su formulación más original, con la visión más moderna que presentan los Estados Sociales y Democráticos de Derecho. Por eso mismo, probablemente los enfoques están dados respecto de algunos derechos y no respecto de todos los que necesariamente podría tener una futura Constitución. No abarca todo el espectro de derechos, sino que solo algunas cuestiones fundamentales que creímos necesario plantear.

Teniendo claro ese marco, había cierta claridad de que los derechos tampoco podían ser infinitos o muy numerosos. En esto estoy muy de acuerdo con el profesor Gómez respecto de que los derechos son reglas contramayoritarias, en las cuales se “sacan de la discusión”, de alguna manera, ciertas cuestiones del juego político. Eso es muy importante porque probablemente también determina qué es lo que quiero sacar de la discusión política, y es ahí donde creo que podemos tener visiones distintas. Creo que nadie va a estar en desacuerdo de que pudiéramos sacar de la discusión política, por ejemplo, el derecho a la vida o a la libertad personal, que son cuestiones elementales que debemos garantizar y proteger en un Estado de Derecho. Pero podríamos entrar en una discusión extensa y controvertida respecto de, por ejemplo, introducir la prohibición del aborto en la Constitución o, por el contrario, el reconocimiento de este como un derecho de la mujer. Esta temática parece ser propia de la discusión política contingente, por lo que no podría constitucionalizarse y “sacarse del juego político democrático”. En este contexto, me parece una muy buena regla la que ha dado Gastón [Gómez] de que solo aquello que queremos “sacar de la discusión política” podemos reconocerlo como derecho fundamental.

Por otro lado, creo que es necesario revisar algunos derechos a los cuales tradicionalmente nuestra doctrina ha reconocido, equivocadamente a mi juicio, un carácter absoluto: el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de empresa. Creo que ninguno de estos dos derechos tienen un contenido tan absoluto en la Constitución de 1980, ni debiesen tenerlo en una Constitución futura. Si uno da una mirada más moderna a estos derechos, haciendo el mismo juego que hacía Gastón [Gómez] por la vía de incorporar la jurisprudencia actual, uno podría decir que ninguno de esos derechos tienen un carácter absoluto. Por

ejemplo, la función social del derecho de propiedad tiene hoy una interpretación muchísimo más amplia que la que formularon los que redactaron la Constitución de 1980, acercándonos a la clásica formulación alemana de que “la propiedad obliga”. En el trabajo de la comisión Bachelet quisimos ser más explícitos en señalar esa concepción de la función social de la propiedad, consistente con la jurisprudencia.

Lo mismo se podría decir de la libertad para la iniciativa económica, porque no es cierto que la libertad para ejercer actividades económicas en Chile tenga un carácter absoluto. De hecho la propia norma dice que se tienen que respetar los preceptos legales, la moral, el orden público y la seguridad nacional. Es cierto que hasta ahora le hemos dado una concepción muy restringida a esas limitaciones, pero eso no significa que con una interpretación más amplia uno pudiera dar una dimensión más social a este derecho. Por ejemplo, la moral la hemos entendido como la moral sexual, pero podría plantearse que la moral pública de la modernidad opera también como límite, cambiando absolutamente el paradigma en esta materia. En definitiva, la propuesta busca equilibrar libertades con las dimensiones sociales de esos mismos derechos, tarea que la jurisprudencia ya ha iniciado, aunque muy lentamente.

L. Sierra: Gracias, profesor Ferrada. Profesor García.

J. F. García: En primer lugar, soy gran admirador de la tradición constitucional chilena, pero también lo soy del derecho comparado. Una de las críticas que le puedo hacer al documento de la Nueva Mayoría es que lo encuentro muy conservador y muy estático en su aproximación metodológica, en el sentido de que en el fondo está en la misma lógica del propio Art. 19. Cuando se mira el derecho comparado, muchos países tienen una estrategia diferente respecto de la materialización del contenido de este capítulo. Aplicando estas estrategias a Chile, podríamos decir que: (a) algunos derechos, típicamente derechos civiles y políticos, serán garantizados con la acción de protección; (b) eventualmente otras cuestiones tendremos que dejárselas a los tribunales ordinarios; (c) otras, típicamente los derechos sociales, podrían ser planteadas ya sea como objetivos sociales o bien como principios económicos y sociales que encontramos en el derecho comparado; y (d) existirá una sección para los deberes. Por tanto, uno podría tener no solo un enfoque para todos los derechos, incluidos los nuevos que se están proponiendo, sino que efectivamente distintas estrategias de implementación para los contenidos de un futuro Art. 19. Trataría de ser más abierto en la manera de enfocar

la eficacia de los derechos y cómo se materializan por la ley en unos casos y en otros casos por la jurisdicción.

Mi segundo comentario dice relación con que si estamos ante un programa que está preocupado por ensanchar los espacios de democracia, me parece un avance respecto de la Constitución actual. Sin embargo, creo evidente que la justiciabilidad de los DESC en los términos en los que está pensando, mediante la actual acción de protección, empobrece la noción de democracia. Y quiero ser justo en esto: ello viene a empobrecer el concepto de democracia que hoy también se encuentra empobrecido mediante regulaciones excesivas de algunos derechos civiles y políticos de viejo cuño liberal. Así, por ejemplo, cuando uno analiza la regulación del derecho de propiedad o de la libertad de asociación, se encuentra con detalles excesivos, y uno dice que esta no es la Constitución de la libertad.

Concluyendo, en mi primer comentario metodológico para el futuro, ojalá tengamos estrategias diferentes para abordar el debate sobre los derechos con independencia de qué derecho finalmente terminan incluyéndose. Lo segundo, y de acuerdo con lo que ha escrito Jorge Correa respecto de la idea de ir al debate constitucional con goma y no con lápiz, esta debe ser utilizada para los dos ámbitos: no solo para los derechos sociales, sino también para algunos derechos civiles y políticos que tienen una profusa regulación, lo que también daña la democracia.

L. Sierra: Gracias, José Francisco. Jorge Correa.

J. Correa: Para justificar una propuesta en materia de derechos en la Constitución, quisiera partir poniendo en duda la valoración que se hace de la tradición constitucional chilena en materia de derechos constitucionales, pues pienso que ella ha sido más semántica que efectiva, en particular en lo relativo a los DESC. A mi juicio, la tradición constitucional chilena en materia de derechos constitucionales es pobrísima si se la juzga a partir de su amparo jurisdiccional. Por el contrario, pienso que efectivamente tuvimos un Estado Social de Derecho, con significativa disminución de los niveles de desigualdad, particularmente a finales del gobierno de Frei Montalva y comienzos del gobierno de Allende, pero esa eficacia nada tuvo que ver con una tradición de derechos en la Constitución. En la Constitución de 1925, hasta donde llegan mis conocimientos, se tomaron en serio (pues hubo jurisdicción) dos derechos fundamentales: libertad personal, con el mecanismo del amparo, y en materia de propiedad. No me parece que haya otra tradición constitucional chilena en

materia de derechos más allá de las declaraciones semánticas en la Carta Fundamental, pero carentes de toda eficacia por estar consagradas en ella. Así, no se puede decir que haya una tradición constitucional solo porque esos derechos hayan estado expresados en el texto de la Constitución, si ello no hizo diferencia alguna en la vida de la gente. La tradición constitucional chilena no fue vigorosa en disminuir una determinada actividad estatal o en acrecentarla, y la conquista de los DESC se hizo completamente al margen de la Constitución, cuando no fue impedida desde ella.

La tradición constitucional chilena es pobrísima también en la Constitución de 1980. El recurso de protección, salvo contadísimas excepciones, no ha producido jurisprudencia en materia de derechos constitucionales, ni se ha fundado en ellos. El recurso de protección ha sido –y sigue siendo– un control de legalidad de los actos de la Administración. Así, sobre la base de estimar que los actos son ilegales o arbitrarios, se despacha el derecho constitucional en tres líneas y se acoge el recurso o, si el acto no se estima ilegal, el derecho constitucional se vuelve irrelevante.

Me parece que nuestra única tradición constitucional en materia de derechos se ha dado en el Tribunal Constitucional. Una tradición breve y algo contradictoria, que está recién formándose y que creo que en general no es muy positiva. Sus hitos más públicos son el fallo de la píldora¹, donde el Tribunal, luego de un fallo bien criticable, termina derrotado por el Congreso, y los fallos en materia de isapres², en los que declara que los DESC pueden exigirse de los privados, lo que es bastante complejo y discutible. No me parece que sea una tradición gloriosa. Tal vez eso explica la rarísima contradicción en el PGNM de, por una parte, aumentar los derechos justiciables y por la otra proponer que el Tribunal Constitucional disminuya los poderes que tiene. Por tanto, no nos estamos tomando en serio qué queremos hacer con los derechos fundamentales y para qué los queremos instituir.

Por eso me parece muy valiosa la partida de Gastón [Gómez], de responder primero la pregunta de qué significa instituir los derechos en la Constitución, para no transformar la discusión en un regateo de incluir o sacar derechos. Creo que

¹ STC Rol N° 740, de 18 de abril de 2008.

² STC Rol N° 1710-10-INC, de 6 de agosto de 2010; STC Rol N° 1552-09-INA, de 28 de octubre de 2010; STC Rol N° 1677-10-INA, de 16 de noviembre de 2010.

la Constitución no está para decir qué sociedad queremos construir: eso deben resolverlo las mayorías. La Constitución debe, en materia de derechos, imponerle al Estado lo que no debe hacer.

Me parece que son dos los problemas constitucionales de Chile. El primero es que tenemos una política extraordinariamente débil. Existen un conjunto de poderes fácticos fuertemente dependientes del poder económico que logran controlar el poder político en el Congreso, y ahora el poder de la calle. Y ambos se imponen a la política partidista y al Congreso. Son grupos que logran controlar la deliberación democrática, arrinconarla y encajonarla, sin que esta tenga la prestancia y el poder que la política debe tener. El segundo problema es que el desarrollo de algunas políticas sociales muy valiosas fueron impedidas desde el Tribunal Constitucional, invocando la Constitución.

Si no me equivoco en este diagnóstico, me parece que lo esencial es entrarle al texto constitucional con una goma, para así evitar que la jurisdicción se imponga a la política basándose en modelos de sociedad. Si, en cambio, hacemos un catálogo de hacia adónde tiene que dirigirse el Estado, vamos a agregar muchos derechos, con riesgo de llegar a asegurar hasta el de la felicidad. No hay inconveniente en aquello si no los hacemos justiciables; pero si los consagramos en serio, ello debilita la política. En cambio, si entendemos como propone Gastón [Gómez] que los derechos son aquellas esferas de autonomía de la persona que impiden que el Estado intervenga o aquellas esferas en las cuales el Estado debe proveer bienes, que me parece que es lo único que tiene sentido al incorporar los derechos, el giro del debate debería ser otro.

Creo que el PGNM yerra el camino en esta materia, pues el objetivo de una nueva Constitución debería ser el de asegurar que la política tenga la preponderancia y la libertad que merece en una sociedad democrática. En esa lógica, habría que entrarle fundamentalmente al derecho de propiedad y a la libertad económica con goma y no con lápiz. Incluso si una mayoría quisiera desmontar y disminuir el goce de derechos sociales –eso es parte de lo que las mayorías pueden hacer, según las circunstancias económicas del país y según los votos que obtengan–. Si hay un gobierno que quiere disminuir los derechos y tiene mayoría en el Congreso para eso, no me parece que la Constitución debería impedirle ese programa. Me parece del todo compatible con la democracia y con la deliberación política. Ahora bien, lo que pasa es que nuestra deliberación política es muy débil, por lo cual diversos grupos quieren asegurar, por la vía de la “secretaría constitucional”, una

determinada dirección en materia de modelo económico social. Eso es lo que ha enfermado nuestra democracia.

En suma, soy partidario de entrarle derechamente a varias de las libertades con goma, escribiría menos y me olvidaría de asegurar constitucionalmente los DESC, que me parece no es el modo más eficaz de promoverlos.

L. Sierra: Gracias, profesor Correa. Julia Urquieta.

J. Urquieta: Yo quiero incorporar un aspecto que me parece esencial: la relación entre el derecho y la política. Evidentemente este no es un debate solo académico, ya que, cuando hablamos de la Constitución, no podemos dejar de hablar de política. Una Constitución va a expresar ideas políticas y, en ese sentido, la Constitución de 1980 claramente obedeció a una determinada concepción político-ideológica que se impuso en un momento y que es una Constitución antidemocrática y dictatorial. Creo que hay que partir de la base de que hay un clamor ciudadano que ha reconocido el carácter antidemocrático de esta Constitución y que no le satisface.

En torno a la pregunta de Gastón [Gómez] sobre qué derechos deben estar en la Constitución, yo creo que nosotros no bastamos y no basta tampoco la propuesta del PGNM. Falta un actor fundamental: la participación ciudadana. Si el principal cuestionamiento que se le hace a la Constitución de 1980 es que fue antidemocrática, escrita entre cuatro paredes, creo que no se puede repetir la nueva experiencia de crear una nueva sobre la base de definiciones sobre el futuro de todo el país, tomadas por grupos estrechos más o menos técnicos. Creo que la propuesta de la Nueva Mayoría, y estas discusiones que nosotros podamos desarrollar, son un aporte a un debate posterior del que necesariamente tiene que ser parte la ciudadanía. Por tanto, no es bizantino hacer una discusión sobre el tipo de catálogo de derechos. Hay un hecho que es real, porque lo vivimos a diario, que es la necesidad de consagrar y avanzar respecto de los DESC. Nadie puede aceptar que, en una Constitución como esta, el derecho a la educación se tenga que defender por la vía del derecho de propiedad, como se hace cuando expulsan a los estudiantes. Pero sí se defiende la libertad de enseñanza, lo que obedece a una determinada concepción.

Entonces, es importante que seamos capaces de llegar a un texto que pueda satisfacer al conjunto en la ciudadanía. Es evidente que la actual Constitución ya no satisface al país, más allá de todas las reformas, y que hay una decisión mayoritaria de querer cambiarla y que requerimos de una nueva concepción

del Estado, porque está claro que un Estado sobre la base del principio de la subsidiariedad ya no resiste análisis. La subsidiariedad como tal no existe; gran parte de la actividad económica se sustenta sobre la base de los aportes que hace el Estado, por ejemplo, en salud y en educación. Es cuestión de ver los análisis del presupuesto de la Nación. El Estado sigue sustentando la actividad privada en muchos aspectos.

Entonces, no cabe duda que tiene que haber una evolución en el catálogo de derechos y de cómo se defienden, que tengan la tutela necesaria, e indudablemente incorporando las nuevas concepciones. Por ejemplo: el tema del agua. Está claro que hoy es inaceptable ver cómo se vulnera este derecho, que es de todos los ciudadanos, por la vía de la apropiación del agua que nos tiene con una sequía inmensa, y donde los recursos naturales son depredados todos los días. Ya que si bien en la Constitución está el componente formal del derecho de propiedad respecto de nuestras riquezas básicas, sin embargo por la vía de las concesiones esta se vulnera día a día. Entonces está claro que hoy día la Constitución no permite garantizar y defender nuestros derechos, bajo una concepción de un Estado distinto, que indudablemente represente una posición mayoritaria. Yo reivindico, porque es parte del debate actual, el tema de la importancia de las mayorías, porque no todo se puede resolver por la vía del consenso, de otro modo para qué entonces tenemos mayorías.

L. Sierra: Gracias, profesora Urquieta. Luis Cordero.

L. Cordero: Primero, estoy de acuerdo con Jorge [Correa], que lo que se reclama como tradición constitucional chilena, en el fondo, es una persistente promesa: la Constitución de 1925 nunca tuvo cierre definitivo. De hecho, la obsesión de los administrativistas bajo esa Constitución –y de algunos hasta el día de hoy– es este llanto permanente con la inexistencia de lo contencioso administrativo, que al final termina en el recurso de protección y todo lo que ello implica.

Esto me parece relevante por dos razones. La primera es porque especialmente para quienes quieren reivindicar la legitimidad del modelo de derechos, y aquí estoy en desacuerdo con Jorge [Correa] sobre la idea de que hay que meter más goma que lápiz, la pregunta es que el catálogo no se escribe en favor de algo, sino contra alguien o algunos. Me parece que esto es determinante al momento de hablar del debate de derechos, entre otras cosas –y esto es una pregunta para Gastón [Gómez] y para Francisco [Zúñiga]– porque me parece que hay un artículo de la Constitución que tanto la izquierda como la derecha han utilizado

con fines estratégicos: el Art. 5° inciso 2. Ese artículo ha sido funcional a la derecha jurídica, para sostener qué es lo que hay que proteger en ciertos derechos de naturaleza humana, y que de ahí no debiéramos movernos. Y para la izquierda jurídica, que construyó derechos en aquellos lugares donde no había respuesta en la Constitución de 1980, particularmente en los derechos sociales, y buscó su justiciabilidad por esa vía. Por tanto, lo hemos mantenido en una tensión y me parece que es una regla ambigua, no resuelta y que no veo clarificada tanto en el trabajo de Gastón [Gómez] como en la propuesta de Francisco [Zúñiga]. Creo que ahí hay un nudo que es necesario desatar, o al menos sincerar.

La segunda razón dice relación con la práctica constitucional y tiene que ver con las críticas al PGNM sobre derechos sociales. Entiendo que son críticas que se han planteado a cualquier iniciativa que trate de promover derechos sociales justiciables, y no veo ninguna crítica nueva a lo que ya se ha planteado históricamente. Sí me parece que hay una contradicción, porque si los derechos sociales cuestan dinero, también los derechos civiles y políticos cuestan dinero. Por ejemplo, el Art. 19 N° 7, uno de los más clásicos derechos de libertad individual y de seguridad individual, en la práctica implican derechos prestacionales de la administración, que se traducen en policías, cárceles, etcétera. A mí no me parece la crítica consistente. Me parece que la tradición más clásica del derecho constitucional, manteniendo esa distinción que es más bien política, tiene poca relevancia desde el punto de vista de la efectividad. Por ejemplo, si uno mira la jurisprudencia de la Corte Suprema, esta ha variado en los últimos años desde la propiedad a la igualdad. En términos sencillos, efectivamente hay muchos derechos sociales que históricamente, como lo decía Julia [Urquieta], habían sido construidos desde contratos, pero, en el último tiempo, la Corte ha ocupado categorías de igualdad. Dicho de otro modo, no me parece razonable y sensato construir esa crítica a los DESC, y no hacerla también respecto de aquellos derechos de libertad de carácter prestacional.

L. Sierra: Gracias, profesor Cordero. Francisco Zúñiga.

F. Zúñiga: La intervención del profesor Jorge Correa me motiva a hacer un ejercicio: si los derechos fundamentales son solo límites del poder y su funcionalidad es propia de derechos negativos en congruencia con la libertad “natural” o civil, entonces olvidémonos de los derechos políticos y de los derechos sociales, ya que los únicos derechos que juegan estrictamente como límite del poder son los derechos civiles; más aun los que se inspiran en una libertad negativa en los términos

de Isaiah Berlin (Berlin 1974). Como yo entiendo los derechos, estos tienen tres funcionalidades asimétricas: límite del poder, directriz del poder y legitimación o crítica del poder e, ideológicamente, a estos subyacen los valores de dignidad, libertad (negativa y positiva) e igualdad (formal y material). Los derechos fundamentales no son solo límites del ejercicio del poder. Subiendo los escalones evolutivos en materia de derechos, estos se abren conceptualmente como derechos de libertad (derechos negativos y derechos positivos), derechos de participación política y derechos de igualdad. Todo el sistema de derechos importa prestaciones por parte del Estado y para asegurar el acceso a determinados bienes públicos.

Este ejercicio conceptual y evolutivo se hace necesario, ya que hoy no estamos en la máquina del tiempo del Doctor Who, sino que estamos situados en el siglo XXI y ello supone sincerar posiciones. Yo podría estar de acuerdo con los minimalistas, hasta con el profesor José Francisco García, y entrar con una “retroexcavadora” a todos los derechos, transformando así la Constitución en un instrumento de gobierno. Pero si desde la inconsistencia ideológica del “minimalismo” se afirma que la Constitución solo debe tener asegurados aquellos derechos excelsos que constituyen los “verdaderos” derechos (derechos civiles), porque son derechos subjetivos públicos sin costo para el Estado (solo el costo asociado a la tutela judicial) y porque se trata de una tutela judicial reintegradora, tal estructura argumentativa (e ideológica) simplemente no se sostiene. Sabemos, y la evidencia lo muestra, que no es así. El “minimalismo” defendido en nuestro país está ideológicamente escorado a la derecha. Es innegable la existencia de un núcleo muy importante de derechos civiles que requieren, por parte del Estado, una actividad positiva y prestacional, como son los derechos ligados a la tutela judicial efectiva y las funciones del Estado relativas a seguridad, defensa y orden público. No es necesario remontarse a la conocida obra de Holmes y Sunstein (Holmes, Sunstein 2011) acerca del costo de los derechos para llegar a esta conclusión; es una cuestión obvia. De la misma forma, también hay derechos sociales no prestacionales, y eso impone un reequilibrio en la relación de poder, en la relación capital-trabajo, donde hay mucho por hacer.

Creo que, en materia de derechos, la Constitución ha operado como una camisa de fuerza para otros derechos, más allá de las construcciones que se han hecho –como la muy iusnaturalista y forzosa de los derechos implícitos o el bloque constitucional de derechos–. Es tan así que la disposición del Art. 5° inciso 2 es pernicioso para el sistema de derechos, porque, por la vía de rematerializar

derechos *ad infinitum* en soporte de una fuente convencional, lo que estamos haciendo es depreciar un punto de vista jurídico normativo de los derechos, otorgándoles a todos una suerte de posición constitucional que no tienen en nuestro ordenamiento y que, a mi juicio, no deben tener tampoco. Si los derechos son contramayoritarios, la fuente de ese instituto contramayoritario solo puede ser el constituyente, y no los instrumentos internacionales que adolecen de déficit democrático y de soporte político efectivo.

L. Sierra: Gracias, profesor Zúñiga. Jaime Bassa.

J. Bassa: Las diferencias que estamos evidenciando en esta mesa son ideológicas y, me parece, irreductibles. No se trata de diferencias dogmáticas, ya que no emanan de la naturaleza de las instituciones jurídicas ni de los derechos respecto de los cuales estamos debatiendo. Son el reflejo de la propia diversidad característica de la sociedad contemporánea y deben, en consecuencia, encontrar amparo en la misma Constitución; en caso contrario, viviremos este mismo momento constituyente sucesivamente, a medida que nuevas generaciones se enfrenten a las decisiones políticas de sus antepasados.

Para responder a dicho desafío, lo primero es establecer que los derechos fundamentales no solo protegen valores y principios connaturales a la naturaleza humana. Estos también establecen, de manera normativa, relaciones jurídicas entre sujetos, lo que es aplicable –tal como el debate en torno al costo de los derechos– exactamente a todos los derechos fundamentales, estén o no en este catálogo, ya sea en una Constitución minimalista o maximalista. Desde esa perspectiva, me atrevería a cuestionar al profesor Jorge Correa cuando afirma que los derechos (solo) protegen espacios de autonomía. Ante esas definiciones tradicionales de los derechos como atributos del individuo, es posible formular una pregunta más compleja, quizá de segundo orden: ¿cómo se construyen aquellos espacios de autonomía protegidos constitucionalmente? La pregunta es importante para la pretensión de universalidad de los derechos, pues si la construcción queda entregada a la mera autonomía de los individuos, el resultado será un catálogo de derechos fundamentales solo para los ricos. Se trata de un desafío que debemos visibilizar en una discusión como esta, atendiendo que los derechos, como prácticamente todo el ordenamiento jurídico, sirven para proteger posiciones jurídicas, en términos relativos, débiles.

Por lo mismo, en un catálogo de derechos, a mi juicio al menos, deberíamos poner aquellos espacios vitales que la sociedad considera indispensables para el

desarrollo de una vida digna. Tenerlos ojalá todos, pero de cada uno de ellos, tener poco. Ello en la lógica de que hay una suerte de pirámide de conflictos, donde solo algunos son entregados a la Constitución y otros se resuelven en sede legislativa, para dejar, finalmente, un importante espacio a la libertad individual. Sin embargo en este punto tenemos un problema, porque nuestro actual sistema normativo de distribución de competencias deja un espacio de solución de conflictos sin determinación suficiente, y este vacío de poder ha sido copado por los tribunales por medio de una dimensión expansiva de la jurisprudencia en materia de derechos.

Este es un buen momento para acordar democráticamente cuáles son los mínimos necesarios para proteger la dignidad de la persona humana; para garantizar, en definitiva, las condiciones materiales de vida necesarias para una efectiva e igualitaria autonomía en el desarrollo de nuestros planes de vida. Acordados y constitucionalizados estos mínimos, le entregamos luego al legislador –donde se verifica el ejercicio de la libertad política– la competencia para regular con mayor detalle las relaciones jurídicas que surjan del ejercicio de los derechos fundamentales que hemos constitucionalizado. Los derechos no son, solamente, abstractas y bienintencionadas declaraciones de principios; son, también, garantías de determinadas condiciones materiales de vida.

L. Sierra: Gracias, profesor Bassa. Profesor Avilés.

V. M. Avilés: Hay una frase de Evita que dice algo así como: “Allí donde hay una necesidad, nace un derecho”. Ahora bien, no sabemos si es un simple derecho o un derecho que, además, debe ser un derecho constitucional. Creo que lo que estamos discutiendo es precisamente eso: ¿es necesario constitucionalizarlo todo?, ¿todo tiene que ser derecho? Hay peligros en eso, y uno de ellos es el peligro de afectar la democracia y la gobernabilidad. En efecto, la posibilidad que tiene una futura mayoría de sacar adelante un proyecto político haciéndose cargo de una Constitución que tiene derechos consagrados de manera detallada, evidentemente se va a ver afectada, pues se pierde flexibilidad. Se critica mucho la Constitución de 1980 por la ideología que arrastra, sin embargo podríamos caer fácilmente en una nueva Carta que arrastre otra ideología. Así, una nueva Constitución podría no permitir que coexistan en su interior distintas visiones. Una Constitución debe ser realista, so pena de ser decorativa. Realista por reflejar derechos alcanzables y, además, por reflejar el sentir social. La ecuación no es fácil.

Gastón [Gómez] plantea dos problemas bastante claros. El primero es que el Tribunal Constitucional ha venido de alguna manera creando, interpretando

derechos o incorporando elementos a los derechos. Debe haber certeza jurídica sobre qué derechos están hoy día en la Constitución, pues de otro modo va a quedar completamente entregada esta función deliberativa al Tribunal Constitucional. No desconozco la importancia que tiene el Tribunal al momento de interpretar conceptos que tienen texturas abiertas, pero, sin duda, hoy se tiene que aprovechar esta instancia de debate sobre una nueva Constitución para reflejar lo que ha dicho el Tribunal Constitucional y para dar mayor certeza jurídica. Un segundo punto tiene que ver con lo que han incorporado los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, porque ahí, también, hay algo que nos debe invitar a un debate.

No soy partidario de una Constitución maximalista. Creo que, precisamente, para que en la Constitución quepamos todos, debe establecerse un mínimo común denominador. Creo que la Constitución vigente avanzó bastante en eso, pero creo, también, que debe adaptarse a los tiempos. Hoy hay espacios para establecer algunos derechos adicionales, que ya han sido de alguna manera establecidos vía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el fenómeno de los tratados internacionales.

L. Sierra: Gracias, profesor Avilés. Profesor Concha.

G. Concha: Creo que un punto muy importante es establecer si estamos haciendo una lista de derechos, y por tanto, la tentación es agrandarla lo más posible, o si tenemos un concepto central que explica lo que queremos incluir. Me parece que la discusión de fondo tiene que ver con el concepto que está detrás de una eventual lista. El profesor [Jorge] Correa apuntaba al problema político de tratar de resolver temas llevándolos a la Constitución. Estoy de acuerdo en esa crítica, pero creo que, además, tenemos un problema jurídico, pues estamos discutiendo una serie de aspectos que corresponden al nivel legislativo, como si fueran temas propios del ámbito constitucional. Así, al final todo se transforma en un problema constitucional (hasta las discusiones sobre contratos se plantean como constitucionales), y el resto del ordenamiento jurídico pierde relevancia. Pareciera que lo que no está en la Constitución no es suficientemente importante, y creo que eso no es lo correcto en términos jurídicos.

Asumo que la Constitución y los derechos fundamentales nacen precisamente como una regla contramayoritaria, específicamente para protegerse de la intervención del Estado y evitar que quien sea que gobierne pueda hacer lo que quiera. Creo que el problema asociado a los DESC es que, a diferencia de la idea clásica de los derechos como una barrera o defensa frente a la autoridad pública, se ven ellos como herramientas para construir la sociedad de una determinada manera. La preocupa-

ción, por ende, es por el resultado. Entonces, lo que estamos discutiendo no es un mínimo común de convivencia, sino el máximo propio de la construcción del mundo perfecto. Eso no solo cambia la lógica con la que se discute, sino que hace más difícil la convivencia y más extensa la Constitución. Las Constituciones que han durado más son precisamente constituciones cortas y bastante sobrias en esta materia. Me gustaría sumarme al llamado a la sobriedad al analizar qué se consagra y qué no.

L. Sierra: Gracias, profesor Concha. Profesor Núñez.

M. A. Núñez: Relacionando este tema con lo que conversaba Francisco Zúñiga en la sesión pasada, la pregunta por los derechos que se incluyen o no en la Constitución es, en el fondo, la mitad de la pregunta de lo que representa para nosotros el proceso constituyente: si es un proceso en el cual vamos a escribir sobre una hoja en blanco, o si es un proceso en el cual vamos a escribir en parte sobre una hoja en blanco y en parte vamos a hacer una “pasada en limpio” con algunas respuestas que ya han sido dadas por los tribunales, la legislación o los tratados internacionales. Recién se hablaba de la tradición constitucional chilena y, probablemente, es un capítulo importante de ella en materia de derechos y libertades lo que escribió la reforma procesal penal. Como no teníamos tradiciones en materia de limitaciones de procesos penales, eso vino por la vía legal.

La duda que tengo es sobre aquellas cosas que habrá que ajustar en materia de libertades económicas respecto de la medida que vamos a poner. Creo que una pregunta fundamental de este proceso constituyente es, a propósito de la incorporación y la filosofía que hay detrás de los DESC, los ámbitos en los cuales se satisfacen esos derechos. La pregunta que hoy día flota en la atmósfera es: ¿hasta dónde el Estado es el proveedor exclusivo de esos derechos? Hoy día, a propósito del derecho a la educación, se instaló la premisa de que, en la medida que es un derecho social, queda excluido del mercado. Entonces la pregunta siguiente es: ¿vamos a considerar que no haya espacio para la satisfacción fuera del Estado respecto de todos los otros derechos sociales? Hay un eslogan que dice “ahí donde hay derechos, no hay mercados”. De manera oficial ya se asumió como tesis oficial que respecto del derecho a la educación no puede haber mercado, entonces respecto de los otros DESC ¿es correcta la misma premisa? Salud, vivienda, trabajo, etcétera, son derechos que intuitivamente uno tiende a ver que son satisfechos por el mercado y no hay un mercado público excluyente. Si vamos a manejar esa noción de derechos sociales como excluyentes del mercado, esa sí sería una escritura nuestra.

Finalmente, quisiera levantar el punto de que no se ha mencionado la posibilidad de incorporar criterios distintos de la persona como atributivo de derecho. Y ese es el problema del reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas. Eso sí, supone una refundación constitucional. Hay que debatir sobre esto, porque implicaría estar apartándose, no diré de una tradición, pero sí de una historia.

L. Sierra: Gracias, profesor Núñez. Rodolfo Figueroa.

R. Figueroa: Es difícil entender la primera pregunta que hace Gastón Gómez sobre qué derechos. Nos lleva a la pregunta de cómo se entiende la democracia y cómo se entiende la política. Por ejemplo, uno podría tener una idea distinta de la idea de que (y no me refero al profesor Gómez) “si escribimos esto en el texto de la Constitución, eso empobrece la política o daña la democracia”. Uno podría pensar que borrar alguna disposición de la Constitución daña la democracia y escribir algo la enriquece. Pero sin esa aclaración y sin esa definición es difícil saber o tratar de responder la pregunta que plantea Gastón.

Hay muchas concepciones acerca de qué es una Constitución o de la jurisdicción constitucional. Uno podría pensar que mientras más escribe en la Constitución, más limita la capacidad de los jueces de tomar decisiones y de interpretar, pero no necesariamente es así. De un enunciado breve y escueto, como el derecho a la vida, se han sacado muchas prohibiciones en Chile, mientras que de un derecho sumamente extenso en su redacción, como es el derecho de propiedad, ¿quién ha pedido reducirlo, o ha alegado que ese precepto limita en exceso la “política”? Entonces, creo que tratar de responder estas preguntas sin explicitar algunas preconcepciones sobre qué entendemos por democracia, poder, política, Constitución, jurisdicción constitucional, incluso sobre fundamentos de los derechos, no nos conduce a ninguna parte.

Cuando Gastón aludía a los fundamentos de los derechos y se refería a la autonomía, yo diría que ese no es el único fundamento. Por ejemplo, pensemos en la dignidad, que mencionó Patricio Zapata, ya que es posible que la dignidad restrinja la autonomía. Hay fallos en la jurisdicción comparada, en Francia, por ejemplo, que limitan la autonomía precisamente sobre la base de la dignidad.

Hay algunos que separan los derechos civiles de los DESC. Esa es una visión de cómo funcionan los derechos y evidentemente hay otras. Lo que ha dicho Francisco [Zúñiga] es una visión algo reduccionista. Es difícil que hablemos sin tener un marco de referencia.

Varios repiten esta idea de que lo que está en la Constitución se extrae de la discusión política. No entiendo por qué, si todo el tiempo estamos discutiendo sobre derechos civiles, y el hecho de que estén en la Constitución no impide dicha discusión. Por ejemplo, el Parlamento va a abordar el tema del aborto, que apunta a un derecho civil, como es el derecho a la vida y la autonomía de la mujer. Entonces, ¿por qué la idea de que algo esté en la Constitución significa que ya no se puede discutir sobre eso?

L. Sierra: Muchas gracias, profesor Figueroa. Eric Palma.

E. Palma: De las intervenciones, me quedo con la sensación de que se tiene la visión de que los derechos civiles y políticos nacieron, en nuestra historia constitucional, perfectos. Da la impresión de que esos derechos, por su propia estructura interna, permiten que nuestro raciocinio los capte y que seamos capaces de trasladarlos al texto y a la vida cotidiana sin ningún esfuerzo. Sin embargo, la historia constitucional muestra exactamente lo contrario: el proceso de perfeccionamiento de los derechos civiles y políticos ha sido tan tortuoso y dificultoso, como el intento que hacemos hoy para que los DESC estén en la Constitución.

Por ejemplo, si se compara la regulación del derecho de propiedad en la Carta de 1828 (de los pipiolos, los liberales más auténticos) con la regulación de la Carta de 1833 surge una primera demostración de que ha sido muy difícil que los derechos civiles y políticos tengan, en nuestro ordenamiento jurídico, una regulación que nos deje tranquilos a todos. Estaba leyendo la Carta de O'Higgins de 1818 y su regulación del derecho de propiedad, y es todavía menos protectora que las Constituciones de 1828 y 1833. La Carta de 1818 decía que todos los hombres gozan de un derecho inajenable a su seguridad individual, a su honra, a su hacienda y, sin embargo, cuando regula la hacienda, permite que el Estado y el Ejecutivo puedan apropiarse, por razones de seguridad pública, de la propiedad y que esta quede a disposición del poder político. No exige ni sentencia ni ley.

Otro artículo agrega que “un juez que mortifica a un preso más de lo que exige su seguridad y entorpece la breve conclusión de su causa, es un delincuente, como igualmente los magistrados que no cuidan del aseo de las cárceles, alimento y el alivio de los presos”. Supongo que todos estaríamos de acuerdo en que esta normativa sería mal vista hoy por la judicatura. Y esta misma Carta dice algo que incide en esta discusión, al señalar que el Director Supremo y “demás funcionarios públicos del Estado están esencialmente obligados a aliviar la miseria de los desgraciados y proporcionarles, a todos, los caminos de la prosperidad”.

Entonces, la gran pregunta es: ¿por qué partimos de la base de que los derechos civiles y políticos han sido una conquista inmediata en Chile?, ¿por qué le atribuyen una suerte de poder mágico a los derechos civiles y políticos, como si estuvieran protegidos, resguardados para y desde siempre, en nuestra historia constitucional? Creo que es preciso referirse a los DESC en el constitucionalismo histórico chileno, en particular en el del siglo XX.

L. Sierra: Muchas gracias, Eric. Jorge Correa.

J. Correa: Consideren incluidos, en lo que yo creí plantear, los derechos de participación política y los derechos de igualdad. En referencia a Jaime [Bassa], Julia [Urquieta], Francisco [Zúñiga] y a varios más, creo que el problema está en definir dónde vamos a poner la confianza, cómo y en qué foro se va a conquistar mayor igualdad socioeconómica y cómo se van a conquistar los DESC. Me parece una falsa ilusión que tenemos los abogados de que esto se puede conquistar por la vía de los tribunales, ya que, a mi juicio, esto tiende a debilitar la política. La oportunidad en la historia de Chile en que se ha contado con un nivel más alto de igualdad lo fue gracias a altísimos niveles de participación y movilización política. Por tanto, es falsa la ilusión de que conquistaremos efectivamente niveles mayores de igualdad solo porque los escribimos en un texto constitucional o los entregamos a los jueces.

L. Sierra: Gracias, Jorge. Cierra, por hoy, Gastón.

G. Gómez: Quiero dejar planteado un problema que, me parece, nos va a vincular con la discusión de la próxima semana. Creo que la discusión constitucional en los tribunales en Chile es mucho más sofisticada que la que los profesores de derecho conocen y practican. El recurso de protección ha sido un instrumento notable de debate constitucional –dónde está lo constitucional y dónde no está–. El recurso de protección ha sido, en estos últimos veinte años, una piedra angular en las formas de participación ciudadana y democrática, en la construcción de debates sobre moralidad que no existían en Chile, en la incidencia en políticas públicas, donde prácticamente en todas ha habido un debate constitucional.

Ahora bien, algunos quieren que el debate funcione como escribir un libro, que venga un juez y que señale su razonamiento al estilo de la Corte Suprema de EE.UU. Efectivamente hay cruces, como decía Julia [Urquieta], muy profundos con la propiedad, pero eso ha ido cambiando sustancialmente. Respecto del debate que hay en el Tribunal Constitucional, en ocasiones está sobre tematizado y lleno

de citas de autoridad que parecen ridículas, y que son propias de nuestros temores intelectuales y de las deficiencias de nuestra cultura.

Hay que diferenciar los tipos de derechos y entrar a analizar con sofisticación qué está pasando con cada uno de ellos: qué tipo de acciones y qué tipo de intervención del Estado se reclaman y qué tipo de fuerza tienen. Pero ojo, ese debate en los tribunales, en el Tribunal Constitucional, se está produciendo, y hay un *vis a vis* permanente con los tribunales ordinarios que es muy serio. Eso se vincula muy de cerca con el tipo de jurisdicción constitucional que en Chile existe y con la práctica constitucional que se ha ido articulando. Creo que hay diferencias de fondo efectivamente con lo que aquí hemos hablado y que nos vincula con el próximo tema: el tipo de jurisdicción constitucional que se puede estructurar.

A. Bascuñán: Una moción de orden. ¿No sería razonable tener un temario más preciso para la sesión del próximo lunes? Tengo la impresión de que Rodolfo [Figuroa] ha planteado un punto que es importante clarificar: si la dignidad es una fundamentación más robusta que la autonomía, entonces la dignidad es una fuente de restricción de la autonomía vinculado a un determinado modo de vida que se considera como el portador de la dignidad. Pero me parece que lo más importante de la discusión es la cuestión de en qué modo las normas sobre derechos fundamentales van a incidir en la producción y distribución del producto, vinculado al punto que ha puesto Luis Cordero: ¿cómo se diferencian los derechos de prestación social respecto de derechos de defensa o derechos de autonomía en relación con la distribución del producto? Si la tesis del profesor Cordero es cierta, porque los derechos de autonomía implican exigencias de distribución y tienen costos, entonces el centro de la discusión pareciera estar fuera de eje.

L. Sierra: Muchas gracias, profesor Bascuñán, se toma nota. Termina la reunión; hasta el lunes.



Sesión 3

2 de junio de 2014

L. Sierra: Buenas tardes. Bienvenidos a nuestra tercera sesión de los “Diálogos constitucionales”. Hoy es la última en esta materia dogmática de la Constitución, que son los derechos constitucionales. Les propongo que las intervenciones se referan a qué derechos deben estar incluidos en la Constitución (qué pasa con el catálogo actual: es necesario mantenerlo o es prudente modificarlo, agregarle nuevos derechos vinculados a la jurisprudencia constitucional, etcétera), y la protección o garantía de dichos derechos. Como subtemas tenemos: la relación de la Constitución con el sistema de derecho internacional (Art. 5° inciso 2); la discusión, más normativa y de moralidad política, sobre la legitimación moral de los derechos (autonomía o dignidad); la relación de los derechos con la distribución del producto (punto levantado por varios profesores en la sesión anterior); y la cuestión democrática mayoritaria. Además, a raíz de la intervención del profesor Figueroa, quedó en el aire la relación entre democracia entendida como regla de mayoría, por una parte, y la extensión de la Constitución vía derechos, por la otra.

Tiene la palabra Miriam Henríquez.

M. Henríquez: Recogiendo la propuesta metodológica que la sesión pasada tanto Rodolfo [Figueroa] como Antonio [Bascañán] nos propusieron, en orden a identificar cuál es la concepción que cada uno de nosotros tiene de los derechos fundamentales, es que manifiesto mi posición. Entiendo que los derechos fundamentales son acuerdos sociales sobre bienes valiosos que en un momento determinado la sociedad estima necesario consagrarlos positivamente a nivel constitucional como derechos y no como objetos de protección.

Desde esa perspectiva positivista, aclaro que no estimo que el listado de los derechos sea taxativo, sino que, por el contrario, el catálogo puede ir cambiando, complementándose o modificándose, en la medida que exista un nuevo acuerdo

social en dicho sentido. Conecto esta noción de derechos fundamentales con el bloque constitucional de los derechos y la internacionalización de los derechos. Considerando la perspectiva expuesta, estimo que tal concepto de derechos fundamentales es incompatible con ciertas concepciones del bloque constitucional de los derechos, especialmente las de orientación iusnaturalista metodológica. Esto, por cuanto en la doctrina que sostiene que los derechos integran un bloque constitucional, al menos como ha sido entendido a nivel nacional, no se define de forma precisa cuáles son los derechos que lo integran. Así, se refiere que los derechos que integran tal bloque son los derechos consagrados en la Constitución, en la ley y también en los tratados internacionales, para luego agregar las normas del *ius cogens* y hasta los derechos implícitos. Me parece que una idea compatible con la perspectiva expresada es señalar que los derechos consagrados internacionalmente pueden incorporarse al derecho interno por la vía de los tratados, en la medida que los reconozcamos como fuentes del derecho interno. Para mayor certeza, sería ideal que la Constitución señale cuál es la posición jurídica que tiene ese tratado a nivel interno; cuál es el rango o jerarquía de dichos tratados. En definitiva, bajo mi perspectiva, el catálogo de derechos constitucionales se puede complementar mediante la incorporación de derechos fundamentales desde el derecho internacional, pero siempre que estos se encuentren contenidos en un tratado internacional y reconociéndoles idealmente una jerarquía a dichos tratados. No adhiero a la lógica del bloque constitucional de los derechos.

En relación con los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional, estoy a favor de ellos. Pero advierto que si hay un acuerdo social para que los derechos de los pueblos indígenas sean reconocidos, habrá que considerar el cambio de paradigma que esto significa, porque estaríamos mudando el sujeto titular de los derechos, es decir, a la persona humana, por derechos de grupos. Por otro lado, estimo que si efectivamente se reconocen a nivel constitucional los derechos de los pueblos indígenas como derechos de grupos, e incluso como Nación, también corresponde repensar la idea de un Estado-Nación, por la lógica de un Estado plurinacional e intercultural.

L. Sierra: Muchas gracias, profesora Henríquez. Emilio Pfeffer.

E. Pfeffer: En relación con la pregunta sobre qué derechos deben estar incluidos en la Constitución, me parece que la Carta Fundamental, y hay coincidencia en ello, no es aséptica desde el punto de vista valórico y de los principios. Siempre lleva intrínseca una carga ideológica y, en tal sentido, la definición que

se haga del contenido de los derechos va a significar asumir una posición en tal extremo. Por lo tanto, cualquier consenso, y entiendo que la Constitución debe mejorarlo, supone convenir cuáles van a ser precisamente esos principios y valores que nos unen para traducirlos en derechos, porque de otro modo se produce el efecto de una imposición, con la consecuencia de que un texto con esas características, al tomar partido, lo más probable es que va a quedar sujeto a un enjuiciamiento más intenso y permanente en tanto mayor sea su carga ideológica.

Una segunda reflexión sobre la definición de cuál debe ser la extensión del catálogo de estos derechos, es que no se tiene que transitar sobre una pretensión que sea ampulosa, en términos de intentar un reconocimiento amplio de todos ellos. En tal sentido, y para conciliar esta afirmación con lo primero que señalé, las enunciaciones o los listados más breves permiten lograr ese consenso mínimo necesario. Tanto más cuando uno observa que la Constitución no es solo lo que está escrito en el papel, sino que en su aplicación e interpretación, pues el desarrollo de sus normas viene determinado en un sentido actualizador por lo que resuelven los órganos que ejercen jurisdicción constitucional, lo que en la praxis jurisprudencial crean un conjunto de derechos nuevos de gran significación –por ejemplo, los llamados derechos implícitos–. Yo me pregunto entonces, ¿cuál puede ser el interés de explicitarlos en un catálogo si los tribunales ya los reconocen de un modo claro y definitivo, y han precisado el ámbito de los mismos? Dejemos espacio a la actuación de los tribunales que, a partir de los derechos explícitos y de los valores y principios reconocidos en la Carta, pueden progresivamente darle cobertura y protección a una serie de situaciones nuevas que la sociedad va a ir experimentando.

De manera que, respondiendo a la interrogante de qué derechos debieran incluirse en una Constitución, yo diría que hay dos criterios a considerar al momento de adoptar esta definición. Primero, entender que el texto es un acuerdo político estable de largo plazo, y que cualquier pretensión hegemónica de carácter ideológico va a significar poner en tela de juicio permanente una norma que pudiera imponerse en ese sentido. En segundo lugar, no se debe prescindir de lo que es la aplicación de la Constitución, que es mucho más rica de lo que pueden decir sus normas. La jurisdicción constitucional y los órganos que la ejercen hacen *praxis* política y la van a ir entendiendo en un sentido dinámico y actualizador y, en tal lógica, pueden ser también actores relevantes en la creación de los derechos.

L. Sierra: Gracias, profesor Pfeffer. Arturo Fermandois.

A. Fermandois: Quiero hacer una reflexión de aplicación práctica de la Constitución en torno al espíritu, que se observa en nuestra discusión, de un cierto revisionismo sobre cuáles debieran ser los derechos a garantizar. Voy a tomar por vía ejemplar dos derechos en que se ha ido disociando lo que es la aplicación práctica de los derechos de la jurisdicción constitucional. Son dos derechos que han estado siempre más en el área de lo conflictivo y lo polémico.

El primero es el principio de subsidiariedad que ilumina muchos de los derechos que están en el Art. 19. Ocurre que si uno revisa la aplicación práctica del principio de subsidiariedad en la sede constitucional del Tribunal, en control preventivo, tomando como ejemplo que este principio encarnaría una de las líneas más precisas de aplicación concreta de la Constitución, se observa que el principio de subsidiariedad tiene solo cuatro casos realmente importantes. De estos cuatro fallos, el primero: Caso Ley de Prensa, 1995³, y los dos últimos: Caso People Meter I, 2012⁴, y People Meter II, 2013⁵, están relacionados en realidad con la libertad de expresión. Lo que en ellos se resuelve no es otra cosa que impedir que los cuerpos intermedios, que en este caso son medios de comunicación social, puedan servirse de instrumentos de medición de audiencia en línea en su autonomía para emitir opinión o informar. De manera que en estos casos el Tribunal aplica la subsidiariedad en complemento de un derecho esencial, que es el derecho a emitir opinión e informar sin censura previa, y lo hace en términos bastante lógicos y prudentes. El resultado hubiese sido quizás el mismo sin subsidiariedad. El cuarto caso en que aparece directamente este principio en la jurisprudencia preventiva del Tribunal Constitucional, es el referido al Liceo Experimental Manuel de Salas (2002)⁶, en el cual la sentencia describe primero el principio de subsidiariedad, pero a continuación rechaza el requerimiento preventivo bajo una argumentación orgánica. Esto es lo que hay relevante en principio de subsidiariedad bajo control preventivo en la jurisprudencia de esa magistratura –bastante poco para un principio al que se le suelen imputar tantos y tan equivocados cargos–.

El segundo derecho es el derecho de propiedad, en el que si uno se fija qué casos específicos hay en la jurisprudencia que no estén relacionados con otros

³ Ley de Prensa (1995): STC Rol 226, de 30 de octubre de 1995.

⁴ People Meter I (2012): STC Rol N° 2358, de 9 de enero de 2013.

⁵ People Meter II (2013): STC Rol N° 2509-13, de 24 de septiembre de 2013.

⁶ STC Rol N° 352-02-CPT, de 15 de julio de 2002.

conflictos (como es la repetida controversia de la reserva legal, que se cruza en muchos de los casos), uno constata que son muy pocos, en control preventivo, en el Tribunal Constitucional. Estos pocos casos, paradójicamente y contrario a lo que se piensa, resultan bastante beneficiosos para el concepto de la función social. Recordemos que la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980 fortaleció los derechos de las personas ante la expropiación y, en materia de función social, “precisó” las causales, cambiando algunos conceptos, pero agregando otros, lo que arroja hoy día cinco conceptos bastante amplios. Desde el Caso Ley de Pensiones, donde el Tribunal rechaza el requerimiento, y continuando con el Caso Cesiones Gratuitas de 1997⁷, o los casos llamados Playas (de 1996 y de 2009)⁸, se comprueba que la función social ha operado intensamente sobre el dominio. Luego emerge en el mismo sentido un caso simbólico, porque era una de las primeras inaplicabilidades posteriores a la reforma de 2005 (Caso Puerto de Arica, 2006)⁹, donde el Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento de inaplicabilidad y sostiene que no hay un derecho al congelamiento del marco regulatorio, utilizando la propiedad para rechazar el requerimiento –acertada o desacertadamente– acudiendo a la función social. Estoy tomando estos cuatro ejemplos para demostrar, aun indiciariamente, el descalce entre consigna y realidad. Los uso para motivar una reflexión sobre cómo están en la práctica operando los derechos en la jurisprudencia en relación con la forma en que se los vincula por un discurso público que aboga por un replanteamiento de estos mismos derechos en la Constitución.

L. Sierra: Gracias, profesor Fermandois. Jorge Correa.

J. Correa: Mi respuesta a cuáles derechos deben ir en la Constitución es: depende. Puede ser recomendable cruzar esta pregunta con otras tres.

La primera es: ¿Derechos exigibles de quién? Si uno participa de la idea que estos son derechos exigibles solo del Estado, el catálogo hace desaparecer, por ejemplo, los derechos que nacen de las relaciones de familias, y otros. Ahora bien, el agente que es importante considerar es el de privados que realizan funciones públicas, como la de proveer servicios básicos (agua o electricidad), respecto de los cuales creo que han tenido y merecen un tratamiento especial, porque son fun-

⁷ STC Rol N° 253, de 15 de abril de 1997, que resuelve requerimiento contra Decreto Supremo N° 171, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 1997.

⁸ STC Rol N° 245/1996, “Acceso a las playas públicas”; STC Rol N° 1215-08, de 30 de abril de 2009.

⁹ STC Rol N° 467, de 14 de noviembre de 2006.

ciones que no realiza el Estado, pero que, para muchos, siguen siendo funciones públicas. Luego me preguntaría por las relaciones estrictamente entre privados. Al responder la pregunta acerca de cuáles de los derechos fundamentales que están en la Constitución debieran ser reclamables entre los privados, deberíamos revisar la jurisprudencia para inquirir si, en los casos en que se han extendido a las relaciones entre particulares, hemos ganado o perdido en su eficacia. Me parece que la respuesta no es fácil.

El segundo factor con el que deberíamos cruzar la pregunta inicial es la siguiente: ¿qué exigencia tienen para el legislador los derechos que se consagren? La respuesta acerca de cuáles derechos incorporar es distinta si decimos, para una crítica política, que los derechos fundamentales deben informar u orientar el trabajo del legislador, que si decimos que el Tribunal Constitucional puede invalidar la legislación si no cumple con la garantía de este derecho. Yo daría una respuesta distinta, particularmente a la extensión con que consagraría los derechos según sea la respuesta acerca de su imperio y justiciabilidad.

La tercera variable a cruzar es la cuestión de la extensión del derecho: ¿con qué minuciosidad vamos a desarrollarlos? Debería ser distinto el listado si vamos a establecer de modo minucioso las garantías que si vamos simplemente a anunciar un principio. No es fácil hacer esta opción porque, en la medida en que optamos por una consagración escueta, lo que hacemos es entregarles discreción a los órganos jurisdiccionales para interpretar lo que esa garantía establece, y tenemos una transferencia de poder desde el constituyente a los órganos jurisdiccionales.

Por último, a la pregunta sobre qué valor deben tener los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en sus sentencias, yo comparto con Miriam [Henríquez]: ninguno. Creo que el hecho que se resuelvan caso a caso, salvo en la inconstitucionalidad, es suficiente para sustentar esta respuesta. La variación que tienen los criterios jurisprudenciales hacen del todo inconveniente pensar que estos fallos pudieran tener otro valor que el de obligar al Tribunal a hacerse cargo y a dar más razones cuando cambia sus criterios.

L. Sierra: Una pregunta, Jorge. El Art. 19 como está contemplado hoy día, ¿te parece minucioso o no tan minucioso?

J. Correa: Extraordinariamente minucioso para la garantía de algunos derechos y extraordinariamente escueto en la garantía de otros.

L. Sierra: Gracias. Profesor Figueroa.

R. Figueroa: A partir de la conversación de la semana pasada, sugiero seguir ciertas reglas de carga de la argumentación. Por ejemplo, respecto de la incorporación de derechos nuevos en la Constitución, quien proponga derechos nuevos, entendiendo por derecho nuevo el que nunca ha sido parte del régimen constitucional chileno, evidentemente tiene la carga de argumentar por qué debe incorporarse. Cuando se trata de derechos que ya estaban en la Constitución de 1925, yo creo que quien se opone a reincorporarlo, tiene la carga de la argumentación porque, de lo contrario, está proponiendo volver a un régimen previo a dicha Constitución sin dar ninguna razón de peso para ello, lo que es una regresión fuerte.

Lo mismo diría respecto de incorporar derechos que están reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile. Dado que esos derechos forman parte del ordenamiento jurídico conforme al Art. 5°, quien se oponga a incorporarlos en la Constitución debería dar buenas razones para ello. En el caso de los DESC, si se propone incorporar un derecho nuevo, quien hace la propuesta tiene la carga de la argumentación, pero quien se oponga a ello debería dar razones distintas a simplemente decir “porque es un derecho social” o “porque es un DESC, me opongo”. Primero, porque ya hay derechos sociales reconocidos en la Constitución de 1980; segundo, porque ya había DESC en la Constitución de 1925; y tercero, porque hay DESC en los tratados internacionales ratificados por Chile (PIDESC). Entonces, creo que habría que dar razones adicionales para decir “me opongo a incorporar este derecho”, que pueden tener que ver con la estructura, la exigibilidad u otras cosas que podemos discutir.

Finalmente, respecto de eliminar derechos, cabe recordar que los derechos fundamentales son consecuencia de la evolución del constitucionalismo. Democracia constitucional y derechos son conceptos inseparables. Así, creo que quien proponga eliminar derechos también debería tener una carga de argumentación fuerte para proponer seguir un proceso político en sentido inverso a la evolución del constitucionalismo occidental.

L. Sierra: ¿Tú estarías de acuerdo en eliminar algunos derechos del Art. 19?

R. Figueroa: No.

L. Sierra: Gracias. Tiene la palabra Julia Urquieta.

J. Urquieta: Sobre la pregunta respecto de qué derechos deben estar incluidos en la Constitución, creo que si uno hace un análisis crítico de la actual Constitución en términos de declaración y contenidos de derechos, uno podría no estar en desacuerdo. El problema es pasar de la teoría a la práctica, y creo que

ha sido en la práctica, por lo menos para los que hemos dado peleas en tribunales con recursos de protección, donde nos hemos encontrado con la realidad de que no todos los derechos que están declarados en la Constitución tienen tutela efectiva. Yo lo señalaba la sesión anterior a propósito del derecho a la educación, que no está garantizado por el recurso de protección –un derecho tan importante como ese– mientras que, respecto del derecho de propiedad, la respuesta de los tribunales ha sido que está por sobre todas las cosas (salvo cierta evolución que he visto desde hace poco). Si uno mira hoy, por ejemplo, la discusión que hay sobre el aborto y los derechos reproductivos de las mujeres, es un tema sumamente importante respecto de derechos que no están suficientemente consagrados, donde se genera una colisión de derechos, entre el derecho a la vida, que se antepone, y los derechos reproductivos de la mujer.

Por otro lado, yo creo que cabe ampliar los derechos. Soy de la idea de hablar de la multiculturalidad de los pueblos originarios, más que el tema de la Nación, porque indudablemente nuestro país está viviendo un proceso de inmigración bastante importante, y en ese sentido el tema de lo plurinacional puede llegar a ser un elemento conflictivo en un determinado momento. Creo que ahí reside la dificultad para resolver bien el tema de los pueblos originarios, producto de cómo se entiende el concepto de Nación. Creo que la multiculturalidad es un concepto mucho más amplio y que puede aportarnos más.

Respecto de si mantener o no el inciso 2 en el Art. 5°, creo que ese artículo ha sido muy importante desde el punto de vista de la defensa de los derechos humanos; ha sido fundamental, precisamente, para impedir la impunidad. Si no hubiera existido, en este país tal vez habría impunidad total. Por ejemplo lo que significó concretamente el tema de la ley respecto de crímenes de lesa humanidad en nuestro país, siendo que está vigente por ejemplo el Decreto Ley N° 2191 de amnistía. Es gracias a la interpretación que los tribunales han podido hacer sobre la vigencia de tratados internacionales, lo que ha permitido resolver muchos temas de impunidad en el ámbito de las violaciones a los derechos humanos. Creo que en ese sentido permite la posibilidad de recurrir a los tratados internacionales, esto porque no todos los derechos en un determinado momento podrán quedar necesariamente consagrados en la Constitución.

L. Sierra: Muchas gracias, Julia. Profesor Zúñiga.

F. Zúñiga: En la sesión anterior quedó dando vueltas el debate entre minimalistas y maximalistas en materia de derechos. Primero, me temo que pueda

haber alguna trampa en ese binomio, porque hemos sostenido que la Constitución vigente es maximalista en materia de derechos. Sin embargo, lo que ocurre es que es maximalista tratándose de algunos derechos arraigados en su horizonte ideológico. Pero, en general, es absolutamente asimétrica y no tiene equilibrio. La Constitución de 1980 no es casual ideológicamente, y eso se nota en materia de DESC o de derechos colectivos, donde la Constitución tiene una debilidad estructural –tanto en el catálogo de derechos como en el modelo de Estado–. Por lo tanto, el dilema minimalista-maximalista es un falso dilema que queda en evidencia. La Constitución es maximalista, es una Carta desarrollada o extensa, pero carente de equilibrio.

Lo segundo es que creo que es clave definir el rol de los tribunales de justicia y del Tribunal Constitucional en materia de derechos; de todos los derechos y no solo de los DESC. Me preocupa, y ha sido un tema viejo de estudio, el carácter patológico que asume el activismo judicial, el activismo de derecha y el activismo de izquierda. Patológico en el sistema político democrático ya que se desplaza la terminación y el alcance de las políticas públicas desde la política democrática a decisiones de adjudicación de bienes o de nulificación de decisiones de la burocracia judicial, carente esta última de controles y responsabilidades. Además, me preocupa de sobremanera el intento de meter por la ventana derechos que no están en la Constitución, negando el carácter contramayoritario de estos. Como ocurre, por ejemplo, con los derechos implícitos o el bloque constitucional de derechos, o simplemente mediante definiciones naturalistas y metafísicas de derechos fundamentales que hacen depender la fundamentalidad de valores y no de fuentes formales del derecho.

Hay un desafío en el ejercicio de rematerializar lo fundamental (Constitución material): el desafío de hacer explícitos los derechos mediante un catálogo de derechos moderno e ideológicamente abierto a las tradiciones del constitucionalismo democrático y social, y no solo escoradas hacia una fuente ideológica y normativa de tipo liberal. En suma, el desafío es adquirir conciencia de la multifuncionalidad de los derechos, no solo las limitativas del poder estatal (también las orientadoras o directivas, y legitimistas o críticas del poder), y definir también los subjetivos y objetivos de los derechos; componentes que permiten diferenciar el ámbito de la tutela judicial diferenciada y ordinaria de tales derechos, y el ámbito de su desarrollo legislativo.

En cuanto al componente objetivo, me parece esencial asignarle un rol prevalente al legislador democrático, y en la dimensión subjetiva, una tutela judicial

específica tasada, no abierta. De lo contrario, la finalidad perseguida de ponerle coto al activismo judicial y a la creación judicial de derechos se vería enervada. Porque, además de la patología judicialista, el activismo judicial se combina y se potencia con direcciones neoconstitucionalistas que lo que hacen finalmente es definirle un horizonte ideológico a los jueces, y sustituir el rol que tiene la política en el sistema político democrático, todo esto con un sello elitista en el plano decisonal y epistemológico –y que puede ser de izquierda o de derecha–.

Lo que hay que tratar de hacer es apuntar certeramente en ello, y al mismo tiempo definir cuáles son los niveles de justiciabilidad de los derechos. Parte del debate y de las diferencias de opinión pasan por determinados reduccionismos, no siendo distinciones adecuadas en materia de derechos, en particular respecto de los DESC, y por no entender bien cuál es el rol del Estado (Estado regulador, Estado gestor de servicios, Estado de fomento) en materia de derechos. Esas definiciones tenemos que hacerlas de algún modo convencional y consensualmente en la medida que los derechos no tienen un único fundamento.

L. Sierra: Gracias, Francisco. Verónica Undurraga.

V. Undurraga: Me quiero referir a la pregunta sobre qué derechos deben estar incluidos en la Constitución, reaccionando a la opinión de Emilio [Pfeffer]. Uno tiende a estar de acuerdo con que los listados deberían ser más bien breves, pero estando en un momento constitucional de verdad, esta brevedad supondría que primero sacamos todos los derechos que tenemos y después decidimos cuáles son los pocos que elegimos. Porque si no hiciéramos eso, sería similar a lo que pasa cuando aparece un recién llegado en un estadio que está lleno y los que ya están instalados en sus puestos le dicen que ya no hay más espacio, que el estadio tiene una capacidad limitada. Creo, entonces, que habría que vaciar el estadio y empezar a elegir qué derechos nuevos o clásicos deben formar parte de este breve catálogo.

Esto lo digo muy seriamente, porque los derechos nuevos que se están proponiendo son, en general, derechos que responden a una sensibilidad igualitaria que antes no existía y a una comprensión de la dignidad de todas las personas que implica asegurarse de que no hay personas de primera y de segunda categoría; una comprensión que toma en serio que en una comunidad política no puede haber grupos subordinados. Si uno mira el panorama de la sociedad actual se da cuenta de que hay ciertos grupos de personas que tienen menos poder político, menos poder económico, menos poder cultural. Son las mujeres, los indígenas, las minorías sexuales, etcétera, y son, precisamente, los grupos que están reclamando nuevos derechos.

Entonces, si es que decimos que tenemos que mantener pocos derechos, pero el estadio está lleno, estamos pensando desde un momento constitucional antiguo, no desde uno nuevo en que nos preocupamos, como primera cosa, de que no existan grupos enteros que están en una situación de subordinación. En un verdadero nuevo momento constitucional, los derechos que seleccionaríamos serían probablemente derechos muy distintos de aquellos poquitos a los que acomodariamos en caso de que no sacáramos todos al principio. Estoy de acuerdo con la idea de que ojalá fueran pocos derechos y ojalá existieran normas muy cortas en la Constitución, y mucha más doctrina que adscriba derechos en forma inteligente a estas normas. Un ejemplo: los derechos sexuales y reproductivos están contenidos en el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la privacidad, entre otros. En teoría no deberíamos necesitar consagrarlos explícitamente en la Constitución. Pero cuando hay situaciones de discriminación estructural, puede ser necesario, para mejorar nuestra democracia, hacer algo distinto –quizás explicitar que tenemos derechos sexuales y reproductivos u otros derechos que se niegan como consecuencia de la falta de una plena igualdad–. Respecto de las relaciones familiares, por ejemplo, puede parecer absurdo consagrar en la Constitución que hombres y mujeres deben compartir el trabajo doméstico, pero el principio que está detrás es muy serio: no hay igualdad en lo público si no hay igualdad en lo privado. Entonces, hay que pensar seriamente en el nuevo momento constitucional y qué hace el Estado para que haya igualdad en lo privado, porque de otra manera nunca habrá verdadera igualdad.

L. Sierra: Gracias, profesora Undurraga. Sebastián Soto.

S. Soto: Quisiera plantear que esta conversación sea sometida al test del pragmatismo, que se puede graficar en si supera o no una conversación con algún representante, es decir, con quien tiene algún poder de decisión por haberlo obtenido por medio de los votos. Creo que, desde ese punto de vista, no supera el test del pragmatismo “vaciar completamente el estadio”, en palabras de Verónica [Undurraga]. Tampoco lo supera plantear los DESC como objetivos de la comunidad política. Si bien yo pudiera estar de acuerdo con eso, creo que es muy difícil argumentarlo y sostenerlo. Tampoco creo que supera el test un listado que pretenda abarcarlo todo, un catálogo inmenso que se construya sobre la base de que el día de mañana no van a existir derechos implícitos que emanen de procesos de cambio constitucional o de recepción de figuras contempladas en tratados internacionales. Por eso, mi impresión es que lo que debe pretenderse es estructurar

un listado con lo que tenemos, incluyendo aquello que es mínimamente necesario para construir un consenso. En otras palabras, creo que es difícil eliminar derechos y que sí es posible incluir algunos. ¿Cuáles? Aquellos que consideremos esenciales para avanzar hacia este nuevo acuerdo, en donde todos puedan sentirse relativamente representados.

Con todo, y esto corre para todos los derechos, creo que la garantía de protección de los mismos es tal vez el punto más complejo. Respecto del planteamiento de que, tal como hoy se plantea en una serie de constituciones, algunos derechos sean expresamente garantizados por la vía judicial y otros no, creo que el test del pragmatismo nos indica que eso es poco realista, ya que al final la realidad y el activismo judicial termina superando estas distinciones teóricas. Por eso creo que todos los derechos expresados en la Constitución deberían ser garantizados en algún grado. Pero, para garantizarlos, no debemos enfocarnos en la garantía jurisdiccional. Coincidiendo con lo que se ha dicho aquí, pareciera que ahora queremos “amarrar al mástil” y limitar a los jueces en su interpretación constitucional. Pues bien, sobre esta base la garantía no necesariamente debe ser la jurisdiccional, sino que también debemos encontrar otras formas de garantías, como las administrativas u otras más originales que nos permitan que todos tengan la posibilidad de reclamar la defensa de ese derecho en alguna sede.

L. Sierra: Gracias, Sebastián. Profesor Martínez.

J. I. Martínez: Tiendo a pensar un poco como Emilio [Pfeffer], o como algunos de los que me han antecedido en la palabra, respecto de que cuando uno habla de derechos lo primero es tratar de ponerse de acuerdo sobre de qué estamos hablando. Hay opciones muy distintas para la respuesta: uno puede entender derechos, por ejemplo, en el sentido filosófico moral, con lo cual corremos el riesgo de transformar la Constitución en una especie de manual de ética. Pero también podemos entender los derechos en un sentido más restringido, como facultades justiciables. Eso, en principio, nos lleva a acotar bastante el ámbito de lo que vamos a entender por derecho y, por tanto, también lleva a acotar el listado de derechos que se vayan a incorporar a una Constitución. Quizá esta visión podría ser tildada de reduccionista, pero yo no niego la posibilidad de entender los derechos en un sentido distinto del que yo planteo.

Los derechos constitucionales deberían tener un carácter fundamentalmente jurídico y, por tanto, justiciable. Tengo la impresión de que esto en parte debería

facilitar el llegar a esos consensos de los que hablaba Emilio [Pfeffer]. Si uno hace el esfuerzo de identificar qué derechos tienen por naturaleza carácter justiciables, da la impresión de que, en términos generales, estaríamos bastante de acuerdo en seguir manteniéndolos en la Constitución. El principio de igualdad, el debido procedimiento jurídico, la libertad de expresión, son ejemplos de derechos que por su propia naturaleza tienen esta especial facilidad de ser invocados y tutelados por un juez. De manera tal que, en principio, tiendo a pensar que los derechos ojalá que sean pocos y, desde luego, justiciables.

Por otra parte, creo también que es importante reconocer la existencia de algunos derechos que no necesariamente son por definición justiciables, pero sí han tenido en la historia jurisprudencial, incluso reciente, algún desarrollo importante. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la protección de la salud, que ha sido objeto de una interesante línea jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional (casos relativos al Art. 38 de la Ley de Isapres) –que en todo caso no comparto–. Asimismo, en esta misma jurisprudencia, y en muchísimos casos de recursos de protección, el efecto horizontal de los derechos ha tenido un interesante tratamiento jurisprudencial, por ejemplo respecto de terceros que desarrollan una función pública, como ocurre precisamente en materia de salud.

Tengo la impresión de que el rol de la jurisprudencia en materia de derechos es ineludible. Si los derechos son, como yo los entiendo al menos, facultades justiciables, desde luego el complemento indispensable es lo que los jueces digan respecto de esos derechos. No solamente en cuanto a su contenido, en cuanto a su estructura y límites, sino que también en lo que los jueces pueden decir respecto del reconocimiento de nuevos derechos. No podemos olvidar que la jurisprudencia judicial, vía recursos de protección, es la que ha reconocido el derecho a la propia imagen. O que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho al acceso a la justicia como complemento importantísimo del derecho al debido procedimiento jurídico.

Por último, quería también hacerme cargo sobre los derechos de colectivos: los derechos de los pueblos indígenas, de menores, etcétera. Tiendo a pensar en esta materia, como me parece que lo hace Lucas [Sierra], que los derechos deben ser reivindicados como facultades individuales y no como facultades colectivas. En concreto, por ejemplo, respecto de los derechos de los pueblos originarios, en principio pienso que este punto se vincula más con la estructura del Estado que con los derechos. Si verdaderamente nos quisiéramos tomar en serio las deman-

das de los pueblos originarios, uno podría plantearse la posibilidad de tener un debate como lo tuvieron o lo han tenido los canadienses, que han reconocido no solamente la existencia de pueblos originarios, sino que, además, han reconocido su autonomía política y jurídica. Desde luego, eso es un replanteamiento acerca de lo que entendemos por Estado, ya que si lo identificamos con la Nación, desde luego esto es absolutamente inviable. Sin embargo, si al Estado lo entendemos como una comunidad política compuesta por varias naciones o varios pueblos, no debería haber mayores dificultades para avanzar en esa materia.

L. Sierra: Gracias, profesor Martínez. Rodrigo Correa.

R. Correa: Yo tengo simpatía por la idea de que hay que ser pragmático y, sin embargo, creo que el pragmatismo debe llegar en un segundo momento. Me parece que es un mal orientador en una discusión de este tipo partir por el pragmatismo, entre otras cosas porque hay pragmatismo de distintos signos. Creo que en una parte de la intervención de Verónica había un pragmatismo feminista, de grupos que ven la opción adecuada para perseguir una determinada agenda en reclamar ciertos derechos. También creo que hay una dimensión de pragmatismo que hace muy difícil discutir esto en el caso chileno, que es el gigantesco déficit procedimental y regulatorio que hay en general en el derecho chileno y que genera una tentación de resolver todos los problemas que pudieran existir en el sistema regulatorio mediante una reforma constitucional. Creo que ese es un camino peligroso y en el cual probablemente uno se va a encontrar con mucha frustración. Estoy pensando, por ejemplo, en cuestiones como las organizaciones intermedias, en las cuales probablemente hay un déficit regulatorio gigantesco.

A mí me parece que lo esencial entonces es preguntarse cuáles son los principios que deben guiar la pregunta de qué derechos deberían estar en la Constitución. A mí me parece que consideraciones como las que hacía Jorge Correa son cruciales. Ciertamente la idea de que debe haber pocos derechos en sí misma es difícil de entender y uno debe hacer el esfuerzo de preguntarse cuál es el valor de eso. Yo pensaría que el valor que hay ahí es la idea de mantener un espacio democrático vigoroso y amplio, y creo que ese es un principio importante que uno debe tratar de defender.

Quisiera hacer algunas sugerencias. Me parece que un principio es que debería haber una protección significativa de esferas de autonomía individual; creo que es algo que debe estar en la Constitución. Probablemente si uno lo establece en un nivel genérico, la necesidad de ciertos derechos desaparece de inmediato. Es

decir, si uno tiene un reconocimiento a los derechos de autonomía, la necesidad de tener derechos reproductivos desaparece. De la misma forma, si uno tiene un reconocimiento al principio de igualdad, puede que haya muchos otros que vayan desapareciendo.

Una segunda cuestión que uno debería tener son los derechos políticos que hacen posible la democracia. Curiosamente una cosa que no tiene la Constitución de 1980, y yo soy de aquellos que piensa que uno debería introducirla con cuidado, es la diferencia entre nacionales y extranjeros. No resulta razonable, por ejemplo, pensar que los extranjeros gocen del derecho a salir y entrar del país del mismo modo que gozan los nacionales. Probablemente uno podría tener una jurisprudencia más diferenciada si a propósito de algunos derechos uno estableciera alguna diferencia. Uno debería enfrentar también la cuestión de las personas naturales y jurídicas, ya que no está resuelta en cuanto al sujeto activo de los derechos. En mi opinión, es sensato que las personas jurídicas puedan gozar de algunos derechos, típicamente el derecho de propiedad, en cuanto son *proxy* de personas naturales. En el derecho a la intimidad, por ejemplo, creo que la cuestión puede ser más discutible. Por cierto, está también la cuestión de cuál es el sujeto pasivo, si el Estado o los particulares. En esto es interesante la Constitución, que lo único que tiene respecto de los particulares es un mandato al Estado de preocuparse que entre los particulares no haya afectación de derechos fundamentales, pero no hay derecho público subjetivo entre los particulares.

Por último, pasa algo similar respecto de las finalidades legítimas estatales de carácter económico y social. Yo pensaría que el problema que hay acá es que estamos ante una Constitución que regula exclusivamente esferas de autonomía individual; y que en el orden judicial pueda, por lo mismo, convertirse en un escollo para una política económica y social vigorosa, definida democráticamente, y eso no debería ser así. Pero creo que no es requisito, sin embargo, para resolver ese problema tener reconocimiento de DESC como tales. Por ejemplo, la Constitución Suiza los tiene como finalidades estatales, que naturalmente pueden importar la afectación de determinadas esferas de autonomía. Lo que se está garantizado es la necesidad de que la intervención sea proporcional y que no afecte el derecho en su esencia. Pero no veo la necesidad de establecer un catálogo amplio o reducido de DESC; me parece que eso sí está en fuerte tensión con la idea de dejar un espacio amplio de deliberación democrática, independientemente de su número.

L. Sierra: Muchas gracias, Rodrigo. Profesor Zapata.

P. Zapata: Yo entiendo que hoy tenemos permiso para hablar con cierta libertad desde nuestros ideales normativos. En ese punto, a mí me parece que deberíamos acercarnos a la discusión sobre un Art. 19 nuevo, que se hiciera cargo de la historia larga y de la historia corta de nuestro país. Yo consideraría imposible o extraño que una comunidad que sale de una dictadura, donde el Estado se ensaña tan violentamente con una parte de la ciudadanía, no plasme la lección o la moraleja de esa tragedia en ciertas declaraciones. Alguien me dirá que eso tiene que ver más con la dimensión de pacto político de la Constitución y no tanto con el diseño de la redacción jurídica. Pero dentro de lo que estamos conversando, me parece que la idea de los derechos humanos –y por eso hablaba de dignidad la semana pasada– tendría que expresarse. Sería extraño que alguien hubiera llegado a Italia o Alemania en 1949 o 1950 y dijera que están haciendo una Constitución y que no se sienta que la experiencia recién vivida está plasmada ahí. Alguien me dirá que estamos haciendo una Constitución para los próximos cien años, así es que no la contaminemos con diferencias tan contingentes –como la contingencia que tiene la Constitución italiana sobre la inhabilidad de los fascistas–. Pero a mí me parece que las constituciones de escritorio, que no tienen contacto con la experiencia de la comunidad política, tienen un problema. Entiendo que con el paso del tiempo algunas de esas declaraciones quizás no sean justiciables, por ejemplo la declaración de que “en Chile no hay esclavos y el que pisa su territorio queda libre” tiene un valor y lo tenía en 1828 cuando lo pusieron.

Entonces llegamos al tema de los derechos humanos y de la dignidad. Voy a confesar que yo propuse, cuando estábamos discutiendo el programa de gobierno, que la nueva Constitución debía partir diciendo algo sobre la ley de amnistía. Que en algún lugar tendría que haber una declaración; que se partiera diciendo que no puede ocurrir nunca más que el Estado realice actos de violación de derechos humanos esenciales y luego perdone a los violadores de esos derechos humanos. Una Constitución que quiere ser un progreso de la comunidad nacional, a mi juicio, tiene que consagrar esa enseñanza.

En segundo lugar, tiene que existir una fuerte valoración de la política. En ese sentido, para mí los derechos políticos, los derechos de la ciudadanía, los derechos de la asociación política y de expresión tendrían que tener una vigorización rotunda. Nuevamente, si uno entiende la tragedia que vivimos antes de 1973 y uno quiere escapar a la asignación de responsabilidades de bando, yo diría,

escuchando un poco a Hannah Arendt: nos faltó más y mejor política. No es que sobró política ni que hubo demasiada política. Entonces, una Constitución que quiere ser un hito en el progreso de una comunidad tiene que ir aprendiendo de sus tropiezos y entroncarse con lo que está pasando en el mundo. La ciudadanía y los derechos políticos, que prácticamente no existen en el Art. 19 y que están en los Arts. 13 y 15, tienen que ocupar un lugar muy central.

En cuanto a los derechos sociales, a mí me acomoda efectivamente mucho más una solución como la suiza que decía Rodrigo [Correa] o como la alemana, donde el Estado asume un compromiso con ciertos elementos básicos de dignidad. El Estado se define como un Estado social, que entiende que hay una base desde la cual se ejercen los demás derechos, pero que es más sobrio a la hora de detallar cuáles son las garantías concretas. Es sobrio en vivienda, en educación, en salud, en trabajo, y claramente los mandatos van dirigidos al legislador y no son cheques en blanco para los jueces.

Finalmente, en la línea de transparentar ideales, yo no estoy por ningún tipo de configuración de derechos que tenga como efecto asfixiar la posibilidad del funcionamiento de la iniciativa de las personas. Hay sectores de la Nueva Mayoría, para los cuales la discusión de la nueva Constitución es instrumental o estratégica en la sustitución de un modelo económico social por otro. El otro día una alumna en una asamblea me dice: “Profesor, aunque hiciéramos la asamblea constituyente más impecable en que todos participáramos, si los contenidos fueran los mismos que hay ahora, yo sentiría que todo es ilegítimo”. Yo le dije: “La felicito por su honestidad y transparencia; usted está luchando por un modelo completamente distinto, pero, con la misma franqueza, si estamos en ese terreno político, yo le quiero decir que creo que una Constitución no debe eliminar la iniciativa privada de las personas y poner en juego el funcionamiento del mercado como generador de riquezas”. Por lo tanto, para mí el reconocimiento del derecho de propiedad y de la iniciativa privada son importantes y son cuestiones por las cuales yo pelearía en una reunión constituyente por el bien de la comunidad. No solo porque los jueces se pueden volver locos, sino porque la falta de crecimiento económico le va a hacer mal a cualquier diseño de derechos que hagamos.

L. Sierra: Gracias, profesor Zapata. Profesor Navarro.

E. Navarro: Estaba recordando que la Presidenta de la República señaló que, independientemente del sexo, “a igual trabajo o igual pega, igual remuneración o

igual paga”, y que un asesor constitucional le habría dicho que eso era inconstitucional y, por tanto, había que modificar la Constitución. La verdad es que me quedé pensando cuál sería la inconstitucionalidad, dado que está garantizada la igualdad ante la ley. Esto me lleva a pensar lo siguiente: creo que es muy útil revisar toda la tradición y la historia constitucional chilena. Los autores del siglo XIX (Lastarria, Huneeus, etcétera) siguieron toda una línea en cuanto a la dogmática nacional que resulta muy interesante. Digo esto para ver cuál ha sido la experiencia constitucional en la medida que se quiere reconstruir algo nuevo. Asimismo, debemos ver la experiencia europea y, particularmente, la de aquellos países que han tenido una tradición importante, respetable y permanente. De las experiencias vecinas, hay que ver si logran otorgar estabilidad y superar los cincuenta años, dado que es lo que en promedio dura una Constitución. En Hispanoamérica, en más de doscientos años, se han dictado más de doscientas constituciones.

Creo en un rol importante de la jurisprudencia, que ha tenido una influencia esencial en Chile y ha ido desarrollando una serie de derechos, independientemente de las construcciones dogmáticas. Soy al menos de la idea de que los derechos deberían reconocerse en lo esencial, en lo suficiente y razonable. Por ejemplo en Alemania, donde sobre la dignidad de las personas se ha construido la gran mayoría de las sentencias judiciales del Tribunal Constitucional. En relación a los derechos sociales, creo que deben estar también la salud, la educación, la vivienda, etcétera, muchos de los cuales son típicamente también de desarrollo legislativo, ya que, en efecto, es el legislador quien tiene que especificar esta materia. El punto clave es: ¿cuáles son las obligaciones que asume un país subdesarrollado, o en vías de desarrollo? Y por otro lado, confiar, en definitiva, en las decisiones legislativas que se vayan dando caso a caso. Por ejemplo, en el Caso Isapres mencionado, la ley se modificó el 2005 y después de dos o tres años se plantearon los cuestionamientos de algo que había sido aprobado pocos años antes, demostrando que el legislador tiene que pensar en la estabilidad, seriedad y razonabilidad de las políticas sociales, pero de acuerdo con las necesidades y a lo que sea conveniente conforme al consenso democrático que se produce en el Congreso Nacional.

En suma, en materia de derechos, es muy importante ver cuál es la tradición que tiene un país, cuánto se cumple, cuáles son los derechos esenciales, cuál es el desarrollo jurisprudencial chileno. Luego, ver la realidad también jurisprudencial europea, del derecho comparado vinculado por lo menos con nuestra tradición. Confiar en el rol de los jueces, porque necesariamente los temas van a ser resueltos

por los tribunales en un proceso en donde cada vez los conflictos se van haciendo más diversos y es imposible que el constituyente prevea todas las situaciones. Y, por último, establecer mandatos al legislador. Por tanto, una simple modificación constitucional no resuelve ni por mucho el conflicto social.

L. Sierra: Gracias, profesor Navarro. José Miguel Valdivia.

J. M. Valdivia: Yo creo que esta discusión acerca de cuáles son los derechos que deberían estar en el catálogo está bien contaminada por la existencia de vías de acción, principalmente por el recurso de protección. No me preocupa mucho el pragmatismo en este caso; lo que yo no entiendo muy bien es la cuestión de las acciones constituyentes. No sé qué hacen ahí y creo que deberíamos repensarlo. Muchas de estas discusiones, que en Chile las hemos dado a propósito de la acción de protección, en el derecho comparado se dan en otras sedes, sin necesidad de contaminar el discurso con la idea de derechos fundamentales. Pienso que si elimináramos esta variable del análisis, digamos mentalmente, tal vez tenderíamos a pensar en nuestros catálogos de derechos como prerrogativas exigibles de alguien mediante algún mecanismo judicial, y probablemente se reduciría. Podríamos pensar de verdad qué es lo que queremos que esté ahí.

Hay muchas cosas que están en el catálogo de derechos constitucionales que son simplemente puntos de una agenda política, como fue señalado en otras intervenciones. Yo no sé si en cinco años nos vamos a sentir más cómodos con una propiedad minera, con un régimen de las aguas que esté reglamentado de manera tan minuciosa en la Constitución. No sé si eso necesita estar ahí, ya que, sin duda, reduce el margen de deliberación democrática. Lo mismo me pasa con el problema de los derechos implícitos, ya que generalmente me siento estafado cuando un juez descubre una cláusula implícita en un contrato. Si esa cláusula implícita la descubren en la Constitución y, de pronto, la ciudadanía se ve impedida de legislar en algún sentido, me parece que la estafa es un poquito más sensible.

L. Sierra: Gracias, profesor Valdivia. Gastón Gómez.

G. Gómez: Tiendo a estar de acuerdo con mucho de lo que aquí se ha dicho, y quisiera solo subrayar que esta conversación partió respecto del catálogo de derechos que propone el PGNM. Ese programa presentó un desafío que me parece interesante subrayar, porque hace un esfuerzo por reunir la historia constitucional chilena y la práctica constitucional, incluso reconociendo como derechos los que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han concedido como derechos implícitos. Si bien yo tengo diferencias de fondo con algunas de

las figuras y su redacción, no puedo sino reconocer que en ese catálogo hay varias figuras que resultan dogmáticas. No creo que el catálogo sea muy innovador. Por ejemplo, cuando se refiere a la igualdad, hace una aplicación de los tratados e incluye algunos elementos de la doctrina que todo el mundo ya consideraba, y que el propio Tribunal Constitucional ha citado reiteradas veces. Es decir, no es un catálogo dramático.

Donde tenemos diferencias más de fondo es en el reconocimiento de algunos derechos colectivos. Esto de atribuirles derechos a los niños, a los abuelos, a las mamás, a los papás, etcétera, rompe lo que Luigi Ferrajoli llama la universalidad, que parece ser un criterio importante a la hora de estructurar los derechos (Ferrajoli 2001). Tenemos, naturalmente, una diferencia más de fondo en los DESC. Pero donde hay rasgos que hay que subrayar es en las normas objetivas de valor, en las obligaciones que ese catálogo enuncia para el Estado. Uno tiende, en ocasiones, a pensar solo en los derechos y se olvida de la dimensión objetiva que los derechos tienen en relación al Estado y que, por tanto, estas obligaciones ya no resultan genéricas, sino específicas. Quisiera subrayar un par de cosas que me parecen interesantes. Lo primero tiene que ver con la proscripción de todo tipo de violencia de género, en la familia y respecto de la mujer, en el trato, y los jóvenes. Luego, hay cuestiones más discutibles, como una ley de desconcentración de medios de comunicación. Hay otros elementos obligacionales como, por ejemplo, la idea de que el Estado debe impulsar una política de igualdad de género.

En mi opinión, creo que el catálogo presenta un complemento y una mejoría en muchos sentidos. En otros creo que, francamente, es un retroceso y creo que hay errores en la diagramación de los derechos. Tenemos, también, diferencias de fondo en algunas cuestiones relacionadas con los DESC. Pero creo que en esta discusión no hemos puesto el acento en un tema donde hay una lectura completamente distinta: el derecho de propiedad. Pienso que se va a generar un altísimo nivel de debate y de complicaciones.

L. Sierra: Gracias, Gastón.

M. Henríquez: Yo tengo una propuesta metodológica.

L. Sierra: Por favor, aquí hay una cuestión de previo y especial pronunciamiento.

M. Henríquez: Respecto de los DESC, Rodolfo Figueroa hizo previamente una propuesta sobre la asunción de una carga argumentativa, una carga de la

prueba, al defender la exigibilidad de los derechos sociales. Al menos Sebastián Soto y José Ignacio Martínez hicieron dos afirmaciones que me parece necesario profundizarlas, argumentándolas. Como, por ejemplo, que desde la perspectiva del pragmatismo los derechos sociales no superan un test. Y por otro lado, José Ignacio [Martínez] señaló que, considerando su especial naturaleza, hay ciertos derechos que no son exigibles. Entonces es necesario darles algún fundamento y una carga argumentativa.

L. Sierra: Perfecto, se toma nota del punto. Jorge Correa.

J. Correa: Buscaré asumir alguna carga argumentativa y matizar un tanto la posición bastante radical que adopté la sesión pasada respecto de la inconveniencia de una Constitución “maximalista” en materia de derechos. Quisiera especialmente hacer algunas propuestas en orden a distinguir los niveles de justiciabilidad de estos derechos.

Supongo que todos estamos por el goce de los DESC y por su mayor eficacia. La pregunta no es esa y me parece que, en la medida en que hacemos de eso la discusión, esta se transforma en falsa o inútil. Por lo menos a mí pueden inscribirme dentro de los partidarios del máximo goce de estos derechos. La pregunta es si la constitucionalización de estos derechos es la vía eficaz y adecuada para darles la mayor vigencia y eficacia. Para responder esa pregunta hay que contestar antes otras dos: la primera es qué podemos obtener si los consagramos y la segunda es cuáles son los riesgos.

En cuanto a lo que podemos obtener con su consagración, tengo poca esperanza de que una garantía constitucional de estos derechos, y su respectiva justiciabilidad, asegure avanzar en su eficacia y goce. La historia judicial chilena, que ciertamente podría cambiar, es una historia bastante triste y confusa en la realización de estos derechos, cuando se invoca a la Constitución para su goce. Me hago cargo de la objeción de Julia [Urquieta] de que, al no haber estado asegurados, mal puede hablarse de su tradición. Eso puede ser parcialmente cierto en la jurisdicción ordinaria, pero no lo es en el Tribunal Constitucional; en este, derechos como el de la educación y otros, han reunido una jurisprudencia que no es especialmente luminosa para su eficacia. Me parece que la historia de la invocación de estos derechos en Chile, por lo menos a nivel del Tribunal Constitucional, ha sido más bien un obstáculo para algunas fórmulas legislativas de carácter económico social. Algunos han ensalzado aquello en nombre de la subsidiariedad y de la intervención mínima del Estado. Yo tiendo a ser crítico; pero de lo que no cabe duda, es que el Tribunal

no ha garantizado mejor que el legislador el goce de esos derechos, sino que más bien los ha entrabado. Me parece que el problema de la actual Constitución es una sobreescritura de algunos derechos individuales que tienen una implicancia en lo económico y social, como el derecho de propiedad y, en particular, el derecho a la libre iniciativa. Esto ha significado que el Tribunal Constitucional ha declarado inaplicables o inconstitucionales fórmulas legislativas que han sido aprobadas por mayoría, y que, a mi juicio, no atentan contra núcleos duros de derechos fundamentales de aquellos que tradicionalmente las constituciones liberales contienen. Por lo tanto, el diagnóstico más bien es que la judicialización ha permitido todo esto, no porque falte regulación de los DESC, sino porque sobra la regulación de algunos derechos y, particularmente, porque hay un activismo judicial de la derecha.

En cuanto a los costos, la crítica fundamental es que, resueltos caso a caso, como se resuelven los reclamos de derechos en la inaplicabilidad y en la protección, los DESC, cuando son acogidos, inevitablemente producen un desorden en la provisión de ciertos beneficios y una invitación a la litigiosidad, que termina por favorecer a los más ricos y no a los más pobres. El Caso Isapres, y en general los casos en que se ampara de modo indirecto el derecho a la salud, son buenos ejemplos de aquello. Lo que producen los recursos acogidos es cambiar la fila, preferir a los que litigan y transferir los costos a quienes no litigan, esto es, hacer que las prioridades, buenas o malas, de las políticas públicas, se ordenen por motivos aún más irracionales, como lo es el de preferir a los litigiosos y cargar los costos sobre los más pasivos o quienes no pueden o no quieren litigar. No es un problema de que los tribunales hayan resuelto mal, sino que es consustancial a que estas cuestiones se resuelvan caso a caso el hecho de producir ese efecto desordenador de cualquier lógica racional, porque la fila se vuelve a ordenar sobre la base de que ganan los litigiosos contra los “pajarones”. Ganan los más vivos y los más ricos en contra de los más pobres.

Quisiera terminar con una sugerencia. A mí me parece muy atractivo lo que experimentan los sistemas anglosajones (excluido Estados Unidos). En esencia, si se garantizan los DESC y se permite su justiciabilidad puede ser muy atractivo que los tribunales no digan que esta norma es inconstitucional con efectos derogatorios relativos o siquiera *erga omnes*, sino que se obligue al legislador, dentro de cierto plazo, a elaborar una nueva ley que supere los estándares existentes. El déficit democrático que trae aparejada la objeción contramayoritaria a la jurisdicción constitucional puede salvarse, en parte importante, por el hecho de que la solución no la otorgue

la derogación de la norma objetada como inconstitucional, sino la amenaza de derogación, acompañada del mandato al legislador para hacerse cargo de este problema.

L. Sierra: Gracias, Jorge. Profesor Cordero.

L. Cordero: Toda esta discusión de derechos descansa sobre una cierta racionalidad y esa racionalidad es que los derechos valen lo que vale la declaración judicial. Pareciera entonces que esta es una discusión de aristócratas que van a tribunales, y yo creo que este es uno de los problemas centrales sobre los cuales nosotros hemos construido esta discusión. Lo que uno olvida y lo que olvida el libro sobre activismo judicial (García, Verdugo 2013), es que el activismo judicial es consecuencia de la Constitución de 1980. No es culpa ni de Carlos Cerda ni de Sergio Muñoz, sino que fundamentalmente de algo que se llama recurso de protección. Esto es relevante porque quiero volver a la tesis de Gastón [Gómez] para oponerse a una regulación normativa en materia de DESC, o de mayores declaraciones en la Constitución, que tiene que ver con que pareciera que deberíamos dar algunas vueltas sobre el rol de la jurisprudencia.

Veo dos cosas que me parece que son relevantes. La primera es creer que el recurso de protección es esa jurisprudencia y que los jueces están resolviendo el recurso de protección con una racionalidad dogmática que ni siquiera los profesores de derecho constitucional son capaces de dar. La segunda es creer que el Tribunal Constitucional tiene esa misma racionalidad, porque a propósito de la propuesta de Jorge [Correa], el Tribunal ya lo hizo en el Caso Conaf¹⁰, que ni siquiera era un caso de ley, sino que sencillamente el Ejecutivo no dictó el decreto. Me parece que si uno saca la justiciabilidad de la discusión en materia de derechos, el discurso es diametralmente distinto. En otros términos, creer que la justiciabilidad es la que hace el poder equivalente ante todo el sistema de derecho, es de una ingenuidad bastante grande. Entre otras cosas porque en materias jurisprudenciales esto funciona en un modo bastante asimétrico.

El mundo de las acciones es algo que aquí ronda, pero que nadie aborda en rigor con discusión dogmática. Por ejemplo, atribuirle regla de precedente a la idea del recurso de protección es contradictorio con la propia lógica de cómo enseñan los profesores de derecho constitucional la acción de protección: es una acción que ni siquiera tiene efecto de cosa juzgada sustantiva, salvo cuando anula actos administrativos. Algo que tampoco hemos discutido en esta mesa, y que sí

¹⁰ STC Rol N° 1872-10-INA, de 20 de diciembre de 2011.

tiene que ver con una cuestión dogmática relevante, es la discusión sobre el recurso extraordinario respecto de la Reforma Procesal Civil, que precisamente toca el rol de la Corte Suprema en materia de declaración de derechos. Entonces me parece que esta discusión es relevante, porque no es leal la discusión de los DESC si le colocamos al medio la racionalidad de la justiciabilidad, porque lo que hace es una discusión tramposa en el modelo institucional chileno. En ese modelo institucional, la racionalidad que impuso el recurso de protección, como lo planteó José Miguel [Valdivia], es relativamente absurda. En el recurso de protección, por ejemplo, la Corte Suprema ha querido ver una fuente formal de derecho administrativo para contraponerse a la jurisprudencia administrativa. O la jurisprudencia administrativa ha tomado sentencias del Tribunal Constitucional y por el efecto de precedente general y obligatorio lo hizo aplicable a toda la administración.

No sé cuál es metodológicamente la manera de abordarlo, pero por ahora sí me parece claro que uno debería separar la idea de justiciabilidad para hacer una discusión relativamente leal, sobre el caso de equivalencias de derechos. De lo contrario entramos en esta contaminación del propio modelo institucional chileno que creo que es distorsionador y que no admite, en mi opinión, equivalencias con modelos comparados.

L. Sierra: Gracias, profesor Cordero. Arturo Fermandois.

A. Fermandois: Quisiera hacer una pequeña reflexión sobre el criterio que tuvo la Constitución de 1980 para su criticada decisión sobre los derechos que protegía con el recurso de protección y cuáles dejaba sin esa protección. Yo creo que se nos olvida que el constituyente tomó dos criterios y no solo uno (de derechos sociales versus derechos civiles), sino que tomó también el concepto de quién está encargado de cumplir el mandato constitucional. En este caso tenemos un segundo elemento: el encargo al legislador. En el Art. 20 están excluidos el derecho al debido proceso en torno al justo y racional procedimiento, la igualdad de la repartición de atributos, el N° 26 en relación con la esencia del derecho. ¿Por qué? Porque ahí el legislador sí ingresa a la esencia del derecho. Con esto quiero decir que para construir un nuevo catálogo de derechos y su mecanismo de protección tenemos que mirar exactamente cómo se diseñó este y qué queremos corregir.

Yo discrepo aquí de conclusiones que se han tomado en el sentido de que los derechos sociales fueron menospreciados por la Constitución de 1980. La Constitución intentó, en una época en que el poder económico chileno estaba en otros niveles, un derecho constitucional responsable y no demagógico, y por eso

eliminó la protección de esta acción constitucional. Hoy estamos en otro mundo. Me han preguntado si aumentaría la justiciabilidad de los derechos sociales y, tal vez en discrepancia con gente de nuestro sector, yo sí la aumentaría. Lo haría proporcionalmente a como está hoy día el país situado, porque todos los derechos, como decía el profesor Antonio Bascañán, significan gasto. Creo que debería ir la protección actual, en el sentido del Art. 19 N° 18 de seguridad social, mínimos estándares, prestaciones básicas y uniformes. ¿Para qué? Para que la discusión política sea la que concurra a la resolución de estos problemas, como plantea el profesor Rodrigo Correa.

Sobre el Tribunal Constitucional: se plantea aquí el tema de si el control preventivo debería desaparecer o no. Esto se vincula con la legitimidad del control de constitucionalidad de las leyes, con Jeremy Waldron (Waldron 1999; 2006) y todas las discusiones que se contienen en esa zona. Comparto una sola reflexión que, creo, varios van a estar de acuerdo. Si nosotros eliminamos el control preventivo facultativo (más que el obligatorio) tenemos que tener muy claro que el control represivo, que es la inaplicabilidad, no está produciendo los resultados mínimamente satisfactorios que se pensaron cuando se diseñó. Para esto me apoyo en el libro del profesor Gastón Gómez (Gómez 2013), donde recapitula y hace una estadística de cuál es el destino de la inaplicabilidad en la Corte Suprema. Ustedes comprobarán que dos tercios de las inaplicabilidades acogidas no están produciendo ningún efecto en la Corte Suprema, ya sea por problemas procesales o porque la Corte recurre a otras normas para resolver lo que estima pertinente. Entonces, sin control preventivo tenemos un problema práctico: dónde queda la Constitución.

L. Sierra: Gracias, profesor Fernandois. Profesor Figueroa.

R. Figueroa: Sobre la justiciabilidad de los DESC, creo que es un tema en que hay mitos, sobre todo considerando lo que se ha publicado en Chile en esta materia, a diferencia de lo publicado en la literatura comparada. Se suele pensar que si la Constitución reconoce un derecho a la vivienda justiciable quedaría el caos porque todos van a pedir casa y los jueces van a decir “que se les entregue una casa”. Otro ejemplo: el derecho a la salud justiciable. Algunos creen que si alguien necesita una operación de trasplante de médula, se puede pedir al Estado que la pague y la Corte así lo debe decretar. Pero si uno mira ejemplos comparados, veremos que no es así.

Consideremos uno de los ejemplos más citados, el caso sudafricano, donde la Constitución es más progresista en el lenguaje y la Corte también lo es. Si uno revisa

los casos más importantes de derechos sociales de la Corte sudafricana en la década del 2000, donde se hizo justiciable el derecho a la salud y a la vivienda, la Corte nunca dijo algo como “den casa a las personas que la necesitan” o el Estado “pague cualquier tratamiento médico”. La Constitución reconoce un derecho a la vivienda y agrega: el Estado deberá adoptar medidas legislativas, reglamentarias y de otro tipo para una regulación razonable de este derecho. Entonces, lo que hace la Corte es hacer un examen de razonabilidad y proporcionalidad de la ley para determinar si el legislador se está haciendo cargo seriamente del derecho de la vivienda, y declara la inconstitucionalidad de una ley cuando advierte una falencia relevante. Nunca se entiende el derecho a la vivienda como el derecho a obtener una prestación específica, como dar una casa a alguien. Lo mismo ha ocurrido con el derecho a la salud. Cuando ha habido una petición de salud concreta, la Corte la ha rechazado (Caso Soobramoney¹¹) y cuando se enjuicia una política de salud (Caso TAC¹²), la Corte hace un análisis de proporcionalidad y razonabilidad. En este sentido, esos casos no se distinguen mucho de los casos que involucran la justiciabilidad de derechos civiles.

Con esto respondo algo a lo que decía Jorge Correa sobre si la justiciabilidad de los DESC se ve como reclamos individuales. Si se viera así, habría una dificultad evidente, pero no tiene por qué verse de esa manera. Uno podría entender que la justiciabilidad de las decisiones guarda relación con enjuiciar las políticas del Estado, para luego ver si al legislar se está considerando la Constitución. Entonces, el Tribunal en general debería ser relativamente deferente y acoger los reclamos cuando advierte que hay una falta de proporcionalidad manifiesta o un abandono. En el Caso Grootboom de vivienda en Sudáfrica¹³, la Corte acogió la petición porque estimó que la ley dejó abandonada a la gente en una situación muy desesperada. Por tanto, creo que hay un mito con la justiciabilidad de los DESC. En ejemplos como los mencionados, se puede ver que hay una forma de hacerlos justiciables muy parecida a como se puede hacer justiciable un derecho civil.

L. Sierra: Gracias, profesor Figueroa. Profesor Martínez.

J. I. Martínez: Respecto del problema de justiciabilidad o no de los DESC, quiero hacer una precisión. Que yo diga que mi concepto de derechos pasa por

¹¹ *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* (1997) ZACC 17, 1998 (1) SA 765 (CC), 1997 (12) BCLR 1696 (CC) (27 November 1997), Corte Constitucional de Sudáfrica.

¹² *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC)* (2002) 5 SA 721 (CC), Corte Constitucional de Sudáfrica.

¹³ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (2000) ZACC 19, 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC), Corte Constitucional de Sudáfrica.

reconocer su justiciabilidad no implica un juicio de valor acerca de la menor importancia que puedan tener otras formas de entender también los derechos. No estoy diciendo con esto que esté elevando los derechos justiciables a la categoría solo de lo más relevante, sino que simplemente aquello que puede ser objeto de adjudicación. En ese sentido, a propósito de lo que decía el profesor Figueroa, cuando yo hablaba de justiciabilidad no estaba hablando acerca de la posibilidad de que el reconocimiento de un derecho social pueda ser utilizado como un parámetro de enjuiciamiento, sino como una facultad que yo invoco ante un tribunal a efectos de que me sea adjudicada, como ocurre en general cuando esgrimo cualquier otro derecho de los denominados libertades o derechos clásicos.

Tengo mucho escepticismo respecto de la posibilidad de que las normas nos puedan ayudar a transformarnos en personas solidarias, buenas, benéficas, como lo decía la Constitución española de 1812. Tengo mis serias dudas respecto de aquello. Sin embargo quiero hacer presente que en aquellos casos en donde las constituciones, sobre todo en las constituciones actuales europeas como la española, que han sido muy prolíficas en materia de derechos sociales, lamentablemente la situación de los derechos sociales y del Estado Social ha sido paupérrima. No sé si será por un problema de falta de justiciabilidad, que me imagino será el mismo problema que tienen en Sudáfrica. Porque podrían perfectamente haber sido utilizados los derechos como parámetros para el enjuiciamiento de una norma o parámetro objetivo, y no lo han sido. La situación del desempleo en España es por todos conocida, con una Constitución que asegura a todas las personas el derecho a un puesto de trabajo. Entonces, no es que yo pretenda transformar la Constitución en una especie de documento o de monumento a la insolidaridad ni mucho menos, sino que, simplemente, entiendo que la Constitución no es el lugar en donde uno deba hacer políticas sociales. Confío mucho más, desde ese punto de vista, en la decisión democrática, y que por medio de ese debate se pueda avanzar precisamente en políticas sociales.

L. Sierra: Gracias, profesor Martínez. Profesor Gómez.

G. Gómez: Quisiera partir desde otro lugar. Sostuve que me parecía que el fundamento de los derechos fundamentales era el principio de autonomía, que lo definí como la esfera que se admite para que las personas puedan desarrollar su propia vida, su propia concepción del bien, de lo que es justo y de lo que es hermoso, como diría Platón. Pero, Patricio Zapata, eso no quiere decir que yo no crea que la misma defensa del principio de autonomía presuponga alguna igual considera-

ción y respeto, es decir, algún mínimo conjunto de libertades positivas para que las personas puedan realizar su autonomía en una sociedad moderna. No creo que sea necesario apelar a la dignidad humana para sostener lo que tiene que ver con los DESC. De eso no se sigue que estos derechos, o sea las necesidades de trabajo, de vivienda, de agua, de comida, etcétera, necesariamente tengan que ser resueltas por la Constitución mediante la técnica de los derechos subjetivos públicos o de los derechos constitucionales. Esto, ya que es una técnica bastante tosca y que termina necesariamente o bien en el Tribunal Constitucional o bien en el recurso de protección, con la apertura que estas acciones tienen y la falta de práctica argumentativa de los tribunales. Entonces, en primer lugar, creo que hoy hay razones de fondo para apoyar ciertos mínimos sin los cuales no se cimienta la autonomía.

Ahora, eso nos lleva a repasar algunos modelos que es importante tenerlos en la cabeza al momento de hacer estas diferenciaciones. Hay sistemas sociales –como el norteamericano, y como Alexy sostiene incluso respecto del alemán (Alexy 1993)– que no reconocen derechos fundamentales duros, que tienen técnicas de derechos que vinculan a los poderes y que tienen acción constitucional, es decir, todos los elementos que concebimos bajo una técnica de derechos subjetivos constitucional en forma. Hay otros modelos, como el español, en que los DESC son normas programáticas, por llamarlas de alguna manera, que en algunos casos están escritas, por ejemplo cuando dicen que el Estado “velará”. Es decir, fijan un conjunto de finalidades políticas públicas y de orientación del Estado, que no es menor. Después hay otro modelo donde los DESC puestos en la constitución no tienen eficacia, pero sí la tienen definidos por el legislador. Ese modelo se parece bastante al modelo que ha aplicado la Corte Suprema en materia de salud en Chile. Luego, está el modelo que se ha implementado en Sudáfrica, en el que, entiendo, los DESC están puestos en la Constitución como mínimos. Finalmente, está el modelo colombiano en que estos derechos son derechos duros y nadie entiende muy bien qué es lo que significan.

Creo seriamente que hay espacio suficiente para concebir los derechos de esta naturaleza como mínimos puestos en la Constitución y que, una vez legislados, sean o puedan ser obligatorios, en el sentido que decía Arturo Ferrandois. Creo que aquí hay un temor muy grande, porque mediante los DESC se puede terminar limitando la autonomía cruentamente. Es decir, podemos circular en la dirección exactamente opuesta: partir con la idea de cimentar la autonomía y fortalecer los derechos, y terminar en el punto inverso.

L. Sierra: Gracias, profesor Gómez. Profesor Ferrada.

J. C. Ferrada: Primero, tengo la impresión de que cuando hablamos de derechos fundamentales hacemos una opción política de ver estos derechos solo como libertades o límites al Estado, y no también como habilitaciones hechas para el Estado. Creo que hay que mirarlos en estos dos sentidos y, de hecho, hasta la propia Constitución de 1980 hace esta mirada dual. Así, en ciertos casos, los derechos constitucionales se plantean como habilitaciones al poder público, a lo que no hay que temerle porque en último término hay una dimensión objetiva del derecho. Esta dimensión lo que hace es entregar mandatos al legislador para el cumplimiento de mínimos de dignidad humana, y creo que esos mínimos sí podrían ser justiciables. Esos derechos podrían ser mandatos al legislador, siendo justiciables no integralmente, sino en la medida en que el legislador, como decía Rodolfo Figueroa, no satisface la exigencia mínima que establece la Constitución. En ese sentido, creo que juzgar al legislador o la actividad legislativa también es una dimensión importante de los derechos.

Ahora bien, yo diría que cuando hablamos en Chile de la justiciabilidad de los derechos fundamentales tenemos un problema estructural muy serio, derivado de la mala práctica provocada por la utilización de un instrumento muy poco idóneo que es el recurso de protección. Así, la mayoría de los problemas de derecho fundamentales que se han debatido son mediante este mecanismo, utilizados como herramienta frente al poder del Estado, al poder administrativo, básicamente entendiendo que el administrador lo que hizo fue vulnerar algún derecho (fundamentalmente la propiedad o la igualdad). Ahora bien, si uno mira con atención, la gran mayoría de estos casos no configuran una vulneración real a los derechos fundamentales, sino que lo que hay es un contencioso administrativo, en que la discusión es la legalidad de la actuación administrativa más que la violación de un derecho constitucional. Entonces, el problema es que hemos trasladado todos nuestros problemas de justicia administrativa al recurso de protección, construyendo una idea de justicia de derechos fundamentales donde en realidad solo se dan conflictos de legalidad administrativa. Entonces, y esto quizás es una obsesión mía, una buena justicia administrativa superaría gran parte de los problemas en materia de derechos fundamentales.

Por último, creo que tenemos que mirar con mucha atención esta idea del amparo directo de los derechos fundamentales. Yo creo que es un tema que hemos acogido de forma acrítica y en la que nos hemos excedido largamente. Debemos,

por el contrario, tener más confianza en los procedimientos judiciales ordinarios y asumir con mayor normalidad la idea de que el juez, en un juicio ordinario, sumario o laboral, tiene que aplicar los derechos fundamentales sin que sea necesario llegar a un amparo directo y excepcional de estos. Nosotros solo confiamos en la aplicación judicial de los derechos fundamentales vía recurso de protección o por medio del Tribunal Constitucional, siendo que lo que tenemos que hacer es apuntar al proceso inverso: hacer que el juez ordinario, en la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento, aplique los derechos fundamentales, y que la vía directa de amparo sea un mecanismo excepcional, prácticamente solo para los casos de vías de hecho.

L. Sierra: Gracias, profesor Ferrada. Profesor García.

J. F. García: No puedo dejar de mencionar *El Federalista* N° 78 (Hamilton, Madison, Jay, 2001), en una frase ya famosa, y que algunos echamos de menos en el debate chileno, que señala: “Las declaraciones de derechos son peligrosas e innecesarias”. De hecho, fue el pragmatismo que llevó a los federalistas a ceder y negociar con los antifederalistas la inclusión de las diez primeras enmiendas, esto es, la carta de derechos, para que les aprobaran la Constitución de 1787.

Dos comentarios. Primero: creo que una de las distorsiones que tiene el programa de la Nueva Mayoría es que, como lo planteé en la sesión anterior, es muy conservadora en la metodología para enfrentar el debate sobre los derechos, básicamente la ampliación del actual Art. 19, solo agregando más derechos con la garantía de la protección y esta última extendiéndose a actuales que no la tienen. Rodrigo Correa lo ha mencionado: un buen ejemplo en este ámbito es el modelo que propone la Constitución de Suiza. También está el modelo de España. En fin, hay distintos modelos de eficacia de derechos fundamentales que no requieren establecer la justiciabilidad de todos los derechos; en algunos casos, los derechos sociales son más bien entendidos como directrices al Estado respecto de la legislación social. Lo planteo como una fórmula para repensar en el futuro el Art. 19 y el capítulo III.

Probablemente donde no vamos a estar de acuerdo es en la justiciabilidad de todos los derechos; esto, porque en el fondo no estamos de acuerdo, como Antonio Bascañán planteó en la sesión anterior, en la conceptualización de los derechos. ¿Qué implica un derecho civil o uno político versus un derecho social? ¿Cuál es la estructura de un derecho propiamente tal? ¿Qué obligación genera respecto del Estado y de los particulares? Ello nos llevará a discutir sobre obligaciones prima-

rias, secundarias, terciarias en uno y otro caso. Vamos a discutir sobre los costos de los derechos, y a diferencia de lo que típicamente se plantea, estoy de acuerdo con que, probablemente, los derechos civiles y políticos son más “costosos” que los derechos sociales. Pero en el fondo lo que tenemos son problemas de filosofía del derecho, de entender qué es la estructura del derecho y desde ahí derivar un correlato en términos de justiciabilidad. Creo que hoy estamos metidos en una trampa retórica que nos impide evaluar fórmulas alternativas como la de Suiza, porque se va a decir “mire la Comisión Ortúzar el constituyente en realidad le dio un menor valor a los derechos sociales”. Esto implica que necesitamos darle justiciabilidad vía protección a todo el resto de los derechos, porque de otro modo implicaría que hay un pedigrí menor de los que no tienen dicha garantía. Con el riesgo, además, de que, como lo veo en el PGNM, se busca implementar por medio de los derechos sociales un programa político. Por eso invito a mis amigos progresistas a leer el último libro de Roberto Gargarella, quien sostiene que en realidad las transformaciones sociales se hacen metiendo mano a la “sala de máquinas” y no vía tribunales mediante los derechos sociales (Gargarella 2013). Para los fans de esta fórmula basta mirar la evolución del índice Gini de Colombia: en veinticinco años retrocedió con la famosa Corte Constitucional de Colombia haciendo grandes transformaciones sociales.

En segundo lugar, así como he dicho que soy amigo de la tradición constitucional chilena, también soy amigo de la evidencia. Y, aunque sea escasa y limitada, la evidencia me lleva a creer que el control preventivo obligatorio no ha sido exitoso en nuestro Tribunal Constitucional. Esto porque, salvo la sentencia del control preventivo obligatorio de la propia ley orgánica del Tribunal Constitucional, no ha habido ningún fallo significativo en dos décadas de control preventivo obligatorio, a diferencia del control preventivo eventual, que tiene otros problemas y probablemente hay que perfeccionarlo, pues puede ser objeto de captura por parte de grupos de interés.

Además, la evidencia escasa y limitada, y mis propias investigaciones en materia de activismo judicial, me llevan a sostener que no soy un enamorado del recurso de protección y estoy abierto a repensar su sentido y existencia. Necesitamos, en todo caso, contar con mayor evidencia empírica sobre el recurso de protección. Hoy día quienes buscan la defensa de derechos públicos subjetivos concurren ante la Contraloría General de la República o a las tutelas laborales. Miro con simpatía lo que está pasando en la discusión del recurso extraordinario

en el marco de la Reforma Procesal Civil y el impacto que tendría la causal de infracción a derechos fundamentales al debido proceso, o lo que está pasando a nivel de contención administrativo, con lo que puedan hacer, por ejemplo, los tribunales ambientales. Concluyo: no soy un enamorado de la acción de protección. Muchos constitucionalistas en esto están un poco cegados ante la protección, igual que la propuesta de la Nueva Mayoría; ambos siguen una lógica muy conservadora en su aproximación a esta acción.

L. Sierra: Gracias, profesor García. Profesor Avilés.

V. M. Avilés: La evidencia dice que la Constitución debe ser reformada en relación con los derechos constitucionales. Primero, han pasado varias décadas sin que se le haya metido mano sustantivamente. Segundo, parece más o menos claro que hay una desproporción en la forma que están regulados algunos derechos en comparación con otros. Tercero, la jurisprudencia ha ido incorporándole contenido al capítulo relevante, y eso ha significado en los hechos un traspaso de potestades a los jueces donde debería decidir el constituyente. Cuarto, existe un consenso político que se habría manifestado en el apoyo a una candidatura precisa, que además no fue la única candidatura que manifestó la necesidad de establecer cambios a nivel de derechos. Luego, todo indica que va a haber y debe haber un cambio.

Acá yo soy relativamente conservador: tiendo a ser minimalista, y a creer que la Constitución chilena como está establecida acepta la incorporación de los DESC sobre la base que no sean justiciables vía recurso de protección. En esa línea, coincido con la idea de establecer en la Constitución mandatos al legislador para que, de tiempo en tiempo, y en conformidad a la mayoría, se vayan determinando las formas de satisfacer estos derechos sociales. De otra forma el traspaso de poder a los jueces sería aun mayor y nos llevaría a otra pregunta sistémica: ¿quiénes son nuestros jueces?, ¿los jueces deben ser elegidos?

L. Sierra: Gracias, profesor Avilés. Profesor Pfeffer.

E. Pfeffer: Brevemente, respecto de la justiciabilidad de los DESC, me parece que existe una relación directamente proporcional entre la tutela efectiva de estos, y su mayor configuración y precisión a nivel constitucional. Mientras más acabada sea la regulación en el texto podemos ampliar el nivel de protección o justiciabilidad de los mismos y, a la inversa, disminuir. Una mayor precisión normativa será indicativa del consenso logrado. Como ello no es posible en relación con todos los derechos, allí naturalmente quedará abierto el espacio para que el

legislador ejecute los mandatos constitucionales. En ese sentido la Constitución, me parece, tiene que transitar solo por una enunciación de directrices y orientaciones de carácter general. De otro lado, reconocidos a nivel legal los DESC, lo que sí se puede estudiar es avanzar hacia una ampliación de las tutelas para hacerlos efectivos.

He escuchado aquí bastante escepticismo sobre el recurso de protección; creo que ha sido un instrumento revolucionario y extraordinario en la defensa diaria de los derechos. En la Corte uno observa cómo se solucionan problemas concretos de ciudadanos de a pie, anónimos, y con gran efectividad. De manera que no lo despreciemos. Lo que sí hay que hacer es ampliarlo, incorporando una protección colectiva. ¿Cuál es la lógica, por ejemplo, de tener hoy colapsado un sistema judicial con miles y miles de protecciones en materia de isapres, cuando perfectamente podría atribuírsele a la sentencia dictada en sede de protección el efecto general o expansivo cuando el problema afecte a un colectivo definido? Se solucionaría así un problema que es común a un conjunto de ciudadanos que se ven afectados y en relación con el cual las cortes han venido reiterando la decisión. En ese sentido, hacer justiciables los DESC queda condicionado a la mayor o menor precisión de las regulaciones, sin perjuicio de la disponibilidad presupuestaria, cuestiones que deben quedar entregadas al mandato de la ley.

L. Sierra: Gracias, profesor Pfeffer. Antonio Bascuñán.

A. Bascuñán: Interpretando la intervención del profesor Cordero en el sentido de que habría que excluir la cuestión de la justiciabilidad, atendiendo a que la patología de la justiciabilidad en el sistema jurídico chileno generaba demasiada confusión en el argumento, yo creo que si bien la premisa es correcta, no así lo es la conclusión. Yo comparto la tesis de que la justiciabilidad del sistema jurídico chileno es patológica, pero creo que no es posible la discusión sobre las normas de derechos fundamentales sin, por lo menos, vincularlas a un paradigma de justiciabilidad –aunque no sea necesariamente la justiciabilidad del sistema jurídico chileno–. Ese paradigma tiene que cumplir por lo menos con la condición de que la norma sobre derecho fundamental sea la norma decisoria de la cuestión, la razón de la decisión, y que por lo tanto la cuestión sea la compatibilidad del objeto de control con la norma de derecho fundamental.

Tengo la impresión, y aquí concuerdo con parte de los profesores, de que el recurso de protección no satisface esas condiciones. Me atrevo a interpretar la opinión crítica respecto del recurso de protección, bajo la tesis de que en todos los

casos en que el recurso de protección no satisface ciertas condiciones, las normas de derecho fundamental no es norma decisoria litis, sino que es norma de competencia en razón de materia. Lo que se decide es en función o bien de legalidad o bien de una cuestión de equidad, entonces es una regla de competencia de la Corte de Apelaciones y no la norma *decisoria litis*. Y eso sí que es una distorsión.

Ahora, bajo la idea paradigmática de control de constitucionalidad, yo pensaba que había una discrepancia en la mesa en torno a cuál podía ser la justiciabilidad de los DESC. Yo creo que la cuestión central es si esa justiciabilidad está por sobre o debajo de la Ley de Presupuestos; es decir, si las decisiones en materia de justiciabilidad de los DESC obligan a la Ley de Presupuestos o simplemente operan por debajo de ella. Por lo que he visto en la mesa, no todos consideran que está por debajo de la Ley de Presupuestos y que no obliga a la Ley de Presupuestos. Entonces la mesa o es entera socialdemócrata o, por lo menos, opera con piel de socialdemócrata en la discusión. Es obvio que, dado el poco tiempo que esta mesa tiene, las cuestiones fundamentales son de fundamentación y de estructura. No está de más decir que el diablo está en los detalles, y que esta idea socialdemócrata, en que parecieran estar todos de acuerdo, se va a jugar en función de ellos.

Hay una serie de detalles en la formulación de las normas de derechos fundamentales que son eminentemente técnicas y no ideológicas. Por supuesto, tienen consecuencias u operan respecto del presupuesto ideológico, pero son cuestiones estrictamente técnicas y tienen que ser tomadas en cuenta a la hora de la redacción de los preceptos. Quiero poner un ejemplo muy simple respecto de un derecho, que no es DESC, sino que es la alusión que hizo el profesor [Patricio] Zapata al problema de que la derogación del Decreto Ley de Amnistía pudiera tener frente a la Constitución. La derogación planteada por el profesor Zapata puede tener problemas, ya que valida al decreto ley respecto de los casos ya resueltos por sentencias ejecutoriadas, pero no tiene ningún problema constitucional porque lo que el principio de legalidad protege es la vigencia de la ley al momento de la comisión del hecho. Entonces la idea de que una ley posterior, como ley intermedia, está cubierta por el principio de legalidad procede exclusivamente de una confusión entre el principio de legalidad y el principio de favorabilidad o de *lex mitior*. Esa confusión está propiciada por una mala redacción que consistió en tomar una norma legal en vez de mantener una tradición constitucional. Ese es el tipo de problemas respecto de los cuales es indispensable la alta calidad del desempeño técnico.

L. Sierra: Gracias, profesor Bascuñán. Cerramos con Julia Urquieta.

J. Urquieta: A propósito de alguno de los temas que se han planteado, quiero traer a colación lo que se decía en un momento en la Revolución Francesa: “Libertad, cuántos crímenes se cometen en tu nombre”. Creo que también ocurrió en Chile, donde se usó la palabra libertad para justificar muchas cosas. La experiencia demuestra que es fundamental el justo equilibrio entre la libertad por un lado y, por el otro, el derecho de todos, de las mayorías y de toda la ciudadanía. Recuerdo cuando surgió la Constitución de 1980 y se enseñaba que uno de sus grandes logros era el recurso de protección, pero curiosamente hoy la mayoría aquí ha planteado una crítica severa a ese recurso. Sin embargo, creo que es en la realidad, y a propósito del pragmatismo que se señala en determinados momentos, la única vía de escape para resolver o buscar restablecer el imperio del derecho frente a tanto abuso y arbitrariedad que se ha visto. Los profesores de derecho constitucional enseñan que ningún derecho tiene realmente valor si se queda meramente en lo programático y no tiene una garantía o un elemento que permita defenderlo.

Así, creo que tenemos una tendencia a ser interdictos de una serie de traumas o inhibiciones que tenemos que resolver frente a una realidad que es cada vez más evidente. Es decir, es ineludible el papel que a nivel internacional y en todo el mundo hoy tienen los DESC, y la necesidad de su protección es cada vez más necesaria. Cuando no existen los mecanismos legales, lo que tiene que ver con nuestra especie de democracia cautiva, y de la cual obviamente la Constitución es parte, nos inhibe de poder hacer una discusión donde creo que hay que buscar todas las posibilidades. Si efectivamente el recurso de protección no nos satisface y hay que buscar otros mecanismos, me parece bien. Pero que tiene que haber una tutela frente al derecho, es una realidad ineludible. Si no, tendríamos solo una mera declaración.

L. Sierra: Gracias, profesora Urquieta. Gracias a todos y buenas noches.



Anexo

Derechos constitucionales

Las líneas que siguen contienen algunos datos que pueden servir para discutir la segunda cuestión de reforma constitucional de los “Diálogos constitucionales” en el CEP: derechos constitucionales.

Se ordenan según estos criterios:

1. Situación constitucional hoy de los derechos constitucionales y en textos anteriores (CP 1925, CP 1833 y CP 1828)
2. Experiencias comparadas relevantes
3. Propuestas de cambio: académicas y políticas (estas últimas avanzadas en las campañas de las últimas elecciones y en las últimas elecciones primarias)

Se describen a continuación.

1. Situación constitucional hoy de los derechos constitucionales y en textos anteriores (CP 1925, CP 1833 y CP 1828)

Este punto se presenta de dos modos. El primero (1.1.) es una tabla de derechos a lo largo de la historia constitucional en Chile. El punto de partida para esta comparación es el listado de derechos de la Constitución vigente, el más largo de la historia. Se ve si un derecho análogo fue consagrado en los textos constitucionales de 1925, 1833 y 1828. El segundo modo (1.2.) es una extensión del anterior, porque los textos constitucionales con los derechos se transcriben. Los textos subrayados indican que el respectivo derecho (o parte de él) es objeto de acción constitucional de amparo. Los textos en cursiva indican que se trata de objeto de acción constitucional de protección. Finalmente (1.3.) se transcribe la forma en que estas acciones cautelares han sido redactadas por los textos constitucionales en Chile, de nuevo, empezando por la Constitución vigente y terminando en la de 1828.

Una última nota antes de empezar con estas comparaciones. La frase con que estos textos constitucionales han introducido los derechos que consagran es la siguiente. La Constitución vigente dice: “La Constitución asegura a todas las personas:” La de 1925

decía lo mismo que la de 1833: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República.” Y la de 1828 decía: “La Nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de Publicar sus opiniones.”

1.1. Tabla comparativa resumida

CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
Vida e integridad física y psíquica			
Igualdad ante la ley	Sí	Sí	Sí
Igual protección ejercicio derechos			
Honra y privacidad			
Inviolabilidad hogar y comunicaciones	Sí	Sí	Sí
Libertad de conciencia	Sí		
Libertad personal y seguridad individual	Sí	Sí	Sí
Medioambiente limpio			
Protección de la salud	Sí		
Educación y Libertad de enseñanza	Sí	Sí	
Libertad de expresión	Sí	Sí	Sí
Reunión	Sí		
Petición	Sí	Sí	Sí
Asociación	Sí		
Libertad de trabajo y su protección	Sí	Sí	
Admisión a funciones y empleos públicos	Sí	Sí	
Seguridad social	Sí		
Sindicalización			
Igual repartición tributos	Sí	Sí	Sí
Iniciativa económica			
No discriminación en trato económico			
Libertad para adquirir bienes			
Propiedad	Sí	Sí	Sí
Crear y difundir artes, derecho autor	Sí	Sí	
No limitación esencia de los derechos			

1.2 Comparación desarrollada

Vida e integridad física y psíquica.

CP vigente:

- *El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.*
- *La ley protege la vida del que está por nacer.*
- *La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.*
- *Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.*

Igualdad ante la ley.

CP vigente:

- *La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*
- *Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*

CP 1925:

- En Chile no hay clase privilegiada.
- En Chile no hay esclavos, y el que pise su territorio, queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni nacionalizarse en la República.

CP 1833:

- En Chile no hay esclavos, y el que pise su territorio queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni naturalizarse en la República.

CP 1828:

- En Chile no hay esclavos; si alguno pisase el territorio de la República, recobra por este hecho su libertad.
- Todo hombre es igual delante de la ley.

Igual protección ejercicio derechos.

CP vigente:

- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.
- Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del

- letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.
- La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.
 - Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.
 - Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.
 - Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.
 - La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.
 - Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.
 - Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

Honra y privacidad.

CP vigente:

- *El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.*

Inviolabilidad hogar y comunicaciones.

CP vigente:

- *La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.*

CP 1925:

- La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente.
- La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica y de las comunicaciones telefónicas. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la ley.

CP 1833:

- La casa de toda persona que habite el territorio chileno es un asilo inviolable, i sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la lei i en virtud de orden de autoridad competente.
- La correspondencia epistolar es inviolable. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni rejistrarse los papeles o efectos, sino en los casos espresamente señalados por la lei.

CP 1828:

- Ninguna casa podrá ser allanada, sino en caso de resistencia a la autoridad legítima, y en virtud de mandato escrito de ella.
- La ley declara inviolable toda correspondencia epistolar; nadie podrá interceptarla ni abrirla, sin hacerse reo de ataque a la seguridad personal.

Libertad de conciencia.

CP vigente:

- *La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.*
- *Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.*
- *Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones.*

CP 1925:

- La manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, pudiendo, por tanto, las respectivas confesiones religiosas erigir y conservar templos y sus dependencias con las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.
- Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto, tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor; pero quedarán sometidas, dentro de las garantías de esta Constitución, al derecho común para el ejercicio del dominio de sus bienes futuros.
- Los templos y sus dependencias, destinados al servicio de un culto, estarán exentos de contribuciones.

Libertad personal y seguridad individual.

CP vigente:

- Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;
- Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;
- Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.
- Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas.
- Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.
- Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público.
- Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito.
- La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.
- La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9º, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple.
- En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de

éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.

- No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas.
- No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales.
- Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.

CP 1925:

- La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de tercero, sin que nadie pueda ser detenido, preso, desterrado o extrañado, sino en la forma determinada por las leyes.
- Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio.
- Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, si no por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.
- Nadie puede ser detenido si no por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal, a menos de ser sorprendido en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducido ante juez competente.
- Nadie puede ser detenido, sujeto a prisión preventiva o preso sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.
- Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de detenido, procesado o preso, sin copiar en su registro la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal. Pueden, sin embargo, recibir en el recinto de la prisión, en clase de detenidos, a los que fueren conducidos con el objeto de ser presentados al juez competente; pero con la obligación de dar cuenta a éste dentro de las veinticuatro horas.
- Si la autoridad hiciere detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al detenido.
- Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al detenido, procesado o preso que se encuentre en ella.
- Este funcionario está obligado, siempre que el detenido le requiera, a transmitir al juez competente la copia del decreto de detención; o a reclamar para que se le dé dicha

copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención, si hubiere omitido este requisito.

- En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; así como tampoco a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y parientes, hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.
- No podrá aplicarse tormento, ni imponerse, en caso alguno, la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes.
- Afianzada suficientemente la persona o el saneamiento de la acción, en la forma que según la naturaleza de los casos determine la ley, no debe ser detenido, ni sujeto a prisión preventiva, el que no sea responsable de un delito a que la ley señale pena afflictiva.
- Todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente.

CP 1833:

- La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o salir de su territorio, guardándose los reglamentos de policía, i salvo siempre el perjuicio de tercero; sin que nadie pueda ser preso, detenido o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes.
- Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, i en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio.
- Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el Tribunal que le señale la lei, i que se halle establecido con anterioridad por ésta.
- Para que una orden de arresto pueda ejecutarse, se requiere que emane de una autoridad que tenga facultad de arrestar, i que se intime al arrestado al tiempo de la aprehensión.
- Todo delincuente in fraganti puede ser arrestado sin decreto, i por cualquiera persona, para el único objeto de conducirlo ante el juez competente.
- Ninguno puede ser preso o detenido sino en su casa o en los lugares públicos destinados a este objeto.
- Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de preso sin copiar en su registro la orden de arresto emanada de autoridad que tenga facultad de arrestar. Pueden sin embargo recibir en el recinto de la prisión, en clase de detenidos, a los que fueren conducidos con el objeto de ser presentados al juez competente; pero con la obligación de dar cuenta a éste dentro de veinticuatro horas.
- Si en algunas circunstancias la autoridad pública hiciere arrestar a algún habitante de la República, el funcionario que hubiere decretado el arresto deberá dentro de las cuarenta i ocho horas siguientes dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al arrestado.

- Ninguna incomunicación puede impedir que el magistrado encargado de la casa de detención en que se halle el preso le visite.
- Este magistrado es obligado, siempre que el preso le requiera, a transmitir al juez competente la copia del decreto de prisión que se hubiere dado al reo, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse preso aquel individuo, si al tiempo de su arresto se hubiese omitido este requisito.
- Afianzada suficientemente la persona o el saneamiento de la acción en la forma que según la naturaleza de los casos determine la ley, no debe ser preso, embargado, el que no es responsable a pena aflictiva o infamante.
- En las causas criminales no se podrá obligar al reo a que declare bajo de juramento sobre hecho propio, así como tampoco a sus descendientes, marido o mujer, i parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, i segundo de afinidad inclusive.
- No podrá aplicarse tormento ni imponerse en caso alguno la pena de confiscación de bienes. Ninguna pena infamante pasará jamás de la persona del condenado.
- La casa de toda persona que habite el territorio chileno es un asilo inviolable, i sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley i en virtud de orden de autoridad competente.

CP 1828:

- Ningún habitante del territorio puede ser preso ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de juez competente, previa la respectiva sumaria, excepto el caso de delito in fraganti, o fundado recelo de fuga.
- Todo individuo preso o detenido conforme a lo dispuesto en el artículo precedente, y por delito en que no recaiga pena corporal, será puesto en libertad, inmediatamente que dé fianza en los términos requeridos por la ley.
- Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales establecidos por la ley. Esta, en ningún caso, podrá tener efecto retroactivo.

Medioambiente limpio.

CP vigente:

- *El derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.*
- *La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medioambiente.*

Protección de la salud.

CP vigente:

- El derecho a la protección de la salud.
- El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

- Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.
- Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.
- *Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.*

CP 1925:

- Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud.

Educación y libertad de enseñanza.

CP vigente:

- La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.
- Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.
- Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores.
- El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica.
- La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.
- Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.
- Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.
- *La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.*
- *La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.*
- *La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.*
- *Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.*

- *Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel.*

CP 1925:

- La educación básica es obligatoria.
- La educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales.
- La organización administrativa y la designación del personal de las instituciones privadas de enseñanza serán determinadas por los particulares que las establezcan, con sujeción a las normas legales.
- Sólo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento, de acuerdo a las normas que establezca la ley.
- La educación que se imparta a través del sistema nacional será democrática y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial. Su modificación se realizará también en forma democrática, previa libre discusión en los organismos competentes de composición pluralista.
- Habrá una Superintendencia de Educación Pública, bajo la autoridad del Gobierno, cuyo Consejo estará integrado por representantes de todos los sectores vinculados al sistema nacional de educación. La representación de estos sectores deberá ser generada democráticamente.
- La Superintendencia de Educación tendrá a su cargo la inspección de la enseñanza nacional.
- Los organismos técnicos competentes harán la selección de los textos de estudio sobre la base de concursos públicos a los cuales tendrán acceso todos los educadores idóneos, cualquiera que sea su ideología. Habrá facilidades equitativas para editar y difundir esos textos escolares, y los establecimientos educacionales tendrán libertad para elegir los que prefieran.
- Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía académica, administrativa y económica. Corresponde al Estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país.
- El acceso a las Universidades dependerá exclusivamente de la idoneidad de los postulantes, quienes deberán ser egresados de la enseñanza media o tener estudios equivalentes, que les permitan cumplir las exigencias objetivas del tipo académico. El ingreso

y promoción de profesores e investigadores a la carrera académica se hará tomando en cuenta su capacidad y aptitudes.

- El personal académico es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro del deber de ofrecer a sus alumnos la información necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes.
- Los estudiantes universitarios tienen derecho a expresar sus propias ideas y a escoger, en cuanto sea posible, la enseñanza y tuición de los profesores que prefieran.

CP 1833:

- La educación pública es una atención preferente del Gobierno. El Congreso formará un plan general de educación nacional; i el Ministro del Despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la República.
- Habrá una superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional, i su dirección bajo la autoridad del Gobierno.

Libertad de expresión.

CP vigente:

- *La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.*
- *La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.*
- *Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.*
- *Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.*
- *El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.*
- *Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.*
- *La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica.*

CP 1925:

- La libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa, la radio, la televisión o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de

responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad, en la forma y casos determinados por la ley. No podrá ser constitutivo de delito o abuso sustentar y difundir cualquiera idea política.

- Toda persona natural o jurídica ofendida o aludida por alguna información, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el órgano de publicidad en que esa información hubiere sido emitida.
- Todas las corrientes de opinión tendrán derecho a utilizar, en las condiciones de igualdad que determine la ley, los medios de difusión y comunicación social de propiedad o uso de particulares.
- Toda persona natural o jurídica, especialmente las universidades y los partidos políticos tendrán el derecho de organizar, fundar y mantener diarios, revistas, periódicos y estaciones transmisoras de radio, en las condiciones que establezca la ley. Sólo por ley podrá modificarse el régimen de propiedad y de funcionamiento de esos medios de comunicación. La expropiación de los mismos podrá únicamente realizarse por ley aprobada, en cada Cámara, con el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.
- La importación y comercialización de libros, impresos y revistas serán libres, sin perjuicio de las reglamentaciones y gravámenes que la ley imponga. Se prohíbe discriminar arbitrariamente entre las empresas propietarias de editoriales, diarios, periódicos, revistas, radiodifusoras y estaciones de televisión en lo relativo a venta o suministro en cualquier forma de papel, tinta, maquinaria u otros elementos de trabajo, o respecto de las autorizaciones o permisos que fueren necesarios para efectuar tales adquisiciones, dentro o fuera del país.
- Sólo el Estado y las Universidades tendrán el derecho de establecer y mantener estaciones de televisión, cumpliendo con los requisitos que la ley señale.
- Queda garantizada la circulación, remisión y transmisión, por cualquier medio, de escritos, impresos y noticias, que no se opongan a la moral y a las buenas costumbres. Sólo en virtud de una ley, dictada en los casos previstos en el artículo 44, N° 12, podrá restringirse el ejercicio de esta libertad.

CP 1833:

- La libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin censura previa, i el derecho de no poder ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por jurados, i se siga i sentencie la causa con arreglo a la lei.

CP 1828:

- Todo hombre puede publicar por la imprenta sus pensamientos y opiniones. Los abusos cometidos por este medio, serán juzgados en virtud de una ley particular y calificados por un tribunal de jurados.

Reunión.

CP vigente:

- *El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.*
- *Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía.*

CP 1925:

- El derecho de reunirse sin permiso previo y sin armas. En las plazas, calles y demás lugares de uso público, las reuniones se regirán por las disposiciones generales que la ley establezca.

Petición.

CP vigente:

- El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

CP 1925:

- El derecho de presentar peticiones a la autoridad constituida, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

CP 1833:

- El derecho de presentar peticiones a todas las autoridades constituidas, ya sea por motivos de interés general del Estado, o de interés individual, procediendo legal i respetuosamente.

Asociación.

CP vigente:

- *El derecho de asociarse sin permiso previo.*
- *Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.*
- *Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.*
- *Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.*
- *Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana; la nómina de sus militantes se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará reserva de la*

misma, la cual será accesible a los militantes del respectivo partido; su contabilidad deberá ser pública; las fuentes de su financiamiento no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero; sus estatutos deberán contemplar las normas que aseguren una efectiva democracia interna. Una ley orgánica constitucional establecerá un sistema de elecciones primarias que podrá ser utilizado por dichos partidos para la nominación de candidatos a cargos de elección popular, cuyos resultados serán vinculantes para estas colectividades, salvo las excepciones que establezca dicha ley. Aquellos que no resulten elegidos en las elecciones primarias no podrán ser candidatos, en esa elección, al respectivo cargo. Una ley orgánica constitucional regulará las demás materias que les conciernan y las sanciones que se aplicarán por el incumplimiento de sus preceptos, dentro de las cuales podrá considerar su disolución. Las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a las normas anteriores son ilícitos y serán sancionados de acuerdo a la referida ley orgánica constitucional.

- *La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad.*
- *Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad a que se refiere el inciso precedente, no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, ni optar a cargos públicos de elección popular ni desempeñar los cargos que se mencionan en los números 1) a 6) del artículo 57, por el término de cinco años, contado desde la resolución del Tribunal. Si a esa fecha las personas referidas estuvieren en posesión de las funciones o cargos indicados, los perderán de pleno derecho.*
- *Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso anterior. La duración de las inhabilidades contempladas en dicho inciso se elevará al doble en caso de reincidencia.*

CP 1925:

- El derecho de asociarse sin permiso previo y en conformidad a la ley.
- El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. El Estado deberá remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley.

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

Libertad de trabajo y su protección.

CP vigente:

- *La libertad de trabajo y su protección.*
- *Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.*
- *Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.*
- *Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.*
- La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.
- 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 utili-

dad 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. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.

CP 1925:

- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.
- El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley.
- Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales, gozarán de personalidad jurídica por el sólo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.
- Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines.
- Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

CP 1833:

- Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, i una lei lo declare así.

Admisión a funciones y empleos públicos.

CP vigente:

- La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

CP 1925:

- La admisión a todos los empleos y funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes.

CP 1833:

- La admisión a todos los empleos i funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes.

Seguridad social.

CP vigente:

- El derecho a la seguridad social.
- Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.
- La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.
- El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

CP 1925:

- El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional.
- La ley deberá cubrir, especialmente, los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad del trabajo individual, muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica, preventiva, curativa y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad o maternidad y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares.
- El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores.

Sindicalización.

CP vigente:

- *El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.*
- *Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.*
- *La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.*

Igual repartición tributos.

CP vigente:

- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.
- En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

- Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.
- Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.

CP 1925:

- La igual repartición de los impuestos y contribuciones, en proporción de los haberes o en la progresión o forma que fije la ley; y la igual repartición de las demás cargas públicas.
- Sólo por ley pueden imponerse contribuciones directas o indirectas, y, sin su especial autorización, es prohibido a toda autoridad del Estado y a todo individuo imponerlas, aunque sea bajo pretexto precario, en forma voluntaria, o de cualquier otra clase.
- No puede exigirse ninguna especie de servicio personal, o de contribución, sino en virtud de un decreto de autoridad competente, fundado en la ley que autoriza aquella exacción.
- Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir clase alguna de auxilios, sino por medio de las autoridades civiles y por decreto de éstas.
- Una ley particular determinará el método de reclutas y reemplazos para las fuerzas de mar y tierra.
- Todos los chilenos en estado de cargar armas deberán hallarse inscriptos en los registros militares, si no están especialmente exceptuados por la ley.

CP 1833:

- La igual repartición de los impuestos i contribuciones a proporción de los haberes, i la igual repartición de las demás cargas públicas. Una lei particular determinará el método de reclutas i reemplazos para las fuerzas de mar i tierra.
- Sólo el Congreso puede imponer contribuciones directas o indirectas, i sin su especial autorización es prohibido a toda autoridad del Estado i a todo individuo imponerlas, aunque sea bajo pretesto precario voluntario, o de cualquiera otra clase.

CP 1828:

- Todo chileno puede ser llamado a los empleos. Todos deben contribuir a las cargas del Estado en proporción de sus haberes. No hay clase privilegiada. Quedan abolidos para siempre los mayorazgos, y todas las vinculaciones que impidan el enajenamiento libre de los fundos. Sus actuales poseedores dispondrán de ellos libremente, excepto la tercera parte de su valor que se reserva a los inmediatos sucesores, quienes dispondrán de ella con la misma libertad.

Iniciativa económica.

CP vigente:

- *El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.*
- *El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.*

No discriminación del Estado en trato económico.

CP vigente:

- *La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.*
- *Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos.*

Libertad para adquirir bienes.

CP vigente:

- *La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.*
- *Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.*

Propiedad.

CP vigente:

- *El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*
- *Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*
- *Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno*

de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

- *A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.*
- *La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.*
- *El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.*
- *Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.*
- *Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.*
- *El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.*
- *La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas*

marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

- *Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.*

CP 1925:

- La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.
- Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá nacionalizar o reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.
- El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.
- La ley determinará qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso anterior, entre las cuales no podrán considerarse los hidrocarburos líquidos y gaseosos, podrán ser objeto de concesiones de exploración o de explotación, la forma y resguardos del otorgamiento y disfrute de dichas concesiones, la materia sobre que recaerán, los derechos y obligaciones a que darán origen y la actividad que los concesionarios deberán desarrollar en interés de la colectividad para merecer amparo y garantías legales. La concesión estará sujeta a extinción en caso de no cumplirse los requisitos fijados en la ley para mantenerla.
- La ley asegurará la protección de los derechos del concesionario y en especial de sus facultades de defenderlos frente a terceros y de usar, gozar y disponer de ellos por acto entre vivos o por causa de muerte, sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior. En aquellas cuestiones sobre otorgamiento, ejercicio o extinción de las concesiones que la ley entregue a la resolución de la autoridad administrativa, entre las cuales no podrán estar las que se refieren a la fijación de los requisitos de amparo, habrá siempre lugar a reclamo ante los tribunales ordinarios de justicia.
- Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de la ley general o especial

- que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre el monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.
- Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine.
 - Cuando se trate de nacionalización de actividades o empresas mineras que la ley califique como Gran Minería, la nacionalización podrá comprender a ellas mismas, a derechos en ellas o a la totalidad o parte de sus bienes. La nacionalización podrá también extenderse a bienes de terceros, de cualquier clase, directa y necesariamente destinados a la normal explotación de dichas actividades o empresas. El monto de la indemnización o indemnizaciones, según los casos, podrá determinarse sobre la base del costo original de dichos bienes, deducidas las amortizaciones, depreciaciones, castigos y desvalorización por obsolescencia. También podrá deducirse del monto de la indemnización el todo o parte de las rentabilizadas excesivas que hubieren obtenido las empresas nacionalizadas. La indemnización será pagada en dinero, a menos que el afectado acepte otra forma de pago, en un plazo no superior a treinta años y en las condiciones que la ley determine. El Estado podrá tomar posesión material de los bienes comprendidos en la nacionalización inmediatamente después que ésta entre en vigencia. El afectado sólo podrá hacer valer en contra del Estado, en cuanto se relacione con la nacionalización, el derecho a la indemnización regulada en la forma antes indicada. La ley podrá determinar que los socios o accionistas de las empresas nacionalizadas no tendrán otros derechos que hacer valer, sea en contra del Estado, sea recíprocamente entre ellos, que el de percibir la cuota o parte proporcional que les corresponda dentro de la indemnización que reciban las respectivas empresas. Asimismo, la ley podrá, en cuanto atañe al Estado, determinar qué terceros, exceptuados los trabajadores de la actividad o empresa nacionalizada, pueden hacer valer sus derechos sólo sobre la indemnización.
 - La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional

- y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.
- La pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario no podrán ser expropiadas sin previo pago de la indemnización.
 - En los casos en que el Estado o sus organismos hayan celebrado o celebren con la debida autorización o aprobación de la ley, contratos o convenciones de cualquier clase en que se comprometan a mantener en favor de particulares determinados regímenes legales de excepción o tratamientos administrativos especiales, éstos podrán ser modificados o extinguidos por la ley cuando lo exija el interés nacional.
 - En casos calificados, cuando se produzca como consecuencia de la aplicación del inciso anterior, un perjuicio directo, actual y efectivo, la ley podrá disponer una compensación a los afectados.

CP 1833:

- La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos.

CP 1828:

- Ningún ciudadano podrá ser privado de los bienes que posee, o de aquellos a que tiene legítimo derecho, ni de una parte de ellos por pequeña que sea, sino en virtud de sentencia judicial. Cuando el servicio público exigiese la propiedad de alguno, será justamente pagado de su valor, e indemnizado de los perjuicios en caso de retenérsela.

Crear y difundir artes, derecho autor.

CP vigente:

- *La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.*
- *El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.*
- *Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.*
- *Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.*

CP 1925:

- La propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley. Si ésta exigiere su expropiación, se dará al autor o inventor la indemnización competente.

CP 1833:

- Todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento, o producción por el tiempo que le concediere la ley; i si ésta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente.

No limitación esencia de los derechos.

CP vigente:

- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

1.3. Acciones constitucionales cautelares

CP vigente:

Amparo: Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que esta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Protección: El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación,

perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

CP 1925:

Amparo: Todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, en demanda de que se guarden las formalidades legales. Esta magistratura podrá decretar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y, sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

CP 1833:

Amparo: Todo individuo que se hallase preso o detenido ilegalmente por haberse faltado a lo dispuesto en los artículos 135, 137, 138 i 139, podrá ocurrir por sí o cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, reclamando que se guarden las formas legales. Esta magistratura decretará que el reo sea traído a su presencia, i su decreto será precisamente obedecido por los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, hará que se reparen los defectos legales i pondrá al reo a disposición del juez competente, procediendo en todo, breve i sumariamente, corrigiendo por sí, o dando cuenta a quien corresponda corregir los abusos.

CP 1828:

Amparo: Todo juez, autoridad o tribunal que, a cualquiera habitante preso o detenido conforme al artículo 13 del capítulo III, no le hace saber la causa de su prisión o detención en el preciso término de veinticuatro horas, o le niega o estorba los medios de defensa legal de que quiera hacer uso, es culpable de atentado a la seguridad personal.

Produce, por tanto, acción popular; el hecho se justificará en sumario por la autoridad competente, y el reo, oído del mismo modo, será castigado con la pena de la ley.

2. Experiencias comparadas relevantes

A continuación se presenta una comparación de las constituciones de Perú, España, Venezuela, Alemania, México, Estados Unidos y Colombia. El punto 2.1. contiene una breve reseña respecto de la forma como se estructuran los derechos constitucionales dentro de cada Constitución. Luego se presentan, de forma resumida, los derechos civiles y políticos (2.2.) y los derechos económicos, sociales y culturales (2.3.). La división entre ambas categorías se hizo, principalmente, siguiendo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El punto 2.4. se refiere a la cuestión de la igualdad y finalmente se presenta, de modo resumido, los mecanismos de protección o acciones cautelares constitucionales establecidos en cada constitución (2.5.).

2.1. Estructura general

Constitución Política del Perú (1993)

- La Constitución abre con los derechos: Título I: “De la persona y de la sociedad”.
- Divide entre derechos civiles y políticos (Capítulo I: “Derechos fundamentales de la sociedad”) y derechos sociales, económicos y culturales (Capítulo II: “Derechos sociales y económicos”).
- El Art. 3° establece que la enumeración de los derechos fundamentales no excluye los demás derechos garantizados por la Constitución “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.
- Los derechos sociales, económicos y culturales no necesariamente están redactados como derechos, sino que también se establecen como obligaciones del Estado.
- Los mecanismos de protección se establecen casi al final de la Constitución, separadamente de los derechos.

Constitución Española (1978)

- Los derechos se establecen en el Título I: “De los derechos y deberes fundamentales”, a continuación del Título Preliminar.
- Divide entre derechos civiles y políticos (Capítulo II: “Derechos y libertades”) y derechos sociales, económicos y culturales (Capítulo III: “De los principios rectores de la política social y económica”).
- Respecto de los derechos civiles y políticos, se divide entre “los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (Sección 1) y “los derechos y deberes de los ciudadanos” (Sección 2).

- Los derechos sociales, económicos y culturales no necesariamente están redactados como derechos, sino que también se establecen como obligaciones del Estado.
- El Art. 10 establece que las normas sobre derechos y libertades se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales de dicha materia ratificados por España.
- Los mecanismos de protección se establecen inmediatamente a continuación de los derechos.

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

- Los derechos se establecen en el Título III: “De los derechos humanos y garantías y de los deberes”.
- Divide entre derechos civiles y políticos (Capítulo III: “De los derechos civiles” y Capítulo IV: “De los derechos políticos y del referendo popular”) y derechos sociales, económicos y culturales (Capítulo V: “De los derechos sociales y de las familias”, Capítulo VI: “De los derechos culturales y educativos”, Capítulo VII: “De los derechos económicos”, Capítulo VIII: “De los derechos de los pueblos indígenas” y Capítulo IX: “De los derechos ambientales”).
- Los derechos sociales, económicos y culturales no necesariamente están redactados como derechos, sino que también se establecen como obligaciones del Estado.
- El Art. 19 establece que el “Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”.
- El Art. 22 establece que la enumeración de derechos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos no debe entenderse como una negación de otros derechos inherentes a la persona.
- El Art. 23 establece que los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional y prevalecen si contienen normas más favorables.
- Los mecanismos de protección se establecen en las disposiciones generales, antes de la enumeración de los derechos.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949)

- La Constitución abre con los derechos fundamentales.
- La redacción varía entre derechos de las “personas” y derechos de “todos los alemanes”.
- No divide entre derechos civiles y políticos y derechos sociales.
- Los derechos sociales, económicos y culturales no necesariamente están redactados como derechos, sino que también se establecen como obligaciones del Estado.
- Los mecanismos de protección se establecen inmediatamente a continuación de los derechos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

- La Constitución abre con los derechos: Título I: “De los derechos humanos y sus garantías”.
- No divide entre derechos civiles y políticos y derechos sociales.
- Los derechos sociales, económicos y culturales no necesariamente están redactados como derechos, sino que también se establecen como obligaciones del Estado. La mayoría de estos derechos están contenidos en el Art. 4.
- El Art. 1° establece que todas las personas gozan de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, y las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de la forma más favorable a la persona. Establece como principios de los derechos humanos la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.
- Los mecanismos de protección se establecen inmediatamente a continuación de los derechos.

Constitución de los Estados Unidos de América (1787)

- Derechos establecidos en el Bill of Rights.
- Enmienda IX: “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”.

Constitución política de Colombia (1991)

- Los derechos se establecen en el Título II: “De los derechos, las garantías y los deberes”, a continuación de los Principios Fundamentales.
- Divide entre derechos civiles y políticos (Capítulo I: “De los derechos fundamentales”) y derechos sociales, económicos y culturales (Capítulo II: “De los derechos sociales, económicos y culturales”). Se establecen separadamente los derechos colectivos (Capítulo III: “De los derechos colectivos y del ambiente”).
- Los derechos sociales, económicos y culturales no necesariamente están redactados como derechos, sino que también se establecen como obligaciones del Estado.
- El Art. 93 establece que los tratados y convenios de derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos reconocidos en la Constitución deben interpretarse conforme a dichos tratados.
- El Art. 94 establece que la enunciación de derechos contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros derechos inherentes a la persona que no están expresamente contemplados.
- Los mecanismos de protección se establecen inmediatamente a continuación de los derechos.

2.2. Derechos civiles y políticos: resumen

1. Vida e integridad física y psíquica

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N°1), España (Art. 15), Venezuela (Art. 43 y 46), Alemania (Art. 2°), EE.UU. (Enmienda VIII – integridad física y psíquica) y Colombia (Art. 11 y 12).
- México no reconoce el derecho a la vida expresamente.
- Perú reconoce al concebido (Art. 2° N°1 “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”).
- Abolición de la pena de muerte en Alemania (Art. 102), Venezuela (Art. 43), México (Art. 22) y Colombia (Art. 11). En España se permite excepcionalmente según lo dispuesto en las leyes penales militares para tiempos de guerra (Art. 15). En Perú se permite solo para los delitos de traición a la patria en caso de guerra y terrorismo (Art. 140).

2. Debido proceso

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N° 9, 10, 23, 24), España (Art. 17, 24, 25, 26), Venezuela (Art. 44, 45 y 49), Alemania (103 y 104), EE.UU. (Enmiendas V, VI, VIII, XIV), México (Art. 13 al 23) y Colombia (Art. 28 al 34).
- Perú, dentro del derecho a la libertad y seguridad personal, prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas, y prohíbe también la prisión por deudas (Art. 2 N° 24).
- España establece que el condenado a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales, con excepciones, y tendrá derecho al trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la seguridad social, el acceso a la cultura y el desarrollo integral de su personalidad (Art. 25).
- Alemania regula parte del debido proceso no como un derecho, sino que dentro de la sección del Poder Judicial (Art. 103 y 104).
- Venezuela fija un máximo de 30 años para las penas privativas de libertad y no permite las condenas a penas perpetuas o infamantes. (Art. 44). También establece que ninguna persona podrá ser obligada a declararse culpable o declarar en contra de sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (Art. 49).
- México regula, dentro de la sección de derechos, entre otros: definición de delincuencia organizada, conmutación de penas, principios del proceso penal, derechos de la persona imputada, derechos de la víctima, atribuciones del Ministerio Público, proporcionalidad de las penas según el delito y el bien jurídico afectado, regulación de la confiscación de bienes, etc.
- Colombia también regula la confesión (Art. 33: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del

cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”) y prohíbe las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (salvo en ciertos casos de enriquecimiento ilícito) (Art. 34).

3. Vida privada/Intimidad/Honor

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N° 6, 7, 9 y 10), España (Art. 18), Venezuela (Art. 47, 48 y 60), Alemania (Art. 13), Estados Unidos (Enmienda IV), México (Art. 16) y Colombia (Art. 15, 21 y 28 inciso 1).
- Las Constituciones de Perú (Art. 2° N° 6), Venezuela (Art. 60), Colombia (Art. 15), México (Art. 16) y España (Art. 18) se refieren expresamente a temas de la privacidad y protección de los datos personales.

4. Libertad de conciencia

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N° 3), España (Art. 16 y Art. 30), Venezuela (Art. 59 y 61), Alemania (Art. 4). EEUU (Enmienda 1), México (Art. 24) y Colombia (Art. 18 y 19).
- Perú establece, aunque no dentro de la sección de los derechos, que “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas” (Art. 50).
- Venezuela establece que “el padre y la madre tienen derecho a que sus hijos o hijas reciban educación religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones” (Art. 59).

5. Libre circulación

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N° 11), España (Art. 19), Venezuela (Art. 50), Alemania (Art. 11), México (Art. 11) y Colombia (Art. 24).
- Mientras Alemania, Colombia y España reconocen el derecho para los alemanes, colombianos y españoles respectivamente, Perú, México y Venezuela lo reconocen para toda persona.

6. Libertad de expresión

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N° 4), España (Art. 20), Venezuela (Art. 57), Alemania (Art. 5), México (Art. 6 y 7), EE.UU. (Enmienda I) y Colombia (Art. 20).
- Venezuela incluye en el Art. 57: “No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa”.
- Alemania incluye el secreto epistolar, el secreto postal y de las telecomunicaciones (Art. 10).

- Colombia incluye protección a la actividad periodística (Art. 73).

7. Derecho de reunión

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N° 12), España (Art. 21), Venezuela (Art. 53), Alemania (Art. 8°), EE.UU. (Enmienda I), México (Art. 9°) y Colombia (Art. 37).
- Respecto de las reuniones en lugares públicos se establecen limitaciones en Perú (anuncio anticipado a la autoridad, quien puede prohibirlas por ciertos motivos), España (comunicación previa a la autoridad, quien puede prohibirla por ciertos motivos), Colombia (regulación expresa por ley), Alemania (restricciones por ley o en virtud de una ley), México (casos en que no puede disolverse una asamblea) y Venezuela (regulación por ley).

8. Libertad de asociación

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N° 13 y Art. 20), España (Art. 22, Art. 24 y Art. 36), Venezuela (Art. 52), Alemania (Art. 9°), México (Art. 9°), y Colombia (Art. 38).
- Los colegios profesionales están regulados en las Constituciones de Perú, España y Alemania.
- Alemania establece que “están prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales, o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra las idea del entendimiento entre los pueblos” (Art. 9°).

9. Derecho de petición

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N° 5 y N° 20), España (Art. 29), Venezuela (Art. 51), Alemania (Art. 17), México (Art. 8°), EE.UU. (Enmienda V) y Colombia (Art. 23).

10. Propiedad

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N° 8 y N° 16, Art. 70 al 73 y Art. 88), España (Art. 33), Venezuela (Art. 115 y 116), Alemania (Art. 14 y 15), México (Art. 27), EE.UU. (Enmienda V) y Colombia (Art. 58 al 64).
- Se reconoce expresamente el derecho a la herencia en Perú, España y Alemania.
- La propiedad intelectual se reconoce en Perú (Art. 2° N° 8), México (Art. 28), Venezuela (Art. 124) Colombia (Art. 61).
- Países como Perú, Venezuela, México y Colombia incorporan una serie de particularidades como el apoyo al desarrollo agrario, limitaciones a los extranjeros, función ecológica de la propiedad, expropiación en casos de guerra, regulación de las donaciones

(Colombia), etc. En México se regulan expresamente temas como el petróleo y los hidrocarburos, combustibles nucleares, la propiedad de los ejidos y comunidades, la prohibición de los latifundios, etc.

11. Identidad y personalidad

- Perú: “A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación...” (Art. 2° N° 19).
- Venezuela: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos...” (Art. 56).
- Colombia: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Art. 14) y “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás” (Art. 16).

12. Derechos políticos

- Reconocidos en las Constituciones de: Perú (Art. 2° N° 17), España (Art. 23 y Art. 48), Venezuela (Art. 62, 63, 66 y 68), EE.UU. (Enmienda XV), México (Art. 35, como derechos del ciudadano) y Colombia (Art. 40).
- Venezuela establece la rendición de cuentas públicas, transparentes y periódicas, por parte de las autoridades como un derecho de los electores (Art. 66).

13. Asilo y Extradición

- Reconocido en las Constituciones de: Perú (Art. 36 y 37), España (Art. 13), Venezuela (Art. 69), Alemania (Art. 16 y 16A), México (Art. 15) y Colombia (Art. 35 y 36).

14. Otros derechos civiles y políticos

- Perú reconoce, dentro de los derechos fundamentales de la persona, el derecho a contratar con fines lícitos (Art. 2° N° 14), a la nacionalidad (Art. 2° N° 21) y el derecho a la paz, tranquilidad, disfrute del tiempo libre y descanso (Art. 2° N° 23).
- Venezuela reconoce el derecho a la protección por parte del Estado frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física, propiedad, disfrute de los derechos y cumplimiento de los deberes (Art. 55).
- México reconoce el derecho de toda persona al libre acceso de información plural y oportuna, y luego regula el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet (Art. 6°).
- México (Art. 10) y EE.UU. (Enmienda II) reconocen el derecho a portar armas.
- Colombia reconoce, dentro de los derechos fundamentales, la paz como “un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (Art. 22).

2.3. Derechos económicos, sociales y culturales: resumen

1. Protección de la familia y grupos vulnerables y derechos sexuales y reproductivos¹

- Perú (Art. 4° al 6°), España (Art. 32, 39, 42, 49 y 50), Venezuela (Art. 75 al 82), Alemania (Art. 6°), México (Art. 4° y 5°) y Colombia (42 al 47).
- Grupos vulnerables incluyen: niños, jóvenes, mujer embarazada, personas con discapacidad y tercera edad. Se consagra a nivel constitucional el interés superior del niño en la Constitución de España (Art. 39), Venezuela (Art. 75), México (Art. 5°) y Colombia (Art. 44).
- Consagración del matrimonio igualitario en España (Art. 32: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”). El matrimonio entre un hombre y una mujer se consagra en Perú, Venezuela y Colombia. Venezuela consagra también las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer.
- Derechos sexuales y reproductivos (sin consagración expresa del aborto):
 - Perú: Art. 6° “paternidad y maternidad responsable”, “reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir”, “el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud”. Reconoce al concebido en Art. 2° N° 1: “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.
 - Venezuela: Art. 76 “la maternidad y la paternidad son protegidos integralmente”, “las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que desean concebir”.
 - México: Art. 4 “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”.
 - Colombia: Art. 42 “progenitura responsable” y “derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”.
- Derechos y deberes paterno-filiales: Perú, España, Venezuela, Alemania y Colombia.
- Igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales: Perú, España, Alemania y Colombia.
- Colombia establece que los matrimonios religiosos, y las sentencias de nulidad de matrimonios religiosos, tienen efectos civiles.

2. Trabajo

- Derecho y deber al trabajo: Perú (Art. 2° N° 5, Art. 22), España (Art. 35), Venezuela (Art. 87), Alemania (Art. 12), México (Art. 5°) y Colombia (Art. 25).

¹ Los derechos sexuales y reproductivos se incluyen dentro de esta sección para mantener la coherencia con las constituciones comparadas referidas, dado que estas hacen referencia a ellos dentro de los artículos de protección de la familia y grupos vulnerables.

- Negociación colectiva: Perú (Art. 28), España (Art. 37), Venezuela (Art. 96, sector público y privado) y Colombia (Art. 55).
- Libertad sindical: Perú (Art. 28), España (Art. 28, con límites para FF.AA. y sector público), Venezuela (Art. 95), Alemania (Art. 9º, parte de asociación) y Colombia (Art. 39, excepto fuerza pública).
- Derecho a la huelga: Perú (Art. 28, se le deja su regulación y la de sus excepciones a la ley), España (Art. 28), Colombia (Art. 56, salvo en servicios públicos esenciales).
- Obligaciones del Estado: Perú (Art. 23), España (Art. 40), Venezuela (Art. 87 y 88) y Colombia (Art. 54).
- Regulación de las remuneraciones (nivel, pago, participación en utilidades, etc.): Perú (Art. 24 y Art. 29) y Venezuela (Art. 91).
- Regulación de la jornada laboral: Perú (Art. 25) y Venezuela (Art. 90).
- Regulación del derecho laboral y/o la relación laboral: Perú (Art. 26), Venezuela (Art. 89) y Colombia (Art. 53).
- México regula en su Art. 123 (que no forma parte de los derechos fundamentales) lo relacionado con la jornada laboral, descansos, derechos maternales, salario, horas extraordinarias, obligaciones de higiene y seguridad, estipulaciones del contrato de trabajo, arbitraje en casos de conflicto colectivo, sindicalización, huelga, etc.

3. Seguridad Social

- Perú: es un “derecho universal y progresivo de toda persona” (Art. 10) y el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y de pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas (Art. 11). Se señala expresamente que los fondos y reservas son intangibles (Art. 12).
- España: se mantendrá un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos (Art. 41).
- Venezuela: toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo que asegure la salud y la protección en una serie de contingencias, y el Estado tiene la obligación de asegurar este derecho creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. Se regulan las cotizaciones (Art. 86).
- Colombia: lo define como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Se garantiza a todos los habitantes como un derecho irrenunciable. Se regula su prestación por entidades públicas o privadas, la sostenibilidad financiera del sistema y los requisitos para pensionarse (Art. 48).
- Alemania: se regula no como un derecho fundamental, sino que dentro de las tareas comunes y de cooperación entre la Federación y los Länder.
- México: lo regula dentro del Artículo 123 (no forma parte de los derechos fundamentales).

4. Derechos Económicos

- España: libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (Art. 38).
- Venezuela: derecho de toda persona a dedicarse libremente a la actividad económica y el Estado promoverá la iniciativa privada, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas de planificación, racionalización y regulación de la economía (Art. 112). Se prohíben los monopolios (Art. 113) y se prohíben una serie de ilícitos económicos (Art. 114).
- México: prohíbe los monopolios y prácticas monopólicas (Art. 28). La Constitución regula el rol que le compete al Estado respecto del desarrollo nacional y la economía nacional (Art. 25).
- Perú: dentro del régimen económico (pero no dentro de los derechos fundamentales) declara que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado (Art. 58) y el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria (Art. 59). El Estado solo autorizado por ley expresa “puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional” (Art. 60).
- Colombia: dentro del régimen económico (pero no dentro de los derechos fundamentales) establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, y la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades (Art. 333). Se establece el rol que le compete al Estado en la dirección general de la Economía y la sostenibilidad fiscal “para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho” (Art. 334). Se regulan los monopolios (Art. 336).

5. Educación

- Perú: establece la libertad de enseñanza y el derecho de los padres a escoger los centros de educación (Art. 13); concepto de educación (Art. 14); el profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública y toda persona natural o jurídica tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y transferir su propiedad (Art. 15); descentralización de la educación y rol del Estado (Art. 16); educación inicial, primaria y secundaria son obligatorios, la educación en instituciones del Estado es gratuita y en las universidades públicas; el Estado garantiza el derecho a educación gratuita para alumnos con rendimiento satisfactorio y sin recursos económicos para cubrir los costos; subvención a la educación privada en cualquier modalidad con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, fomento a la educación bilingüe e intercultural (Art. 17); concepto de educación universitaria y de universidad y el Estado garantiza la libertad de cátedra y la autonomía universitaria (Art. 18); beneficios tributarios a favor de las universidades, institutos superiores y centros educativos (Art. 19).
- España: derecho a la educación y libertad de enseñanza; el objeto de la educación; el

- derecho a la educación religiosa; la enseñanza básica obligatoria y gratuita; se garantiza el derecho de todos a la educación; se reconoce la libertad de creación de centros docentes a personas físicas y jurídicas; rol de los poderes públicos en inspección y homologación; ayuda a los centros docentes; se reconoce la autonomía de las universidades (Art. 27).
- Venezuela: educación como derecho humano y deber social fundamental, educación es democrática gratuita y obligatoria y rol del Estado (Art. 102); educación obligatoria desde el nivel maternal hasta el nivel medio diversificado y gratuita en instituciones del Estado hasta el pregrado universitario y se establecen beneficios tributarios para contribuciones de los particulares a programas educativos de nivel medio y universitario (Art. 103); la educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y comprobada idoneidad y el Estado garantizará la estabilidad de la carrera docente (Art. 104); toda persona natural o jurídica, cumpliendo con una serie de requisitos, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas previa aceptación del Estado (Art. 106); obligatoriedad de la educación ambiental y de la enseñanza del castellano, historia, geografía y los principios del ideario bolivariano (Art. 107); rol de los medios de comunicación (Art. 108); reconocimiento de la autonomía universitaria (Art. 109); reconocimiento y fomento a la ciencia y tecnología (Art. 110); derecho al deporte y recreación como política educacional (Art. 111).
 - Alemania: supervisión del Estado sobre la totalidad del sistema escolar; derecho a educación religiosa y regulación de la enseñanza de la religión; garantiza el derecho a crear escuelas privadas, con autorización del Estado y los casos en que se concede dicha autorización; abolición de escuelas preparatorias (Art. 7°).
 - México: derecho de todo individuo a la educación; estructuración de la educación; concepto de educación; educación otorgada por el Estado será obligatoria, gratuita, laica, luchará contra la ignorancia y fanatismos, democrática, nacional, contribuirá a la mejor convivencia humana y de calidad; particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades; autonomía universitaria, crea instituciones gubernamentales en esta área (Art. 3°).
 - Colombia: garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (Art. 27); obligatoriedad del estudio de la Constitución y la instrucción cívica (Art. 41); educación como derecho y un servicio público; gratuita en instituciones del Estado sin perjuicio de cobros a quien pueda sufragarla; rol del Estado (Art. 67); particulares pueden fundar establecimientos educativos, enseñanza a cargo de personas de reconocida idoneidad, derecho de los padres a decidir tipo de educación (Art. 68); se garantiza la autonomía universitaria y el Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior (Art. 69).

6. Salud y Deporte

- Perú: derecho de todos a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad (Art. 7°). El Estado determina la política nacional de salud (Art. 9°) y

- garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas (Art. 11).
- España: derecho a la protección de la salud y establece que les compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública y fomentar la educación sanitaria, la educación física, el deporte y la adecuada utilización del ocio (Art. 43).
 - Venezuela: la salud es un derecho social fundamental y obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida; toda persona tiene derecho a la protección de la salud (Art. 83); para garantizar el derecho, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, y los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no pueden ser privatizados (Art. 84); el financiamiento del sistema público nacional de salud es obligación del Estado (Art. 85).
 - México: toda persona tiene derecho a la protección de la salud y toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte (Art. 4°).
 - Colombia: la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; se establecen los principios y el rol del Estado, y la atención al enfermo dependiente o adicto (Art. 49). Se establece que todo niño menor de un año, que no esté cubierto por algún tipo de protección, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (Art. 50). El ejercicio del deporte y sus manifestaciones tienen como función la formación integral de las personas y desarrollar una mejor salud: forman parte de la educación y del gasto público social y se reconoce el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre (Art. 52).

7. Cultura

- Perú: identifica y regula el patrimonio cultural de la Nación (Art. 21).
- España: los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho (Art. 44); y garantizarán y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España (Art. 46).
- Venezuela: la creación cultural es libre y se reconoce y protege la propiedad intelectual (Art. 98); los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo y un derecho fundamental que el Estado fomentará y garantizará (Art. 99); las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial (Art. 100); y el Estado garantizará la emisión, recepción y circulación de la información cultural (Art. 101).
- México: toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia y el ejercicio de sus derechos culturales; el Estado promoverá los medios para la difusión y el desarrollo de la cultura (Art. 4°).
- Colombia: el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos; la cultura es fundamento de la nacionalidad (Art. 70). La bús-

qu coasta del conocimiento y la expresión artística son libres y el Estado creará incentivos (Art. 71). El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado (Art. 72).

8. Medioambiente

- España: derecho de todos a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona, debiendo los poderes públicos velar por su utilización racional, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva (Art. 45).
- Venezuela: es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente; toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, y establece las obligaciones del Estado al respecto (Art. 127). El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio (Art. 128) y se exige estudios de impacto ambiental y sociocultural para actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas, y se incorpora obligación de conservar el equilibrio ecológico en los contratos celebrados por la República (Art. 129).
- México: derecho de toda persona a un medioambiente sano para su desarrollo y bienestar, y el Estado garantizará el respeto a este derecho (Art. 4°).
- Colombia: derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente (Art. 79); el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible (Art. 80). Se reconoce como un “derecho colectivo y del ambiente”.

9. Vivienda

- España: derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho; se establece que la comunidad participará en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos (Art. 47).
- Venezuela: derecho de toda persona a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias; establece que la satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y el Estado; el Estado dará prioridad a las familias (Art. 82).
- México: derecho de toda familia a disfrutar de vivienda digna y decorosa (Art. 4).
- Colombia: derecho de todos los colombianos a vivienda digna y el Estado fijará las condiciones para hacer efectivo este derecho (Art. 51).

10. Consumidores

- España: los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios y fomentarán sus organizaciones (Art. 51).

- Venezuela: derecho de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, y a información adecuada y no engañosa sobre los productos y servicios, su libertad de elección y un trato equitativo y digno (Art. 117).
- Colombia: la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad y la información que debe suministrarse al público en su comercialización (Art. 78). Se establece dentro de los derechos colectivos.

11. Reconocimiento y derechos de los pueblos indígenas

i. Reconocimiento Constitucional

- Perú: “toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante intérprete” (Art. 2° N° 19). Además establece que “son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley” (Art. 48) y “la capital de la República del Perú es la ciudad de Lima. Su capital histórica es la ciudad del Cusco” (Art. 49).
- Venezuela: el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar su forma de vida (Art. 119). Además, establece que los pueblos indígenas forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible, y el término ‘pueblo’ no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional (Art. 126).
- México: la Nación mexicana es única e indivisible y la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (Art. 2°).
- Colombia: “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (Art. 7°); “es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación” (Art. 8°) y “el castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe” (Art. 10).

ii. Derechos de los pueblos indígenas

- Venezuela: los derechos de los pueblos indígenas respecto de: el aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado y por los pueblos indígenas (Art. 120); identidad étnica y cultural (Art. 121); salud integral considerando sus prácticas y culturas

(Art. 122); prácticas económicas y actividades productivas (Art. 123); participación política y representación en la Asamblea Nacional y entidades federales y locales con población indígena (Art. 125).

- México: establece el criterio para determinación de pertenencia a pueblos indígenas; la definición de comunidades integrantes de pueblo indígena; el derecho a la libre determinación dentro del marco constitucional; el derecho de autonomía para decidir formas de convivencia y organización, aplicar sistemas normativos propios, elección de sus autoridades, preservar lenguas y conocimientos y hábitat, acceder, con limitaciones, al uso y disfrute de recursos naturales, elección de representantes en los municipios. Además se establecen las obligaciones de la Federación, los Estados y los Municipios para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas (Art. 2°).

12. Otros DESC

- España: dentro de los derechos, establece que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (Art. 31).
- México: toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, debiendo el Estado garantizarlo (Art. 4°), y establece que toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para su consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre y asequible (Art. 4°).
- Colombia: establece, dentro de los DESC, que la producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado (Art. 65) y que las disposiciones en materia crediticia podrán reglamentar condiciones especiales del crédito agropecuario (Art. 66).
- Colombia: establece, dentro de los DESC, que el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado (Art. 75).
- Colombia: establece, dentro de los derechos colectivos y del medioambiente, la prohibición de fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (Art. 81), y el deber del Estado de velar por la protección de la integridad del espacio público y su destinación al uso común (Art. 82).

2.4. La cuestión de la igualdad

Constitución Política del Perú (1993)

- Art. 2° N° 2 reconoce el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y la no discriminación.
- La “igualdad de oportunidades sin discriminación” como derecho fundamental se reconoce también como principio de la relación laboral (Art. 26 N° 1).
- Además se hacen referencias a la igualdad en el Régimen Económico, señalando que “el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad” (Art. 59), y respecto de los Gobiernos Regionales y Locales, los cuales

deben respetar el principio de igualdad en el ejercicio de su potestad tributaria (Art. 74 inciso 2).

Constitución Española (1978)

- Art. 14 reconoce el derecho de los españoles a la igualdad ante la ley y la no discriminación.
- En el Título Preliminar se hace referencia a la igualdad como uno de los valores superior del ordenamiento jurídico del Estado (Art. 1.1) y se establece que los poderes públicos promoverán las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (Art. 9).
- Dentro de los derechos fundamentales y libertades públicas, como parte del derecho de participación, se establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (Art. 23).
- Dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos se establece que el sistema tributario será justo e inspirado en los principios de igualdad y progresividad (Art. 31). Además, el derecho a contraer matrimonio reconoce la “plena igualdad jurídica” del hombre y la mujer (Art. 32).
- Dentro de las normas de la organización territorial del Estado se establece la solidaridad e igualdad territorial, “velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio” (Art. 138).
- Dentro de las competencias exclusivas del Estado se encuentra “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (Art. 149).

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

- Art. 21 reconoce el derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación. Asegura además que la ley “garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometa” y establece que no se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.
- Dentro de los Principios Fundamentales se establece la igualdad como uno de los valores de la República que se fundamentan en la doctrina de Simón Bolívar (Art. 1), y la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (Art. 2).
- Art. 54 prohíbe la esclavitud o servidumbre.
- Dentro del ejercicio del derecho al trabajo, el Estado garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres (Art. 88).

- Se establece la “atención especial de las culturas populares constitutivas de la venezolanidad, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas” (Art. 100).
- Art. 103 establece el derecho de toda persona “a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades” (Art. 103).

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949)

- Art. 3 reconoce el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y la no discriminación. Establece que el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos y el “Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes”.
- Se establece la igualdad cívica de los alemanes en todos los Länder: mismos derechos y deberes cívicos y la no discriminación en los cargos del servicio público (Art. 33).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

- Art. 1° prohíbe la esclavitud y establece la no discriminación (dentro de los criterios de la no discriminación, se incluyen el género y las preferencias sexuales).
- Art. 4° inc. 1: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.
- Dentro de los derechos de los pueblos indígenas se establecen las obligaciones de la Federación, los Estados y los Municipios para “promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria” (Art. 2° B).
- Dentro del derecho a recibir educación, se señala que la educación contribuirá a la mejor convivencia humana a fin de fortalecer “los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos” (Art. 3° II. C). Además, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación deberá emitir directrices tendientes a mejorar la calidad de la educación y su equidad, como factor esencial en la búsqueda de la igualdad social (Art. 3° IX. C).
- Se establece dentro de los principios generales del proceso penal la igualdad procesal entre las partes (Art. 20 A. V).
- Dentro de los derechos y deberes de los mexicanos se establece la preferencia de los mexicanos por sobre los extranjeros, en igualdad de circunstancias, para concesiones y empleos de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano (Art. 32).

Constitución de los Estados Unidos de América (1787)

- Igual protección de todas las personas ante la ley (Enmienda XIV).
- Prohibición de esclavitud y trabajo forzado (Enmienda XIII).
- Prohibición de desconocer o menoscabar el derecho al sufragio de los ciudadanos por motivos de raza, color o condición anterior de esclavos (Enmienda XV), ni por razón del sexo (Enmienda XIX).

Constitución Política de Colombia (1991)

- Art. 13 reconoce la igualdad ante la ley y establece que todas las personas “recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”. El Estado “promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados” y protegerá especialmente a aquellas personas que se encuentren “en circunstancia de debilidad manifiesta”.
- Prohibición de la esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos (Art. 17).
- Igualdad de derechos y oportunidades entre la mujer y el hombre y prohibición de discriminación contra la mujer (Art. 43).
- Dentro del derecho a la cultura se establece el deber del Estado de promover el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, y el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (Art. 70).
- Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso y uso del espectro electromagnético (Art. 75).

2.5. Acciones constitucionales cautelares

Constitución Política del Perú (1993)

- Establece como garantías constitucionales la acción de *habeas corpus*, la acción de amparo, la acción de *habeas data*, la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y la acción de cumplimiento (Art. 200). Las acciones de *habeas corpus* y de amparo no se suspenden durante los regímenes de excepción.
- La acción de *habeas corpus* procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Se interpone por la persona afectada, o cualquier persona en su nombre, o por el Defensor del Pueblo ante cualquier juez penal.
- La acción de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos en la Constitución, salvo por los casos protegidos por la acción de *habeas data*. Se interpone por el afectado o su representante procesal (con ciertas excepciones), o cualquier persona cuando se trate del derecho del medioambiente o derechos difusos, o por el Defensor del Pueblo, ante el juez civil y, en los casos en que la afectación se origina por una resolución judicial, ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia.
- La acción de *habeas data* procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos constitucionales referidos al acceso a la información. Tiene el mismo procedimiento que la acción de amparo, salvo que el patrocinio de abogado puede flexibilizarse.

- Al Defensor del Pueblo, organismo autónomo, le corresponde, entre otras atribuciones, defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad (Art. 162).
- La disposición Final y Transitoria Undécima de la Constitución establece que “las disposiciones que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.
- Si bien el Art. 200 no distingue entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, la Ley de *Hábeas Corpus* y Amparo sí limita los derechos protegidos bajo la acción de amparo.

Constitución Española (1978)

- Los derechos y libertades del Capítulo II (derechos y libertades) vinculan a todos los poderes públicos y solo pueden ser regulados por ley (Art. 53.1).
- Cualquier ciudadano puede pedir la tutela de las libertades y derechos del Art. 14 (igualdad ante la ley) y de la sección de los derechos fundamentales y libertades públicas. La tutela se interpone ante los tribunales ordinarios, vía un procedimiento basado en la preferencia y la sumariedad, y ante el Tribunal Constitucional, vía el recurso de amparo (Art. 53.2).
- Respecto de los DESC: los principios rectores de la política social y económica informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria cuando lo disponga una ley (Art. 53.3).
- El defensor del pueblo también tiene un rol en la defensa de los derechos (Art. 54).

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

- Toda persona tiene derecho de acceso a la justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente (Art. 26).
- Acción de Amparo Constitucional: Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías fundamentales, aun aquellos inherentes a la persona que no estén expresamente en la Constitución o en instrumentos internacionales de DD.HH. El procedimiento será oral, público, breve, gratuito e informal, se le dará preferencia y todo tiempo será hábil. La autoridad judicial tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica. La acción de amparo a la libertad o seguridad (*hábeas corpus*) puede ser interpuesta por cualquier persona. No se puede restringir por estado de excepción (Art. 27).
- El Estado está obligado a investigar y sancionar los delitos contra los DD.HH. cometidos por las autoridades. Los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los DD.HH. y crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones a los DD.HH. y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios y están excluidos de beneficios como indulto y amnistía (Art. 29).

- Toda persona tiene derecho a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales con el objeto de solicitar el amparo de sus DD.HH. (Art. 31).
- El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías y de los intereses legítimos, colectivos o difusos (Art. 280). Tiene, entre otras facultades, la atribución para interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data* y las demás acciones o recursos (Art. 281 N° 3), velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y protección (Art. 281 N° 8°).
- Las Salas Constitucional y de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia son las que conocen las acciones de amparo.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949)

- Art. 17A establece las limitaciones legales que se pueden fijar sobre los derechos fundamentales. El Artículo 19 establece que las leyes que restrinjan derechos fundamentales deben ser generales y mencionar el derecho que se limita, no pudiendo afectarse su contenido esencial.
- Art. 18 establece la pérdida de ciertos derechos fundamentales en casos de abuso por quien combate el régimen fundamental de libertad y democracia. La privación de estos derechos, y su alcance, serán declarados por la Corte Constitucional Federal.
- Art. 19.4 establece que toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público puede recurrir a la vía judicial, siendo los tribunales ordinarios competentes para conocer si no hay otra jurisdicción competente.
- La Corte Constitucional Federal tiene competencia para conocer los recursos de amparo (Art. 93.4A).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

- Se establecen los casos y procedimientos para restricción o suspensión de derechos y garantías, no pudiendo afectarse ciertos derechos (Art. 29).
- Los Tribunales de la Federación conocerán de las controversias generadas por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos y las garantías de la Constitución y los tratados internacionales (Art. 103). El juicio de amparo se seguirá a instancia de la parte agraviada (titular de un derecho individual o colectivo) siempre que alegue que el acto viola los derechos reconocidos en la Constitución y se afecte su esfera jurídica (Art. 107).
- La Suprema Corte de Justicia conocerá de las acciones de inconstitucionalidad que pueda interponer la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos de protección de DD.HH. de los Estados (Art. 105).
- La Ley de Amparo (reformada el 2013) regula el juicio de amparo para violaciones de DD.HH. contenidos en la Constitución y en tratados internacionales (y no solo de las garantías individuales) y establece que procede también contra omisiones.

Constitución de los Estados Unidos de América (1787)

- *Hábeas Corpus* no se suspende, salvo cuando la seguridad pública lo exija en ciertos casos (Art.2 sección 9).

Constitución Política de Colombia (1991)

- *Hábeas Corpus*, para quien estuviere privado de libertad y crea estarlo ilegalmente. Se interpone ante cualquier autoridad judicial, por sí o por interpósita persona (Art. 30)
- Establece los derechos que son de aplicación inmediata (Art. 85).
- Acción de tutela: toda persona puede interponerla, por sí o por quien actúe a su nombre, vía procedimiento preferente y sumario, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales que estén siendo vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. La acción procede cuando no exista otro medio de defensa. El fallo podrá impugnarse ante el juez competente y este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. La ley debe establecer cuando procede la tutela contra encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o para los casos de quienes se hallen en estado de subordinación o indefensión (Art. 86).
- Acción popular: la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza. También se regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas y se definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos (Art. 88). De estas acciones, no conoce la Corte Constitucional.
- Toda persona puede acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo (Art. 87).
- Se establece la responsabilidad del Estado (Art. 90 y Art. 91).
- El Defensor del Pueblo tiene, entre otras facultades, la atribución de invocar el derecho de *hábeas corpus*, interponer acciones de tutela y acciones populares (Art. 282).
- La Corte Constitucional ha permitido, en ciertos casos, la aplicación directa de los derechos sociales mediante la acción de tutela. La accionabilidad de los derechos sociales se ha dado también mediante su vinculación con derechos individuales conexos (como el derecho a la vida) y las demandas de inconstitucionalidad y revisión constitucional (de las que conoce la Corte Constitucional).

3. Algunas propuestas de reforma

A continuación se presentan algunas propuestas de reforma en torno a los derechos constitucionales. Se dividen en tres grupos: propuestas académicas (3.1.), formuladas

en contribuciones recientes por profesores de derecho constitucional; propuestas políticas, contenidas en los programas de gobierno y otros documentos, de los principales candidatos en elecciones presidenciales y primarias del proceso electoral chileno de 2013 (3.2.); y otras propuestas, de centros de estudios, legislativas y de grupos de trabajo (3.3.). Las propuestas que siguen no pretenden ser comprehensivas de la amplia variedad de opiniones en torno al contenido de la Constitución. Estas propuestas se subdividirán cuando corresponda, señalando subtópicos de interés dentro del tema derechos constitucionales.

3.1. Propuestas Académicas

3.1.1. *Catálogo de derechos constitucionales*

Propuesta de Enrique Navarro B.

Parece fundamental reforzar algunos derechos fundamentales, entre los cuales cabe citar la necesidad de que el derecho de reunión sea regulado por ley y que todos los derechos admitan tutela constitucional, sin recurrir a la vía indirecta de otros preceptos (Navarro 2014, p. 24).

Propuesta de Pablo Ruiz-Tagle V.

Conviene pensar los derechos fundamentales aplicando la noción más integradora de bloque constitucional. Esta noción se construye a partir de una visión democrática y liberal como una verdadera regla de reconocimiento que nos sirva para identificar el subsistema constitucional de los derechos fundamentales en Chile. De acuerdo con la noción más actualizada de bloque constitucional, se piensa en la existencia de un subsistema jurídico de los derechos fundamentales que se forma por las disposiciones constitucionales chilenas referidos a estos. Estas disposiciones se encuentran en varios capítulos de la carta fundamental. [...]

Estas disposiciones forman un bloque junto con las normas y principios sobre derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José, la Convención contra la Tortura, los Convenios de Ginebra y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y otros tratados análogos. Esta explicación del derecho positivo relevante de los derechos fundamentales debe considerar también su regulación y aplicación judicial, parlamentaria y administrativa en el contexto del desarrollo jurisprudencial y dogmático que se inicia en 1990 en el gobierno constitucional en Chile. Si analizamos el contenido de las disposiciones constitucionales referidas a los derechos fundamentales encontramos que los verbos que con mayor frecuencia se refieren a ellos son: reconocer, garantizar, asegurar, proteger, promover, reivindicar, respetar, limitar, restringir, suspender, violar y sancionar.

Se trata de una inmensa variedad de prohibiciones y mandatos que se manifiestan en las normas y principios constitucionales (Ruiz-Tagle 2006, pp. 108-110).

Propuesta de Francisco Zúñiga U.

Se propone garantizar un catálogo abierto y progresivo de derechos que incluye: el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la libertad de expresión (derecho a la información, libertad de opinión e información y pluralismo informativo), los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el derecho a la intimidad y derechos sexuales y reproductivos, el derecho de propiedad, el derecho al debido proceso, el derecho al medioambiente, los derechos políticos, el derecho a la participación, el derecho a la protección de la salud, derechos de los consumidores y usuarios, el derecho a la seguridad social, los derechos de las personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho de huelga, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la vivienda, el derecho a la cultura, y los derechos colectivos. [...]

Debe haber una completa disposición constitucional habilitante para que el Estado y la ley puedan brindar satisfacción efectiva a los derechos, de forma universal, igualitaria y sin segregación, superando el déficit estructural que la vieja Constitución tiene en materia de derechos de la personalidad, políticos, y derechos económicos, sociales y culturales. Se reconoce el derecho igualitario al matrimonio y a fundar una familia. Le corresponde al Estado favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a cargos de elección popular, así como a puestos de responsabilidad profesional y social. Para ello, la nueva Constitución debiera instar medidas de acción positiva que permitan alcanzar la mayor igualdad posible efectiva, incluyendo las leyes cuotas y considerando los estándares de temporalidad, proporcionalidad y afectación. [...]

Los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes por Chile se entenderán parte del ordenamiento jurídico y tendrán aplicación preferente frente a otras fuentes formales de derecho interno cuando resultan más progresivas y optimizadoras en el aseguramiento de derechos. [...]

Los derechos fundamentales deben ser interpretados armónicamente con el acervo jurisprudencial emanado de los órganos internacionales y supranacionales de protección de derechos humanos. [...]

Se debe garantizar una ampliada reserva de ley en materia de derechos fundamentales; poniendo fin a las reservas reglamentarias. [...]

Todos los derechos deben poseer la misma relevancia para el desarrollo pleno de las personas y, además, se deben asegurar formas de control judicial sobre los derechos económicos y sociales que permiten vincular a las autoridades administrativas, sin menoscabar las políticas públicas progresivas y fiscalmente responsables en procura de derechos prestacionales [...]

Finalmente, en materia de garantías, la nueva Constitución prevé la creación de un Defensor del Ciudadano o Defensor del Pueblo, concebida como una autoridad sin imperio o persuasiva encargada de velar por los derechos de las personas y administrados frente a la Administración y los servicios de interés públicos. Esta autoridad podrá formular recomendaciones, procesar quejas de los ciudadanos, instar a la efectivización de responsabilidades, instar a la activación de controles judiciales de amparo ante los tribunales del Poder Judicial y de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, y favorecer ante los demás órganos del Estado la defensa y promoción de los derechos de las personas (Zúñiga 2014b, pp. 30-32).

Propuesta de Julia Urquieta O.

Ideas para una nueva Constitución democrática. Un ordenamiento sustentado en el pleno respeto, vigencia y garantía de los Derechos Humanos:

Garantizar no solo los derechos individuales, sino también los derechos económicos, sociales y culturales como el derecho al trabajo, a la educación, la salud, la vivienda y la previsión social, y los derechos de la nueva generación como es vivir en un medioambiente libre de contaminación. Eliminación de todas las normas represivas en contra de la participación de los trabajadores y los movimientos sociales. Cada uno de estos derechos debe ser garantizado mediante un efectivo recurso jurisdiccional. Respeto y consagración de los derechos civiles de tipo sexual y reproductivo. Reconocimiento y protección de los distintos tipos de familia. Reconocimiento de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo o heterosexuales y la unión civil entre parejas del mismo sexo. Reconocimiento legal de la identidad de género. Rechazo a cualquier tipo de discriminación. Garantizar el derecho universal a la comunicación social, que contempla la garantía de los ciudadanos a ser informados y a reproducir informaciones, impidiendo la concentración de los medios de comunicación (Urquieta 2014, p. 75).

3.1.2. Derechos económicos, sociales y culturales

Propuesta de Mario Verdugo M.

No nos parece de mayor consistencia la crítica que se formula a la Carta vigente en el sentido de que en ella no se reconocen ni garantizan los derechos de contenido económico, social y cultural. Sobre este punto reiteramos la opinión expresada en 1975: Nos parece que en la parte dogmática las Constituciones se han excedido, en cierta forma, al incorporar derechos sociales que, al margen de la justicia de su contenido, resultan en la mayoría de los países imposibles de concretar [...] En el caso de la Carta de 1980 el constituyente adoptó en el Capítulo Tercero una metodología prudente: reconoce y garantiza en forma pormenorizada los derechos conocidos como de la Primera Generación y en cuanto a los derechos de Segunda Generación describe su núcleo básico y entrega a las leyes complementarias su desarrollo [...]

Estimamos que son las deficiencias legislativas, administrativas y de gestión, los factores que han impedido un mayor desarrollo de los derechos sociales fundamentales (Verdugo 2014, pp. 47-48).

Propuesta de Fernando Atria L.

El que dice que la protección de la salud o la educación no pueden ser ‘derechos’ porque ellos tienen como objeto bienes escasos está confundiendo [...] dos dimensiones: está diciendo que como no es posible dar satisfacción plena a todos, entonces nadie tiene derecho a nada. Esto es una confusión. Del hecho de que dadas las restricciones materiales no pueda darse satisfacción plena a todos no se sigue que nadie entonces tenga derecho, sino que los recursos escasos han de distribuirse entre todos los que tienen derecho de modo que todos reciban la mayor satisfacción posible [...]. Al hablar de derechos sociales, como el derecho a la educación o a la salud, estamos hablando de formas institucionales de organización de la educación o de la producción de la salud que realicen la idea de que el interés que cada uno tiene en recibir educación o prestaciones de salud tiene igual importancia, lo que implica afirmar la igualdad de todos, pero al mismo tiempo es compatible con algunas desigualdades. Que la educación o la salud sean un derecho no implica que todos han de recibir lo mismo, sino que el criterio de distribución de las prestaciones respectivas ha de ser un criterio que descansa en el reconocimiento de la igualdad de todos (Atria 2014b, pp. 60-61).

Propuesta de José Francisco García G.

No deja de ser interesante que algunos críticos de la subsidiariedad, sobre la base de argumentos minimalistas en torno a su lejanía con la tradición constitucional chilena, hoy promuevan, como alternativa, un Estado Social de Derecho, basado en el principio de solidaridad. Paradójicamente, se propone una suerte de neoliberalismo con signo negativo de manera explícita. Se está, en suma, ante un debate de fuerte contenido ideológico. Con todo, una aproximación minimalista en este ámbito, deferente con la tradición constitucional chilena, lleva a la necesidad de examinar el rol de este principio en el ordenamiento constitucional chileno. Volver a los principios clásicos de libertad e igualdad, aquilatando de buena manera la experiencia de las últimas décadas en el mundo, en torno a que el Estado ha dejado de ser un actor relevante como productor en una serie de mercados de bienes y servicios, pasando a ser regulador y estimulando más bien reglas de competencia y transparencia, parece una alternativa posible. También puede ser una alternativa, siguiendo la jurisprudencia del TC antes citada, un entendimiento conjunto de la subsidiariedad y la solidaridad. Esta última es, por ejemplo, la posición de Zapata.

Lo anterior tiene una dimensión adicional: la constitucionalización de nuevos derechos sociales (por ejemplo, a la vivienda o a la cultura) y/o la extensión de la garantía de la acción de protección a derechos sociales que hoy no la tienen. ¿Cuántos derechos

resiste la Constitución? es la pregunta que se formuló hace no mucho Aldunate. Su respuesta, al igual que la de Correa y la de este artículo es: pocos y básicos (civiles y políticos). Para Aldunate el riesgo de caer en la trampa del lirismo constitucional es alta; antes lo había dicho Sunstein precisamente en materia de reconocimiento de derechos sociales: “Una Constitución es en gran medida un documento jurídico, con tareas concretas. Si la Constitución intenta especificar todo a lo que quiere comprometerse una sociedad decente, corre el riesgo de pasar a ser un mero pedazo de papel, sin mayor valor en el mundo real”.

Finalmente, en esta materia no se puede dejar de hacer notar que una aproximación minimalista, que es escéptica de la regulación de derechos económicos y sociales en la Constitución, lo es también de una regulación frondosa, meticulosa, del desarrollo de los derechos civiles y políticos básicos. Un buen ejemplo en la Constitución actual se encuentra en la regulación de la libertad de asociación o del derecho de propiedad. En ambos casos, conviene ir al debate constitucional con goma. Por lo demás, como he sostenido en otro artículo, los derechos sociales se están construyendo sobre la base de la subsidiariedad, no contra ella, y su judicialización genera espacios para el activismo judicial, esto es, el que los jueces y no el proceso político tome las decisiones de política pública (por ejemplo, en materia de legislación social) más relevantes del país (García 2014, pp. 292-293).

3.1.3. Derechos y reconocimiento de pueblos originarios

Propuesta de Cristián Román C.

El reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, máxime si se efectúa en las Bases de la Institucionalidad, se erige como un criterio de interpretación de la propia Constitución y, en tanto norma constitucional, irradia a todo el ordenamiento jurídico, y según sea su redacción final, puede imponer deberes, con mayor o menor intensidad, a los órganos del Estado, incluido el Legislador. En lo que concierne al Gobierno y Administración interior, se podrían contar entre esos deberes, entre otros, en las regiones y/o comunas en las que la población perteneciente a estos pueblos originarios sea importante, establecer un régimen especial, o bien, si esa no es la opción, disponer normativa especial o adicional para los respectivos gobiernos regionales o municipalidades (especialmente en cuanto a la integración, gestión, participación y competencias), adecuar los límites políticos y administrativos conforme a los criterios culturales de dichos pueblos; reconocer las instituciones e instancias organizativas propias de cada uno de los pueblos originarios, otorgándole, en su caso, específicas facultades o atribuciones; y establecer una nueva institucionalidad indígena que represente a los pueblos originarios de Chile y permita encauzar sus demandas hacia las autoridades nacionales (Román 2014, p. 147).

Propuesta de Lucas Sierra I.

¿Qué debería hacer la Constitución? ¿Debería reconocer a todas las minorías? Difícil pregunta. En principio, creo que las constituciones deberían ser textos más bien breves, escuetos; distintos al texto hipertrofiado y farragoso de la Constitución de 1980, que se da el tiempo infinito para hablar de conceptos insufriblemente doctrinarios como ‘bien común’, o ‘la familia’ como ‘núcleo fundamental de la sociedad’ (como si hubiese un solo modelo de familia); o de detalles minuciosos y obsesivos como los canales de TV, el organismo que los regula, o el que regula el cine. Creo que esta enjundia e hipertrofia normativa puede explicarse por el hecho de que los constituyentes de la dictadura de-searon intensamente congelar su presente y amarrar así para siempre todo el futuro. [...]

No me parece que el reconocimiento se haga a ‘pueblos’ indígenas, ni tampoco que se haga estableciendo o facilitando que se establezcan supuestos ‘derechos’ colectivos. No digo esto porque me preocupen las consecuencias que pueda tener en el derecho internacional, ni porque esto pueda alentar secesiones, ni porque crea que hay solo una ‘nación’ chilena (o deba haberla), ni menos porque crea que hay una sola raza (o deba haberla). Nada de lo anterior me preocupa. Lo que me preocupa es algo distinto: es la consagración individualizada de colectivos sociales en la Constitución.

De prosperar esta iniciativa, entre las personas y el Estado habría ciertos colectivos indígenas, con una determinada potestad normativa (consagrada constitucionalmente) y titulares de ciertos ‘derechos’ colectivos. Esto no es razonable, ya que con seguridad generará tensiones políticas, constitucionales y, también, inamovilidad de recursos (que impactará negativamente en el bienestar de quienes se busca favorecer y ayudar a que salgan de su condición de ‘pobres entre pobres’). [...]

Sé que en esto hay opiniones discrepantes, pero a mí la noción de ‘derechos’ y ‘colectivos’ me parecen refractarias entre sí. La técnica de los derechos, el ‘lenguaje’ de los derechos, me ha parecido siempre una de las sutilezas más bonitas del pensamiento político y legal moderno. Los derechos suponen, además, una fina y sutil ‘técnica’ legal. Toda esta sofisticación y sutileza se esfuma si se deja de pensar en tales derechos como títulos individuales o, dicho de otra manera, si se les deja de pensar ‘técnicamente’. Puestos en la Constitución, los derechos son una herramienta destinada a proteger a los individuos del poder. Al pensarlos colectivamente, lo que se hace es concentrar un poder frente a ciertos individuos. Si esto es lo que se quiere hacer, es preferible no hablar de derechos. Parece mejor hablar de autonomía o de ámbitos de competencia, conceptos más cercanos a la política. Uno de los problemas al hablar aquí de derechos es que este concepto tiende a excluir a la política. Esto no significa que yo crea que hay solo individuos y Estado. Es obvio que hay innumerables colectivos sociales: familias, clubes, partidos políticos, empresas, iglesias, etc. También creo que estos colectivos sociales poseen recursos que son distintos a los que pueda tener cada uno de sus miembros. La Constitución del 80 ya no puede ser más explícita en esto. Siguiendo las tendencias corporativistas de algunos

miembros de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado, el Capítulo I, las llamadas ‘Bases de la Institucionalidad’, exuda una visión orgánica de la sociedad, reconociendo y celebrando sus ‘cuerpos intermedios’. Mirado el asunto desde esta perspectiva, los indígenas organizados colectivamente ya estarían reconocidos en la Constitución. Si son un colectivo, son un ‘cuerpo intermedio’ (Sierra 2003, pp. 22-24).

3.1.4. Recurso de protección y garantías de derechos

Propuesta de Manuel Núñez P.

En cierto sentido, toda disputa sobre derechos humanos es una cuestión política. En la medida en que un litigio permite el enfrentamiento a partir de pretensiones contrapuestas sobre la Carta Fundamental, donde no pocas veces el juez será otro más de los adversarios, es posible afirmar que el proceso constitucional es, como la guerra, la continuación de la política por otros medios. De allí que la doctrina de la deferencia judicial hacia las cuestiones políticas tenga una explicación más que suficiente en la necesidad de no sustituir las decisiones propias de la prudencia política por las decisiones legales de la jurisdicción. Sin embargo, llevada al extremo y extendida a los remedios constitucionales de emergencia –especialmente cuando estos sirven para la defensa actual de los derechos de los particulares frente a situaciones irremediables por medio de los procedimientos ordinarios–, la doctrina de la deferencia transforma la prudencia en vicio y genera lagunas de control difícilmente conciliables con la idea de Estado de Derecho.

Los peligros del exceso de la necesaria deferencia judicial hacia los poderes políticos han sido suficientemente puestos de relieve por la doctrina comparada, tanto en lo general como en el campo específico de los derechos fundamentales. La historia nacional no escapa a esos riesgos, como bien lo demuestra la larga lucha por someter la Administración a la juridicidad (parte de cuyos capítulos enfrentó a los particulares a la conocida distinción entre actos de autoridad y actos de gestión) y por reconocer el derecho a la reparación de los particulares frente al Estado. La práctica constitucional de los últimos años está ofreciendo renovados aires a estos excesos de deferencia otrora ofrecidos a la Administración, después asegurados al Parlamento por el Tribunal Constitucional y ahora extendidos, en lo que concierne al presente ensayo, a los particulares por la vía de la protección [...] Aunque en este proceso se advierten algunos síntomas de fortaleza de la acción de protección, hay que volver a preguntarse si es conveniente mantener una acción como la de protección (Núñez 2012, pp. 248-249).

Propuesta de Salvador Mohor A.

Se sugiere como proyecto de reforma constitucional el siguiente texto que, a nuestro parecer, debería agregarse a continuación del punto final del inciso 2° del artículo 20:

‘Procederá igualmente el recurso de protección respecto de aquellos derechos sociales, económicos o culturales que se satisfacen con prestaciones económicas o de servicio del Estado, o de entidades privadas que operan bajo su control, cuando tales derechos hayan sido afectados por actos u omisiones ilegales’.

Por lo que respecta a los derechos sociales no prestacionales, algunos de ellos ya están bajo el amparo del recurso de protección, como el derecho de sindicalización, el derecho de libre afiliación y desafiliación a una organización sindical, el derecho de libertad de trabajo y a la libre elección del trabajo, el derecho a la libre contratación, el derecho a no ser obligado a afiliarse a una organización o entidad como requisito para desarrollar una actividad o trabajo, y el derecho a la libre elección del sistema de salud. Falta aún extender sin embargo el ámbito de aplicación del recurso de protección a otros derechos sociales no prestacionales de evidente importancia, como el derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga. Al parecer, tratándose de los derechos no prestacionales, el problema es relativamente más simple que el que plantean los derechos sociales prestacionales, pues bastaría incluirlos en la enumeración del artículo 20 para dejarlos así dentro del ámbito de acción del recurso. Tal vez su exclusión pudo justificarse en una época de gran efervescencia e inestabilidad política y social, pero hoy, en que la igualdad de oportunidades y el sentido de participación sociales parecen haberse instalado definitivamente en la agenda pública, convendría asegurarles una protección más efectiva (Mohor 2014, p. 167).

Propuesta de David Ibaceta M.

Podemos agrupar las reformas brevemente, y sin perjuicio de que una nueva Constitución fije un diseño nuevo y distinto del actualmente vigente, a lo menos en los siguientes temas:

a. En materia de acción de indemnización por error judicial: Trasladar la competencia para declarar injustificadamente errónea o arbitraria la resolución que condenó o formalizó a una persona, de la Corte Suprema a otro órgano que asegure con más fuerza la imparcialidad en dicha declaración, órgano que podría ser, por ejemplo, el Tribunal Constitucional.

b. En materia de recurso de protección: Primero, reforzar el carácter legal de su regulación, terminando con los autos acordados que fijan su procedimiento, de modo que se ajuste su contenido al principio de legalidad. Segundo, abrir el ámbito de su aplicación a todos los derechos fundamentales, con el propósito de eliminar la mala praxis judicial de accionar por vía oblicua, especialmente justificando una defensa del derecho de propiedad, cuando lo que se pretende es obtener tutela constitucional de alguno de los derechos no expresamente designados por el artículo 20 de la Constitución Política.

c. En materia de acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: Fijar un mecanismo que permita dotar de suficiente imperio a las sentencias de inaplicabilidad, para que no se transforme aquella en letra muerta y no se convierta al Tribunal Constitucional en

un órgano consultivo cuyas resoluciones carecen de toda eficacia y no ocurran situaciones en que sus sentencias se obedezcan pero no se cumplan.

En definitiva, las acciones constitucionales deben modificarse o diseñarse nuevamente, en armonía con un sistema de resguardo o garantía de los derechos fundamentales, respetuoso de su contenido esencial y teniendo como fin último el cumplimiento de los planes particulares de vida de cada individuo (Ibaceta 2014, pp. 172-173).

3.2. Propuestas Políticas 2013

Propuesta candidatura presidencial de Michelle Bachelet Jeria

Contenidos básicos de una Nueva Constitución Política (Fragmento del PGNM)

Derechos Humanos

El catálogo de derechos que debe reconocer la nueva Constitución Política deberá sustentarse básicamente en el desarrollo de las normas y principios consagrados en las declaraciones y convenciones de derechos humanos establecidos en el ámbito internacional.

- Derecho a la vida, integridad física y psíquica.
- Derecho a la igualdad y a la no discriminación.
- Derecho a la libertad y seguridad personal.
- Derecho a la tutela judicial y garantía del debido proceso.
- Derecho a la libertad de conciencia.
- Derecho a la libertad de expresión.
- Derechos de los niños, niñas y adolescentes (“El Estado procurará comprometerse a implementar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño o niña contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, explotación y abuso sexual. Se requiere prohibir el trabajo infantil y cualquier tipo de violencia contra los niños y niñas, sea física o psíquica”).
- Derecho a la identidad, a la intimidad, a la imagen, al honor, y a los derechos sexuales y reproductivos.
- Derecho de propiedad.
- Derechos políticos.
- Derechos colectivos y reconocimiento de los pueblos indígenas (“El Estado debe fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones”).
- Derechos económicos, sociales y culturales.
- Derecho a la participación política y social.

Garantías

La Nueva Constitución debe garantizar el desarrollo y la efectividad del conjunto de derechos fundamentales. En esa dirección se deben establecer las acciones y recursos que permitan su reclamo ante las instancias judiciales, tales como el amparo, la protección y el acceso a la información; también se debe establecer que las limitaciones a estos derechos solo pueden hacerse por ley; y no afectar el derecho en su esencia. Por otra parte, los estados de excepción constitucional solo pueden limitar los derechos en los supuestos fácticos que la Constitución Política establezca, con estricta sujeción a estándares internacionales.

Propuesta candidatura presidencial de Evelyn Matthei Fornet

- Defensor del Ciudadano (garantías): Se propone crear un cargo de alto nivel legal que tendrá por función asesorar, coordinar y orientar al ciudadano en el ejercicio de todos sus derechos cotidianos, ante la proliferación de servicios públicos que lo regulan y agentes privados que lo tratan, pudiendo también representarlo en el ejercicio de sus derechos ante órganos administrativos o judiciales.
- Derecho a la participación ciudadana: Crear un espacio en que las personas de diferente índole puedan asegurar su derecho de hacer oír su voz en diferentes instancias institucionales.
- Simplificación voto de chilenos en el extranjero.
- Creación de subsecretaría de Derechos Humanos: Ente que proponga políticas públicas en la dirección de defender y difundir los derechos humanos en su real dimensión.
- Perfeccionamiento del Instituto Nacional de Derechos Humanos: mayor pluralismo y descentralización.
- Fortalecimiento de Acuerdo de Vida en Pareja: Estimamos que el AVP no es meramente una comunidad de bienes, sino una expresión de familia.
- Enfoque inclusivo y no discriminador frente a la diversidad.
- Gran acuerdo nacional para la construcción de un Chile multicultural: Establecimiento de importantes cimientos institucionales que puedan conseguirlo, como lo es el reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas, medida fundamental para hacer justicia al país que somos y visibilizarlos, reconociendo la multiculturalidad de nuestra sociedad.

Propuesta candidatura presidencial de Marco Enríquez-Ominami

Nuevos derechos fundamentales que la nueva Constitución debe asegurar:

- Una economía que garantice el respeto de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales, y la efectiva equidad entre los ciudadanos mediante un sistema tributario capaz de financiar políticas públicas para una mayor igualdad, justicia y libertad.

- Garantizar el derecho a la educación pública gratuita y de calidad, y el término del lucro en la educación.
- Garantizar el derecho a la salud.
- Garantizar el derecho a la libertad sexual y reproductiva.
- Garantizar el fomento a las garantías procesales mínimas.
- Garantizar a los ciudadanos la capacidad de convocatoria efectiva a referéndum y plebiscito para temas de trascendencia nacional.
- Garantizar el respeto y reconocimiento del valor intrínseco de la naturaleza y de los seres vivos, priorizando el respeto a la biodiversidad.

Propuesta candidatura en elecciones primarias de Andrés Allamand

- Impulso y aprobación del proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos.
- Reforma a la institucionalidad del Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Aprobación del proyecto de ley Acuerdo de Vida en Pareja.
- Pueblos Indígenas: Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Avanzar en dicha dirección sería una señal potente de unidad nacional y de demostrar que para la centroderecha los pueblos originarios son integrantes privilegiados de la comunidad nacional.

Propuesta candidatura en elecciones primarias de Andrés Velasco

Reforma al Art. 1° inc. 2°. Sustituirlo por el siguiente: “La comunidad nacional reconoce a los pueblos originarios mapuche, aymara y rapa nui o pascuense, atacameño, quechua, colla, diaguita, kawashar o alacalufe y yámana o yagán. El Estado les debe respeto y protección”.

Reforma al Art. 1 inc. 3°. Introducir entre las expresiones “Nación” e “y”, precedida y seguida de una coma “,” la expresión “respetando y protegiendo a los pueblos originarios”.

Reformas al Art. 19 (derechos constitucionales):²

- Art. 19 N° 6 [libertad de culto] inc. 2°. Sustituir la oración final por la siguiente: “La ley podrá eximir de contribuciones a los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto”.
- Art. 19 N° 11 [derecho a la educación] inc. 1°. Introducir la siguiente oración final: “Este derecho no faculta a los establecimientos para no admitir o expulsar discrecionalmente a los estudiantes. Las decisiones de rechazo de la admisión y de expulsión deberán ser fundadas y sus fundamentos accesibles al estudiante y sus padres o

² Lo que se aprecia es una selección, sin criterio definido, de algunas de las propuestas de reforma al artículo 19 de la Constitución chilena vigente.

- apoderados. La ley regulará las causales y procedimientos adecuados para tal efecto”.
- Art. 19 N° 12 [libertad de expresión] inc. 5° (televisión), sexto (Consejo Nacional de Televisión) y séptimo (calificación cinematográfica). Derogarlos.
 - Art. 19 N° 15 [libertad de asociación] inc. 4°. Sustituir la expresión “la moral, al orden público y a la seguridad del Estado” por la expresión “los principios de esta Constitución”.
 - Art. 19 N° 21 [derecho a la libre iniciativa económica] inc. 1°. Sustituir la frase “a la moral, al orden público o a la seguridad nacional” por la frase “a los principios de esta Constitución”.
 - Art. 20 [recurso de protección]. Sustituir la expresión “a la Corte de Apelaciones respectiva” por la expresión “a la magistratura que señale la ley”.

3.3. Otras propuestas

Propuesta de Fundación Jaime Guzmán

La intención de legislar sobre el *Ombudsman* [defensor del pueblo] sugiere la idea de que no existen en Chile los sistemas de control necesarios sobre los actos de la Administración Pública y la satisfacción de necesidades básicas. ¿Es eso efectivo? Al efectuar una somera revisión sobre las instituciones encargadas, entre otras tareas, de fiscalizarlos, pareciera ser posible contestar lo contrario. [...]

El canal utilizado por las personas afectadas por actos de la administración fue el recurso de protección, es decir, una acción concedida a todas las personas que sean privadas, perturbadas o amenazadas en el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías constitucionales, a consecuencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales. Su amplia redacción, junto a una tramitación rápida y eficaz ante la Corte de Apelaciones, motivó que paulatinamente la mayoría de los recursos interpuestos estuvieran destinados a resolver conflictos con la administración [...]

Hoy, a pesar de las modificaciones efectuadas para regular la admisibilidad de los recursos, la inexistencia de tribunales contenciosos administrativos y la amplitud alcanzada por el derecho de propiedad, ha deformado el sentido de esta acción de protección. Su uso indiscriminado lo ha hecho perder su “[...] especial posición como mecanismo de protección de los individuos: el recurso de protección se ha convertido en el mecanismo procesal ordinario de control de la actividad de la Administración, sea que esto se traduzca en actos administrativos (actos decisorios unilaterales de efectos singulares), en reglamentos (actos normativos de efectos generales) o en contratos administrativos (actos bilaterales de la Administración). En este contexto, lo que nuestro país necesita no es la incorporación del Ombudsman, sino más bien tribunales contenciosos administrativos. Estos, como juzgados especiales, en procedimientos desformalizados y de rápida tramitación, podrían resolver exitosamente los problemas que se suscitan entre las personas y los órganos de

la Administración pública, además de permitir que el recurso de protección se utilice para resguardar los derechos fundamentales para los cuales fue concebido originalmente.

Con todo, si prospera la tramitación del proyecto que actualmente se discute en el Congreso, nuestro país contaría en los próximos años con una versión nacional del Defensor del Pueblo. ¿Cómo podría ajustarse adecuadamente esta institución a nuestra legislación? Para ello debe cumplir, a nuestro juicio, con los siguientes requisitos:

- a) Competencia precisa: el establecimiento de un nuevo órgano requiere que se definan sus competencias de manera clara. Ello evita que luego se utilice al Defensor en aquello para lo que no fue destinado. Esta situación no está bien zanjada en el proyecto en trámite, ya que establece que no solo velará por las garantías constitucionales, sino también por los tratados internacionales ratificados por Chile. Como muchas veces estos últimos protegen derechos *lato sensu*, es decir, meras expectativas sociales cuyo cumplimiento depende del nivel de desarrollo de cada país, podrían estarse ampliando las acciones del Defensor a cuestiones aspiracionales sin efectos concretos.
- b) Misión acotada a velar por las contiendas entre particulares y la Administración del Estado: la ampliación de estas facultades desnaturaliza la institución y provoca la duplicidad de funciones con otros órganos. En el proyecto de ley, el Defensor representará a las personas perjudicadas por “[...] actos u omisiones de los órganos e instituciones responsables de las necesidades públicas”. Es decir, se permite requerir su intervención tanto ante organizaciones públicas como privadas, suscitando además conflictos de competencia;
- c) Sus atribuciones deben causar efectos directos, pero sin carácter punitivo: sus informes y opiniones no deben tener fuerza vinculante ni capacidad sancionadora. Puede recomendar cursos de acción o incluso denunciar ante los tribunales, pero debiera evitarse la creación de un ente que no solo investigue los actos del Estado, sino que además cumpla labores de juez y parte;
- d) Nombramiento del Defensor: como órgano fiscalizador de la actividad de la Administración, debe escogerse a un candidato meritorio que asegure imparcialidad respecto del Ejecutivo (objeto de su fiscalización) por medio de un mecanismo que así lo garantice. Lo anterior no se verifica en la iniciativa legal, pues establece que sea elegido por el Presidente de la República de una terna presentada por la Cámara de Diputados.

En suma, en nuestro país los particulares afectados por actos u omisiones de la Administración del Estado no están suficientemente amparados en sus derechos. La acción de protección, aunque eficaz y expedita, no es el procedimiento adecuado para dirimir esas disputas.³

³ Extracto del documento “*Ombudsman* en Chile. ¿La defensa que las personas necesitan?”, *Ideas y Propuestas*, n° 4, 2008.

Propuesta de Océanos Azules

Nuevos derechos

Los valores de libertad, igualdad y pluralismo se expresan en primer término en el reconocimiento de nuevos derechos tales como:

- a) Derechos políticos y de sufragio de los chilenos en el exterior.
- b) Reconocimiento explícito de los derechos de la diversidad étnicas, religiosas, de inclinación sexual, de discapacidad física o mental, y su derecho a no ser tratados en forma discriminatoria.
- c) Derechos de los habitantes de las regiones para participar directamente en la constitución de su Asamblea Regional.
- d) Derecho a la representación proporcional de la población, según su lugar de residencia, en la elección de sus representantes al Congreso.
- e) Fortalecimiento de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado a través de la implementación integral del Convenio 169 y su reconocimiento constitucional.
- f) Reconocer el Derecho a la Comunicación Social como derecho humano inalienable y de su relación con el derecho a réplica.
- g) Reconocer y consagrar plenamente a nivel constitucional el agua como bien nacional de uso público y estudiar la incorporación del derecho al agua como derecho humano fundamental. Establecer el principio de respeto y reconocimiento del valor intrínseco de la naturaleza y los seres vivos.⁴

⁴ Documento “Bases ciudadanas para construir el Chile del Bicentenario”, Grupo Océanos Azules, 10 de agosto de 2009, p. 10

Cuestión III

Estructura del Estado

Relación

Patricio Zapata

Los coordinadores de los “Diálogos constitucionales” me han pedido que redacte algunas líneas que puedan servir como motivación a la discusión del tema “Estructura del Estado”. Comienzo explicando la forma en que he asumido el encargo. Había que descartar, de entrada, la posibilidad de anticipar los temas funcionales que abordarán las últimas dos sesiones (“Régimen Político”, con introducción de José Francisco García). No me seducía, por otra parte, la alternativa de ensayar una especie de diagnóstico particularizado de lo que pasa con cada uno de nuestros órganos estatales ni de hacer el inventario del conjunto de cambios deseables, posibles o imaginables para cada uno de ellos.

Si la discusión fisiológica sobre el funcionamiento del cuerpo estatal (presidencialismo, semipresidencialismo o parlamentarismo) debía esperar un par de semanas y la mirada “por partes y piezas”, propia de un anatomista, me resulta muy latera, me atrevo a proponerles la siguiente tercera vía: en la sesión de este lunes 9 de julio plantearé algunas opciones globales sobre la forma de estructurar, constitucionalmente, el Estado. En la sesión del lunes 16 de julio me detendré con mayor detención en cuatro cuestiones estructurales más específicas: los partidos políticos, el sistema electoral, la descentralización política y la justicia constitucional.

Sobre estructuras

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia, una estructura es una distribución y orden de las partes importantes de un edificio. En lenguaje de constructores y arquitectos, la palabra alude al esqueleto, generalmente de acero u hormigón armado y que, fijo al suelo, sirve de sustentación a un edificio.

Hablaremos, entonces, de las partes importantes de la estructura estatal: aquellas que vertebran la vida política de una comunidad. Idealmente, por supuesto, estaremos pensando en estructuras que estén firmemente adheridas al suelo patrio, ojalá con buenos cimientos.

La verdad es que las diferentes estructuras estatales son el resultante de, al menos, dos fenómenos. Por un lado, estamos ante la lenta acción de la historia constitucional larga que va apilando, no siempre con lógica interna, una institución sobre otra, una reforma sobre otra. Por otro lado, nos encontramos, a veces, con impulsos políticos más o menos fundacionales, que imponen un modelo constitucional pretendidamente coherente.

Ahora bien, y por mucho que todos los órdenes constitucionales respondan a diferentes influencias, conservan capas y sedimentos de eras anteriores y tienen, por ende, un ADN variopinto. Me parece que siempre es posible decir que cada uno de ellos tiene, sumando y restando, *all things considered*, algún tipo de alma o seña esencial, aquello que lo hace ser lo que es y no otra cosa distinta.

Es en el sentido explicado en que puede hablarse de distintos modelos de Estado. Aplicando esta idea, propongo examinar a continuación las distintas estructuras o formas generales de Estado que se han venido sucediendo en nuestra Sudamérica. Como se verá, estos modelos resultan, fundamentalmente, de la manera en que se combinan ciertas definiciones de finalidad o propósito del Estado, el peso comparativo de los tres poderes clásicos y el mayor o menor protagonismo relativo de los partidos políticos, los movimientos sociales y la participación directa del pueblo.

A continuación, pues, algunas páginas sobre cuál pareciera ser una de las disyuntivas estructurales gruesas a que se encuentran enfrentadas todas nuestras democracias sudamericanas.

Modelos de Estado

Examinando los doscientos años de vida independiente de Sudamérica, y siguiendo un orden cronológico, es posible identificar seis modelos de organización político-constitucional. A saber:

(i) Modelo constitucional de la República Autoritaria

Estos proyectos de organización constitucional buscan reconstituir un orden estatal autoritario que, con ropaje republicano, ponga fin al período de inestabi-

lidad política que sucede a la lucha emancipadora. Las propuestas institucionales de Páez en Venezuela, Rosas en Argentina, Portales en Chile y Santa Cruz en Perú ejemplifican bien este tipo de régimen. Ahora bien, desde el punto de vista formal estos esfuerzos se ven plasmados, entre otras, en las Constituciones de 1826 (Venezuela), de 1826 (Argentina) y de 1833 (Chile).

(ii) Modelo constitucional de la República Liberal y Parlamentaria

Este paradigma se abre paso en el continente a partir de la lucha de las burguesías emergentes para terminar de romper el legado colonial. Resulta imposible fijar con exactitud los límites temporales de este modelo. En Colombia vive un primer momento a partir de 1858, en Chile se instala hacia 1870, en Ecuador se presenta en 1896 con Eloy Alfaro y en Uruguay se consolida a partir de 1903. El ocaso del constitucionalismo puramente liberal es un poco más simple de precisar. En efecto, hacia 1930 –época de crisis económica y ascenso del fascismo y el comunismo– prácticamente todos los países del área habían derivado hacia alguna variante democrática, populista o autoritaria del Estado benefactor y su expresión jurídica: el constitucionalismo social.

(iii) Modelo constitucional de la Democracia Social y de partidos

El Estado Benefactor (de Bienestar, Social o Providente) latinoamericano comienza a perfilarse en la segunda década del siglo XX. Su irrupción más potente, sin duda, se manifiesta por medio del régimen mexicano que depone a Porfirio Díaz e instaura el constitucionalismo social (Carta de 1917). En clave evolucionista, este modelo comienza a abrirse paso con los triunfos electorales de Hipólito Yrigoyen en Argentina (1916) y de Arturo Alessandri en Chile (1920). Desde un punto de vista normativo, este proyecto social se plasmará, entre otras, en la Constitución política chilena de 1925.

Con orígenes más tardíos, y quizás por eso más tumultuosos, este modelo se desarrollará también en variantes nacionalistas, populistas y corporativistas (por ejemplo, el Estado Novo brasileño en 1930, el peronismo en la Argentina de 1946 y el Movimiento Nacionalista Revolucionario en la Bolivia de 1952).

Un elemento característico de esta etapa del desarrollo institucional de las democracias latinoamericanas es la centralidad de los partidos políticos. Estos dejan de ser la expresión electoral de una pequeña elite y pasan a ser poderosas maquina-

rias que, movilizándolo a vastos sectores del país, se proponen emprender ambiciosas reformas del Estado y la sociedad (justicialistas argentinos y el APRA en Perú). En otros países, los partidos políticos están en condiciones de pactar un verdadero cogobierno que ponga fin a la violencia política. Es el caso de la alternancia pactada (Frente Nacional) con que liberales y conservadores colombianos se turnan en la presidencia entre 1958 y 1974, y del “Pacto de Punto Fijo” por el cual se reparten el poder en la Venezuela después de 1958 Acción Democrática, COPEI y la URD.

Los nuevos aires de los años sesenta sacudirán los cimientos de este modelo. La radicalización de las demandas sociales, los coletazos regionales de la guerra fría, el fenómeno de la insurgencia y las crisis del petróleo y de la deuda externa afectarán la estabilidad de estas democracias. La incapacidad del Estado benefactor para derrotar la inflación o para superar la miseria del continente, terminan por poner en tela de juicio la legitimidad de estos ordenamientos constitucionales.

(iv) Modelo constitucional del Estado de la Seguridad Nacional

En el curso de solo diez años, entre 1963 y 1973, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay verán interrumpirse su desarrollo democrático. Los militares instalarán modelos estatales que, aun cuando tienen particularidades, presentan un conjunto de aspectos comunes: supresión, o severa limitación, de la actividad partidista, férreo anticomunismo, adopción de la “doctrina de seguridad nacional” y dirección castrense de la acción gubernativa.

Algunas de estas dictaduras militares van a introducir reformas significativas en sus ordenamientos constitucionales, sin llegar, en todo caso, a la sustitución formal y completa de los textos históricos. Así, por ejemplo, en el caso de Argentina, las Juntas Militares van a imponer en 1966 los Estatutos de la Revolución Argentina, en 1972 la reforma de la Revolución y en 1976 los instrumentos constitucionales del proceso de Reorganización Nacional. Paralelamente, sin embargo, se mantiene, al menos en el papel, la vigencia de la histórica Constitución de 1853. Algo parecido ocurre con los dictadores peruanos que nunca van a derogar formalmente las Constitución de 1933.

En otros casos, las dictaduras castrenses van a intentar una refundación constitucional más ambiciosa. En esa línea, en 1980 los militares uruguayos llamaron a un plebiscito para reemplazar la Constitución de 1967. Para su sorpresa, el voto No obtuvo un triunfo rotundo. Los militares brasileños y chilenos, en

cambio, se las arreglaron para imponer nuevos textos constitucionales. Es el caso de la Constitución brasileña de 1967 (reformada en 1969) y la de Chile de 1980, ambas consagrando un peculiar tipo de “democracia” tutelada.

(v) Modelo constitucional del Estado de derecho democrático y ciudadano

Así como la democracia se había perdido en una década, tomó también un decenio para que ella volviera al subcontinente¹. Perú elige democráticamente una Asamblea Constituyente en 1978; Ecuador tiene comicios libres en 1979; en Bolivia se recupera la democracia en 1982; Argentina celebra elecciones en 1983; Uruguay en 1984; Brasil en 1985; Chile, finalmente, volvería a la democracia en marzo de 1990.

En algunos países la recuperación democrática coincide con la entrada en vigencia de una nueva Carta Fundamental. Es el caso de las Constituciones de Ecuador (1978), Perú (1979) y Brasil (1988). En Argentina y Uruguay se opta, más bien, por dejar sin efecto las normas especiales de las Juntas Militares.

La situación de Chile es especial. Mucho le ha costado a la coalición democratizadora –Concertación desde 1990 y Nueva Mayoría desde 2013– retirar de la Carta Fundamental sus componentes autoritarios. A diferencia de lo que había ocurrido en otros países, las fuerzas que habían dado sustento a la dictadura cívico-militar siguen teniendo un grado de poder que les permite retardar las reformas que piden las mayorías. Sin perjuicio de lo anterior, en 2005 se logró eliminar la institución de los senadores designados, terminar con la inamovilidad de los Comandantes en Jefe y quitar autonomía al Consejo de Seguridad Nacional. No obstante, el hecho de que quedaran pendientes asuntos importantes como el sistema electoral y el sistema de quórum para las leyes, unido a la circunstancia de existir un cuestionamiento a la manera desequilibrada en que la Constitución reconoce los derechos, hace que Chile no haya logrado consolidar todavía su modelo constitucional. Esto explica, me parece, la presión por una “Nueva Constitución”².

¹ Sobre el estado de la democracia en nuestra América Latina, véase especialmente Rouquié 2011; Soto y Schmidt 2008; y Walker 2009.

² El tema, por supuesto, es mucho más complejo. Para un desarrollo de mis ideas, remito a Zapata 2014.

Lo que ha ocurrido, entonces, es que estas resucitadas democracias han restaurado, o están en vías de restaurar, muchos de los principios y órganos constitucionales vigentes antes de la oleada de golpes de Estado. Desde ese punto de vista, entonces, alguien podría pensar que se trata simplemente de la resurrección del modelo que hemos denominado de “Democracia social y de partidos”. No obstante, hay que considerar que desde 1990 en adelante varios de estos regímenes han aprobado cambios constitucionales que implican algún tipo de novedad importante respecto del pasado democrático. En esa línea se inscriben, por ejemplo, las enmiendas que potencian la justicia constitucional, las que garantizan la autonomía de la persecución criminal, las que intentan racionalizar la actividad partidista y aquellas que profundizan la descentralización política. Representativas de estas nuevas tendencias son la Constitución Colombiana de 1991, algunos de los contenidos del Pacto de Olivos argentino de 1994, la ya citada reforma chilena de 2005 y los esfuerzos de Brasil por regular el “transfuguismo” (2007).

Estaríamos, entonces, ante la irrupción de un nuevo modelo, el “Estado de Derecho democrático y ciudadano”, que se preocupa de reforzar el *Rule of Law*, asegurar la independencia de los jueces e intentar reequilibrar la relación Ejecutivo-Parlamento. Lo ocurrido en Chile, pese a las limitaciones a que aludíamos más arriba, es indicativo de esta tendencia. Así, mientras toda América Latina se movía en la dirección de ampliar los períodos presidenciales y permitir la reelección, el constituyente chileno de 2005 reduce dicho mandato de seis a cuatro años, manteniendo la prohibición de la reelección inmediata (que data de 1870). Si bien es cierto que esta fórmula sigue asignando un papel central a los partidos políticos, ello no obsta a que se promuevan, al mismo tiempo, otros espacios institucionales (Bancos Centrales autónomos, Servicio Civil, Consejo para la Transparencia, poder municipal, etc.).

(vi) Modelo constitucional de la Democracia Plebiscitaria

En la génesis de este modelo se encuentra el fracaso estrepitoso de una cierta manera de resolver los problemas sociales. Nos referimos a la combinación de clases políticas cerradas y excluyentes, manejo meramente tecnocrático de la política económica y proliferación de la corrupción. Fueron precisamente esos tres factores los que trajeron como consecuencia que en Venezuela, Ecuador y

Bolivia se produjera el desplome de la vieja forma de gobernar que, en el esquema de más arriba, se ha denominado modelo de democracia social y de partidos. En los tres casos indicados se repiten, en efecto, ciertas constantes.

En los tres países mencionados, el protagonismo de la política había terminado siendo monopolizado por individuos y grupos que aparecían “turnándose” la administración del poder, sin dar espacio para nuevos actores. La Venezuela de 1990 seguía dominada por Carlos Andrés Pérez y Rafael Caldera, los mismos líderes que se disputaban el poder a mediados de los 60. Ecuador parecía congelado en la lucha entre el socialcristianismo de Febres Cordero y el populismo de los Bucaram. En Bolivia, el viejo Banzer seguía disputando el poder a los herederos del también viejo Movimiento Nacionalista Revolucionario. Aparentemente, todo seguía igual. Pero, lo sabemos ahora, ello no era así.

En los tres países, el inicio del cambio político coincide, además, con el intento de imponer bruscos ajustes económicos de corte liberal. Y así como parecen haber buenas razones para pensar que siempre será difícil que una democracia pobre apoye y/o soporte políticas tipo “Consenso de Washington”, con mayor razón cabe afirmar que cualquier intento en ese sentido necesita apoyarse en grandes consensos sociales y políticos. Pues bien, ni Carlos Andrés Pérez en enero de 1989, ni Jamil Mahuad a fines de 1999, ni Banzer en 2000, o Sánchez de Lozada en 2003 contaron con dicha base de apoyo. En ese sentido, las protestas multitudinarias, el destape violento de una rabia largamente contenida y la subsiguiente violenta represión policial pusieron la lápida no solo a los gobiernos respectivos, sino que al tipo de gobernabilidad que representaban.

La corrupción es un viejo enemigo de las democracias sudamericanas. A fines de los 80, sin embargo, pareció adquirir un alcance nunca antes visto. Tal vez más que de un aumento del fenómeno, lo que ocurre es que ha surgido, en la ciudadanía y en los medios, un mayor nivel de conciencia. El punto es que la demanda por probidad pública se transformaría en un asunto crucial del debate político. En este sentido, por ejemplo, la destitución de Collor de Mello en Brasil constituye un verdadero hito.

Estaban dadas las condiciones, qué duda cabe, para liderazgos populistas. Si el populismo ha sido definido como una ideología que ve el conflicto político como la lucha épica de “un pueblo virtuoso y homogéneo contra unas elites y ‘otros’ peligros que se han confabulado para privar a este pueblo soberano de sus derechos, valores, prosperidad, identidad y voz”, no hay duda de que el compo-

nente populista ha sido central en el éxito inicial de Chávez, Correa y Morales (Albertazzi y McDonnell 2007)³.

Lo interesante, para efectos de esta ponencia, es que estos tres líderes se propusieron, desde muy temprano, que los esfuerzos de “regeneración” que ellos entienden estar dirigiendo no se agotaran en una práctica gubernamental distinta, sino que, además, se plasmaran en nuevos textos constitucionales. Así fue, entonces, que surgieron las Constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009.

Estas tres Constituciones presentan importantes similitudes, que son las que justifican, por lo demás, agruparlas bajo el rótulo de “democracias plebiscitarias”. No obstante, sería incorrecto señalar que son iguales. Del mismo modo, me parece un error desconocer las importantes diferencias que presentan los liderazgos de Chávez (Maduro), Correa y Morales y los procesos políticos que ellos desatan.

Cinco serían, en mi opinión, los rasgos centrales de la estructura de estos Estados: a) fuerte poder presidencial; b) debilitamiento del Parlamento y los partidos políticos; c) concentración de la función jurisdiccional en Súper Tribunales; d) introducción de mecanismos plebiscitarios como el referéndum revocatorio de leyes y de mandatos electivos; y e) fuerte reconocimiento de los derechos sociales y colectivos.

El hecho, en todo caso, es que estas “democracias plebiscitarias” se han transformado en una especie de bandera o paradigma para una parte de la izquierda latinoamericana. Como contrapartida, los sectores conservadores del subcontinente las demonizan como sinónimo o antesala del totalitarismo más peligroso⁴.

De acuerdo con nuestro análisis, entonces, dos serían los modelos constitucionales que se disputan la hegemonía en la Sudamérica de principios del siglo XXI: el “Estado de Derecho democrático y ciudadano” y la “democracia plebiscitaria”. Es verdad, por supuesto, que sigue muy presente la alternativa autoritaria de cuño conservador; pero, hablando estrictamente, este último no es un modelo que se defienda como tal. Se trata, más bien, de la respuesta brutalmente

³ Nótese, en todo caso, que el libro editado por Albertazzi y McDonnell tiene por subtítulo “The Spectre of Western European Democracy”. Su foco no es Chávez ni Evo Morales, sino que Berlusconi y Jean Marie Le Pen.

⁴ En cuanto a mi opinión sobre el modelo de la Democracia Plebiscitaria, véase mi *Ideas para el Debate Constitucional* (Ediciones Universidad Diego Portales, 2014, en prensa).

fáctica con que las clases adineradas, y a veces las clases medias, pueden reaccionar ante situaciones de amenaza (violencia guerrillera, clima revolucionario, etc.)⁵.



⁵ Analizando la situación constitucional en América Latina hacia 2010, luego de dos décadas de recuperación de la democracia, Javier Couso identifica dos nuevos modelos emergentes. A uno lo denomina “democracia radical”, caracterizado por la reaparición de líderes carismáticos que están dispuestos a saltarse las formas constitucionales para lograr sus objetivos. “Dependiendo de las circunstancias –dice Couso– este tipo de populismo adquiere cariz de izquierda o de derecha. Así, cuando la sociedad de que se trate está enfrentando una crisis de orden y seguridad (como ocurrió en Perú y en Colombia), el modelo adquiere un matiz conservador, satisfaciendo, por decirlo de alguna manera, la pulsión “hobbesiana” de la población. Por otra parte, cuando la sociedad de que se trate goza de niveles razonables de orden y seguridad, pero está marcada por la desigualdad y la exclusión, surgen líderes que prometen una rápida redistribución, aunque ello signifique sacrificar otros valores constitucionales”. Frente a este primer tipo de modelo, y “desde la orilla opuesta a este tipo de modelos iliberales”, Couso considera que la más interesante propuesta ha sido la propiciada por el llamado “neoconstitucionalismo” que, según él, estaría caracterizado por la eficacia directa y la justiciabilidad del más completo catálogo de derechos constitucionales concebible de acuerdo con esta aproximación al problema. “Solo este tipo de estado de derecho “reforzado” e implementado además por jueces progresistas imbuidos de los valores y principios del estado social de derecho, logrará que la empobrecida democracia latinoamericana esté a la altura de las enormes expectativas que hemos depositado en ella” (Couso 2010, pp. 33-47). El diagnóstico de Couso me parece muy interesante. No obstante, creo que existen buenos argumentos para no considerar a Fujimori y a Chávez como parte de un mismo grupo. Por otra parte, pienso que el “neoconstitucionalismo”, más que un modelo de estructura política, es un término que describe a un heterogéneo conjunto de visiones sobre la relación entre la Constitución y el resto del sistema jurídico, perspectivas que, por lo demás, pueden convivir con fórmulas ideológicas muy diversas.

Sesión 4

9 de junio de 2014

L. Sierra: Buenas tardes. Empezamos nuestra cuarta sesión. Hoy será la primera sesión sobre estructura del Estado, cuya relación está a cargo de Patricio Zapata, quien tiene la palabra.

P. Zapata: Traté que el texto que acompaña esta relación no tuviera tantos juicios de valor y que fuera más bien una motivación. No era fácil, creo yo, encontrar un temario para estructura del Estado, que no significara invadir régimen político y entrar directamente a discutir las relaciones entre Gobierno y Parlamento, o que tampoco significara hacer un detalle órgano por órgano, con sus fortalezas y debilidades. Entonces, propuse lo siguiente: partir hoy con una mirada más general, viendo cómo se están articulando o pueden articularse ciertos elementos muy claves del Estado, y dejar para la próxima sesión los temas de partidos políticos, sistema electoral, descentralización política y justicia constitucional (probablemente dándoles mayor énfasis a los dos puntos finales).

Mi idea es tratar de ver cuánto de lo que discutimos hoy escapa absolutamente a nuestras fronteras. A veces pareciera que nuestras discusiones están marcadas, de principio a fin, por lo que dijo o no dijo, escribió o no escribió, Jaime Guzmán, o la Concertación en la negociación de 1989, o la UDI y Renovación Nacional. Como si eso explicara y agotara los problemas constitucionales que tendríamos que abordar, pensando en una nueva Constitución. Por tanto, en este texto se hace una mirada sumaria y básica a lo que ha pasado y está pasando en Sudamérica.

Me parece que una vez que se produjo la caída de los Estados de bienestar, que se caracterizaban, en nuestro continente, por el protagonismo de los partidos políticos como cuestión central, y una vez que se producen los retornos a la democracia, uno podría decir que surge un nuevo modelo que, en algún sentido, es una recuperación de instituciones propias de la primera mitad del siglo XX. Hay

restauración, en mayor o menor medida, en Brasil, en Perú y en Argentina. Pero también hay elementos novedosos, ya que, por ejemplo, estas democracias hacen, para bien o para mal, una apuesta por la descentralización; algo que no era muy importante en 1930 o 1940. Asimismo, estas democracias reconocen Tribunales Constitucionales muy fuertes; algunas de ellas habían tenido Tribunales antes de las caídas de las democracias, pero aquí aparecen Tribunales fuertes, con autonomía del Poder Judicial y reglas de transparencia. Uno podría vislumbrar, por ejemplo, el conjunto de acuerdos del Presidente Menem con Raúl Alfonsín, que incluyó la ampliación del catálogo de derechos, poniendo los derechos constitucionales internos en sintonía con los derechos del Sistema Interamericano. Por tanto, se podría decir que se iba armando un modelo, cuyo *peak* no desafiado se dio entre 1994 y 1996. Luego, surge una alternativa a este modelo. Algunos hablan de democracias radicales, democracias plebiscitarias o, los más críticos dirían, democracias iliberales. Aun cuando efectivamente hay diferencias bien significativas entre los textos constitucionales de Venezuela, de Bolivia y de Ecuador (los procesos políticos son distintos), creo que no es injusto ni absurdo tratarlos como un modelo. Así lo han entendido también las doctrinas extranjeras, como la española y las latinoamericanas.

Me parece que vale la pena hacer una discusión de nueva Constitución y de la estructura del Estado intentando seriamente mirar qué es lo que nos dicen estas experiencias y qué es lo que nos plantea esta disyuntiva, para discutir, por último, si es una falsa disyuntiva o si es un constructo ideologizado que busca satanizar. Creo que uno también podría hacer un esfuerzo de ver un poco lo que ha pasado, con una temporalidad un poquito rezagada o desfasada, en Europa, donde hay ciertos elementos también comunes. El año 2007, Pierre Rosanvallon escribió un libro llamado *La legitimidad democrática* (Rosanvallon 2009), donde hace un diagnóstico y habla de una crisis de la legitimidad democrática tradicional, del sufragio universal y la representación democrática clásica, y releva tres conceptos, asociando cada uno de ellos a instituciones estatales que estarían configurándose en nuevos factores o etapas superiores de legitimidad. Él habla de imparcialidad, reflexividad y proximidad. Cuando se refiere a imparcialidad está pensando en agencias públicas autónomas, administración con servicios públicos y en alta dirección pública. Cuando habla de reflexividad está pensando en justicia constitucional, en Tribunales Constitucionales, en el aporte que pueden hacer a la legitimidad democrática, y, aunque no lo menciona, uno siente un

aroma habermasiano de cómo un Tribunal Constitucional puede constituirse en un elemento perfeccionador de la deliberación y del debate público, y contribuir a la legitimidad democrática. Por proximidad, sorprendentemente, no se refiere tanto a participación directa, sino que se refiere a la técnica por medio de la que las dirigencias políticas pueden establecer una relación de mayor confianza con el ciudadano. Este libro, Rosanvallon lo terminó a fines del 2007, el mismo año en que Francia hizo reformas constitucionales, un poco en la línea de lo que él estaba escribiendo: se le dieron más facultades al Consejo (siendo probablemente la última vez en la historia en que se le dan más atribuciones a un Tribunal Constitucional), ajustaron el mandato del presidente a cinco años, hicieron reformas en materia regional, con grandes expectativas. Y qué pasó después: a principios del 2008 se hacen sentir con muchísima fuerza las consecuencias de la crisis económica en todo el continente europeo. Por tanto, países que discutían estas cosas con un desempleo de ocho o nueve por ciento, lo discuten ahora con un desempleo de veinte o veinticinco por ciento. Además, se dio una crisis en la confianza de los ciudadanos respecto de sus instituciones, ya que ven cómo los parlamentarios aprueban subsidios y subvenciones para la banca y, paralelamente, recortan beneficios sociales, subsidios, subvenciones y planes de salud. Desde entonces probablemente no ha vuelto a hablarse, en la discusión institucional europea, ni de imparcialidad, ni de reflexividad, ni de proximidad, sino que se ha hablado mucho más de participación directa –una radicalidad–. Sobre esto hay un libro muy interesante llamado *Un largo termidor* (Pisarello 2012), que forma parte de un género completo de literatura en que se plantea un cuestionamiento a la captura de la democracia por franjas o capas tecnocráticas. Este debate no es demasiado distinto al que se vivió en 1999 en Venezuela, el 2008 en Ecuador o el 2009 en Bolivia. Por eso no puede extrañar que se haya producido una cierta convergencia simbiótica entre profesores españoles y franceses, que visitan nuestro continente y vuelven entusiasmados hablando de lo que representan estas experiencias constitucionales, como una recuperación de un cierto radicalismo democrático.

Cuando hablamos de estructura del Estado, y el diccionario señala que una “estructura” es un armazón o una armadura (lo que no es exactamente lo mismo), creo que uno podría, a partir de esa distinción, decir que hay quienes ven la Constitución como una armadura –como un exoesqueleto para proteger el cuerpo de ciertos enemigos– y hay quienes ven la Constitución como un armazón o un esqueleto propiamente tal –que articula, pero que permite y

desarrolla una musculatura exterior—. Estructura del Estado tiene entonces que ver con las partes y piezas principales: nuestros Presidentes y sus relaciones con la ciudadanía, el Parlamento, la posibilidad que haya revocación de mandato de unos y de otros.

La revocación de mandatos es un desafío que nos lanza este nuevo constitucionalismo, como una variante flexibilizadora del presidencialismo. Además, la concentración en los poderes judiciales es una cuestión bastante sorprendente, ya que estos tres modelos constitucionales robustecen, en la cúspide de sus sistemas judiciales, a los Tribunales Constitucionales. Esto no necesariamente los hace más independientes, sino que los ha expuesto a la posibilidad de captura por parte del poder político, incluso cuando se decide elegir democráticamente a los miembros de la Corte Suprema, como en Bolivia. Los partidos políticos aparecen, francamente, puestos en una situación de desmedro, en comparación con la situación que tenían en la legislación y en las Constituciones de los años 1950 y 1960. Además, los movimientos sociales aparecen en una posición equivalente a los partidos políticos en varios de estos ordenamientos constitucionales.

Entonces, creo que estructura del Estado, en el momento actual, significa discutir estas alternativas; hacernos cargo y tratar de hacer el esfuerzo más allá de lo que podríamos llamar una demonización fácil y sencilla. Me parece que lo lógico, si uno quiere hacer un esfuerzo maduro y serio, es mirar qué cosas se pueden aprender y, por último, si nada pudiera rescatarse de dichas instituciones, si alguien pensara que no hay nada valioso en esos tres textos constitucionales o en lo que está planteando el movimiento Podemos en España o los ex indignados, ver qué puede aprenderse de los fenómenos que condujeron a un cierto estado de cosas de crisis de modelos constitucionales.

L. Sierra: Muy bien, Patricio, gracias. Como señaló el profesor Zapata, les propongo adoptar un procedimiento parecido a lo que hicimos en derechos constitucionales: ir perfilando cuestiones generales para, en la próxima sesión, abocarnos a puntos más específicos. Pablo Ruiz-Tagle.

P. Ruiz-Tagle: Me llama poderosamente la atención que, en el texto de Patricio [Zapata], hay un intento de clasificación de lo que es difícilmente clasificable, como son los modelos autoritarios en sus distintas versiones, y yo no sé si me he equivocado, pero no veo ahí la palabra centralismo. Si vamos a hablar del Estado en Latinoamérica, desde las tesis de Claudio Véliz (Véliz 1980) debemos hablar desde la realidad actual donde el país se gobierna desde Teatinos 120, desde

el Ministerio de Hacienda, y donde hay una tecnocracia que no le rinde cuentas a nadie, tanto en los gobiernos de la Concertación y de la derecha, y que persiste desde Pinochet. El centralismo es crucial y yo no sé si Patricio [Zapata] no lo menciona porque le gusta, porque se siente cómodo con él, o porque quiere que abordemos otros temas. La lógica de la descentralización se da bajo el supuesto de que en Latinoamérica el centralismo se ha ido acentuando cada vez más y es cada vez más invasivo y vergonzoso. Creo que si vamos a hablar sobre reforma constitucional deberíamos centrarnos, más que en esta valiosa comparación de ciencia política latinoamericana, en una explicación de que si, por ejemplo, vamos a hablar de los partidos políticos, qué está pasando con los partidos políticos en Chile en relación con el Estado: ¿representan a los movimientos sociales? Esas son las preguntas que yo me habría hecho. Respecto del sistema electoral, si ya se está discutiendo en el Congreso una propuesta para cambiar el sistema electoral, no creo que encontraremos en la experiencia latinoamericana de ciencia política algo que nos pueda ayudar mucho sobre esta materia. Creo que en esto Chile tiene cosas que se pueden rescatar y la pregunta, en términos electorales, es si va a haber un cambio al sistema electoral y si ese cambio debe hacerse antes, durante o después de una nueva Constitución.

Respecto de la descentralización, Juan Carlos Ferrada elaboró un material que fue parte del documento central, con las críticas del resto de los integrantes de la Comisión de Nueva Constitución, donde la gran discusión que tuvimos fue si lo que se pensaba era transferir poder efectivo a las regiones y comunas, o seguir en este modelo centralista, en el cual se les transfiere un poder que es fácilmente rescatable por el poder central, y por Teatinos 120. Es decir, si es un poder del tipo de establecer fondos para que las regiones y municipios participen, pero tienen que mandar un proyecto al gobierno central. Pero la verdad es que en las regiones no hay capacidad técnica para hacer proyectos, por lo que se transforman en avioncitos que van a los tarros de basura de los ministerios correspondientes. Entonces, hay una especie de discurso tecnocrático de la descentralización, pero el poder no se transfiere efectivamente –transferir competencias siempre que estas pudieran retornar al centro político–. Por lo tanto, la idea es cómo construir un sistema que efectivamente tenga un poder local o regional, sin que esto signifique que pasemos a ser un país como Argentina, es decir, que haya control fiscal y que existan clases profesionales. Nosotros hicimos una propuesta que tuvo diferencias en algunas cuestiones y no tuvo unanimidad.

La gran pregunta que yo me haría es si los integrantes de estas reuniones creemos que es necesaria una nueva Constitución. A mí me gustaría preguntarle a cada uno de ustedes que se pronuncie al respecto y, si son partidarios de hacer una nueva Constitución, en qué aspecto. Porque nosotros con Francisco Soto, Francisco Zúñiga, Francisco Figueroa y todos los que participamos en dicha comisión, tenemos una tesis. Pero no es la idea que nosotros nos pongamos a decir sí o no, así como el pueblo romano: esto me gusta y esto no. Por ejemplo, Jorge [Correa] ha propuesto borrar ciertas partes de la Constitución en materia de derechos, pero me gustaría saber qué partes propone borrar, porque quizás yo podría estar de acuerdo con él. No creo que los que estábamos trabajando en la Nueva Mayoría debamos venir a rendir examen frente a un montón de personas escépticas que ni siquiera se pronuncian sobre su compromiso y su idea de hacer un cambio constitucional o no.

Creo que sería mucho más positivo, y esta es la oportunidad, que los que están contentos con la estructura del Estado que tenemos en Chile, se pronuncien y la defiendan claramente. Pero no nos llenemos de filigrana académica, de técnicas y de teorías. Por ejemplo, Antonio Bascuñán legítimamente preguntaba en una sesión anterior cuál es el modelo que tuvimos para hacer nuestras propuestas de reforma constitucional. La respuesta es que no hay un modelo, sino que hemos tenido en cuenta la historia constitucional, los tratados de derechos humanos y los ejemplos de países más avanzados. Me gustaría preguntarle a Antonio [Bascuñán], que desgraciadamente no está aquí, cuál es su modelo. De forma que, cuando hagamos una pregunta, cada uno de nosotros haga el ejercicio de ser, como dice John Rawls, *fair*, cándido: decir dónde estamos parados y hasta dónde queremos llegar en este punto. Creo que eso nos puede hacer avanzar significativamente.

La Constitución no es para nosotros, no es para los profesores de derecho constitucional, no es para los asesores, operadores y consejeros políticos; es para la República de Chile, es para todos. Creo que eso exige que nos pongamos, como dice Rawls, en una situación de velo de ignorancia (Rawls 1971). Cada uno de nosotros debe decir si está en nuestras convicciones cambiar la Constitución, con esas convicciones racionalizadas y explicadas a los demás con una cierta candidez intelectual, diciendo “mira, estos son los problemas de la Constitución”. Yo no sé si lo que estoy diciendo es muy ajeno al espíritu de estas reuniones porque me vengo incorporando ahora, pero quería decirlo porque he leído algunos de los documentos.

L. Sierra: Gracias, Pablo Ruiz-Tagle. He tomado notas de tus preguntas y creo que las más fundamentales las vamos a tocar en la última sesión. Algunas, sobre potestad constituyente, se tocaron en la primera sesión, pero las retomaremos.

Para esta reunión les propongo que dividamos este gran esqueleto, que proponía Patricio [Zapata], en dos grandes enfoques. El primero se refiere a los órganos en la Constitución; cuál es su arquitectura. Las constituciones chilenas han venido sufriendo una inflación orgánica constitucional: la Constitución de 1828 tenía otros cuatro órganos adicionales a los tres poderes tradicionales (Legislativo, Gobierno y Judicatura), hoy la Constitución tiene diez órganos adicionales. Lo segundo tiene que ver con la distribución geográfica del poder: centralización y descentralización.

Luis Cordero tiene la palabra.

L. Cordero: Yo no sé necesariamente si la distribución que tú planteas, Lucas [Sierra], es fiel a todo lo que se quiere discutir, porque, por ejemplo, si bien en el texto está planteado algo sobre qué órganos deberían estar en la Constitución, eso es una cosa distinta a discutir cuál debiera ser la estructura del Poder Judicial. Lo mismo pasa en el caso del Gobierno: una cosa es discutir sobre la estructura de gobierno, y otra cosa distinta es qué órganos de gobierno van a estar en la Constitución. Quiero decir esto para efecto de la discusión y porque me parece metodológicamente conveniente discriminar por la propia estructura que se ha planteado.

Quiero plantear un par de cuestiones desde lo que yo trabajo, que es como el lado oscuro de la luna. Habitualmente a los profesores de derecho constitucional no les gusta ver ese lado, que en derecho administrativo tiene que ver con la administración presupuestaria, y que en parte responde a la pregunta de por qué Teatinos 120 tiene el poder que tiene. Creo que esto es muy relevante por dos motivos centrales que atraviesan esta discusión. Mirado desde el punto de vista del presidencialismo chileno, una de las cuestiones que potencia ese presidencialismo es qué políticas relevantes debe adoptar el Gobierno o qué competencias tiene que inhiben la intervención del Congreso. Esa es una discusión que resolvió la Constitución de 1925, después de la reforma en la década de 1940, donde se dijo: sí a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de gastos, cortando una llave de paso muy fuerte que había en materia de creación de organismos públicos, y lo que hizo es ir progresivamente verticalizando el poder del Presidente en materia presupuestaria. Esto se ve muy gráficamente en la Constitución de 1980 y además está complementada por el Decreto Ley Orgánico

N° 1263, sobre la administración financiera del Estado, que desconoce la existencia de poderes públicos en la Ley de Presupuestos. Esto es muy relevante porque lo que ha pasado es que se han “administrativizado” las competencias públicas y, por tanto, quien termina administrando realmente la política pública termina siendo la Ley de Presupuestos. De hecho, dicha ley termina transformándose en el principal instrumento de control que tiene el Parlamento sobre el Gobierno y los instrumentos clásicos del control dejan de ser útiles. Por ejemplo, lo que tuvo que resolver el Tribunal Constitucional en la primera parte del Gobierno del Presidente Piñera, fue si acaso las promesas de campaña o las promesas del Presidente pueden incorporarse como glosas en la Ley de Presupuestos.

Digo esto, porque lo que en mi opinión pareciera que es imposible resolver adecuadamente en el caso chileno, es la manera como se distribuye el poder a nivel regional. Uno puede hacer la retórica de la descentralización —y yo no conozco prácticamente nadie que no tenga esa retórica en los programas de gobierno—, pero otra cosa distinta es hasta dónde es posible construirlo normativamente. La retórica de la descentralización fue la retórica de la Constitución de 1925, que nunca se implementó por distintos tipos de razones (entre otras, en mi opinión, por el incentivo al presidencialismo). En segundo lugar, creo que es conveniente no olvidar que la Constitución de 1980, sobre todo después de la reforma de 1991 con la creación de los Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, permitió explícitamente la transferencia de competencias del gobierno central a los Gobiernos Regionales y, sin embargo, no se hizo cargo de aquella parte de la explicación que tiene que ver con la gestión del presupuesto.

La segunda experiencia que también es traumática en el caso chileno es la de la administración local. Las municipalidades tienen autonomía constitucional, sin embargo esa autonomía no funciona, o funciona bien en algunas cosas, y funciona muy mal en otras, incluyendo la gestión del presupuesto. Digo esto por dos motivos: el primero, porque me parece que buena parte de cuánta estructura uno quiere discutir en la Constitución tiene que ver con el rol protagónico en la gestión que hace el Gobierno de la Ley de Presupuestos. El segundo motivo tiene que ver con la experiencia de la inflación, o la demanda que generan los órganos por tener autonomías constitucionales en la Constitución, que es consecuencia del verticalismo. Es decir, cada una de las instituciones que logran autonomía constitucional, triunfan. Esa discusión no es nueva en el constitucionalismo chileno y en el derecho administrativo chileno; fue exactamente la razón

que explica por qué en la Constitución de 1925 nos llenamos de organismos legalmente autónomos, que querían arrancar de las reglas comunes. De hecho, hasta no hace mucho tiempo muchos aprobaban que la Defensoría Penal Pública fuese autónoma constitucionalmente, y cuando uno abre la discusión del INE o de la Fiscalía Nacional Económica, se refiere a toda la discusión de qué es lo realmente autónomo y qué tiene que estar en la Constitución. Entonces, los incentivos del verticalismo en rigor son atomizar los poderes constitucionales autónomos, lo que tiene una serie de consecuencias y algunas de ellas me hacen sentido en lo que plantea Patricio [Zapata].

Creo que no es llegar y juzgar cómo es posible este aumento de organismos autónomos. La experiencia de los organismos autónomos es más o menos lo que ha pasado en distintas partes del mundo, pero lo que ocurre es que en otras partes la demanda de autonomía se logra con agencias independientes sin necesidad de llegar a la Constitución. Entre otras razones, porque no tienen dos disciplinas que son clave; una, el presupuesto y, dos, la Contraloría. Como la Contraloría califica todo lo que a nivel legal es autónomo, entonces la demanda por tener organismos constitucionalmente autónomos tiene que ver con el diseño de control y de disciplina del verticalismo del sistema presidencial chileno.

L. Sierra: Gracias, profesor Cordero. Rodolfo Figueroa.

R. Figueroa: Debido a que no quedó muy claro qué es lo que vamos a discutir, creo que tenemos que separar tres temas: primero, estructura y formas de Estado, donde los temas centrales son la distribución del poder funcional y territorialmente, y los problemas de centralización y descentralización; segundo, forma de gobierno, donde está el tema de equilibrio entre el Presidente y el Parlamento; y tercero, régimen político, donde los temas centrales son los derechos fundamentales (qué derecho y cómo hacerlos justiciables), justicia constitucional, participación política, partidos políticos y Estado de Derecho. Haciendo esa triple separación, si vemos el título del trabajo de Patricio Zapata, “Estructura del Estado”, no queda claro a cuál de los tres temas se refiere (si es a forma de Estado, forma de gobierno o régimen político). Creo que en buena medida los seis modelos que explica Patricio [Zapata] tienen que ver, en la mayoría de los casos, con régimen político; el tipo de democracia y cómo funciona ese gobierno democrático.

Sobre la propuesta metodológica que hace Lucas [Sierra] de ver los temas de descentralización y órgano del Estado, creo que no es satisfactoria. La segunda parte se puede discutir desde la perspectiva del régimen político, desde la óptica

de la forma de gobierno, o desde el punto de vista de la forma del Estado. Esto es importante porque la óptica va a condicionar completamente lo que uno va a discutir acerca de esos órganos. Entonces, creo que necesitamos un poco más de claridad respecto de cuáles son los temas que vamos a enfrentar.

L. Sierra: Gracias. Patricio Zapata.

P. Zapata: Era bastante obvio de qué íbamos a hablar cuando hablábamos de poder constituyente, era muy obvio de qué hablábamos cuando discutimos sobre los derechos, era bastante obvio de qué hablábamos cuando nos referimos a sistema político, presidencialismo o parlamentarismo. Pero lo que tenemos entre manos hoy es lo menos obvio. Efectivamente, admite un distinto abordaje, según las preferencias de cada uno o la temática que parezca más urgente. Así es que yo comparto la posición de Rodolfo [Figueroa]: sería muy importante que tomáramos una decisión para no hablar cada uno de lo que quiera. Podemos partir hoy día hablando de forma de Estado y centralismo, o podemos partir hablando de órganos autónomos y su explosión, o podríamos hablar del tema más general que yo he planteado para hoy. Cualquiera de las opciones es válida, pero las tres juntas van ser un charquicán.

L. Sierra: Gracias, Patricio. Efectivamente es difícil distinguir bien las materias de esta sesión con las materias de las dos últimas, que le tocan a José Francisco [García]. Nosotros vislumbramos en estas dos sesiones, bajo la idea de estructura del Estado, la arquitectura del Estado en la Constitución. Para las últimas dos sesiones sobre régimen político vislumbramos las dinámicas al interior de esa estructura, las relaciones recíprocas, la noción de forma de gobierno, y los pesos y contrapesos. Por tanto, para esta sesión vislumbramos la forma del Estado, con los dos polos: Estado unitario por una parte y Estado federal por la otra –y las variantes entre medio–, así como los órganos en la Constitución. Francisco Zúñiga tiene la palabra.

F. Zúñiga: Entiendo las precisiones de Rodolfo Figueroa y Pablo Ruiz-Tagle. Yo quiero sacar, de la esquematización que hace el profesor Zapata, un punto: mientras leía el documento de [Patricio] Zapata se me venía a la memoria el libro de Alain Rouquié *A la sombra de las dictaduras* (Rouquié 2011), porque muchas veces son los observadores externos quienes mejor miran nuestro continente. Creo que la crónica que [Patricio] Zapata resume es la crónica de un fracaso del Estado frente a la modernización capitalista. En la década de 1970, autores como Guillermo O'Donnell y Atilio Borón, por ejemplo, escribieron

sobre esta cuestión para tratar de explicar por qué la movilización capitalista de la década de 1960 (por vía ejemplar: migración campo-ciudad, reforma agraria, industrialización) no pudo ser resuelta desde el Estado y de los ordenamientos constitucionales, y se instauraron en América Latina, por lo menos en el caso argentino, brasileño y chileno, dictaduras que establecen un nuevo modelo de refundación autoritaria del capitalismo. Por tanto, hay un abordaje de la modernización del capitalismo inadecuada desde las Constituciones, tanto las de principio del siglo XX, como también, a mi juicio, la Constitución de 1980.

La Constitución de 1980 no da cuenta de la modernización capitalista que tenemos hoy, que paradójicamente lastra los problemas del crecimiento económico que esta modernización capitalista ha generado en nuestro país. Y puede que la Constitución, y el modelo de Estado que tiene –que es claramente heredero de una circunstancia histórica concreta– se transforme ya no solo en un exoesqueleto, sino que en un lastre. Probablemente lo que mejor deja en evidencia esto es el tratamiento que la Constitución hace de las autonomías constitucionales. Cuando lo razonable sería que estas fuesen simplemente administraciones institucionales, agencias independientes y no tener esta dificultad de tratar de manera distinta lo que son desde el punto de vista de su encasillamiento en el Estado. Este es un fenómeno recurrente, que lleva a que la Defensoría Penal Pública, el Consejo para la Transparencia, el Consejo Nacional de Televisión, reclamen tener autonomía constitucional. El refugio en una racionalidad tecnocrática que, a mi juicio, puesta en la Constitución no resuelve los problemas que el Estado debe enfrentar para dar cuenta de esta modernización capitalista y de un desarrollo inclusivo desde la perspectiva del capitalismo que tenemos.

De esa perspectiva, la introducción de [Patricio] Zapata al tema me parece muy adecuada. La configuración organizacional del Estado es como la isla del doctor Moreau, en que los mutantes son más que los seres normales. Hay más autonomías constitucionales que poderes públicos tradicionales. En palabras de Gargarella en la “sala de máquinas” del Estado se multiplican las “maquinitas” autónomas (Gargarella 2013). Creo que eso debe llevarnos a reflexionar acerca de si ese modelo de Estado mínimo con estas autonomías constitucionales aisladas, sometidas a una racionalidad puramente tecnocrática, es un modelo del Estado adecuado para hacer frente, no al socialismo del siglo XXI, sino a la modernización capitalista. Porque entiendo que naturalmente estamos muy lejos del modelo de democracia plebiscitaria de algunos países de este continente.

L. Sierra: Gracias, Francisco Zúñiga. Jorge Correa.

J. Correa: Quiero manifestarme partidario de lo que aquí se ha llamado el charquicán. Lo más valioso del texto de Patricio Zapata es que hace la pregunta de qué es lo que está crujiendo, de cuál es la crisis. La pregunta de Pablo Ruiz-Tagle era si somos o no partidarios de una nueva Constitución, mientras que la pregunta de Patricio [Zapata] es por qué surge la necesidad de una nueva Constitución; qué pasa en el mundo que hace tan popular la idea de una nueva Carta Fundamental. Patricio [Zapata] se hace la pregunta de para dónde va la micro, a cuáles desafíos la nueva Constitución tendría que responder.

Quisiera anotar seis temas que me surgen frente a esas preguntas. Comparto la visión de Patricio [Zapata], porque me parece a mí que está en el trasfondo de su texto que esas demandas insatisfechas, esas razones por las cuales cruje el Estado, la institucionalidad política y la Constitución, son algo todavía bastante informe y menos preciso que lo que serían la forma del Estado o la forma de gobierno. Me parece que lo que se reclama es más participación y control ciudadano (en su acepción más popular). En segundo lugar, se reclama más igualdad, más goce de derechos reclamables, particularmente derechos económicos y sociales. Si esto es así, me parece que hay seis desafíos que deberíamos resaltar, porque en torno a ellos podríamos reflexionar y hacer las propuestas.

El primero es el tema de la transparencia. No sé en cuál de las categorías entra, pero me parece que es un bien vital a la hora en que se reclama más participación, en contra de una democracia excesivamente elitista. La transparencia de los procesos partidarios puede ser vital para su credibilidad y legitimidad en el proceso democrático. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no parece suficiente la forma en que la transparencia está establecida en la Constitución, y, sobre todo, necesitamos reforzar los órganos que están más abajo de la Constitución. Con la Ley de Transparencia dimos un paso gigantesco, pero hay cosas que están cojeando y contribuyendo al desprestigio de procesos vitales y a la credibilidad en que descansa la democracia, especialmente en materia de financiamiento de campañas, relación en general entre dinero y política, y la vida interna de partidos.

Segundo: la necesidad de reforzar la representación, particularmente en el Congreso Nacional. En una democracia representativa la participación y el control ciudadano tienen su canal más natural en la representación del Congreso Nacional, al que es necesario volver a darle prestancia. Porque parte de la participación ciudadana tiene que canalizarse por allí.

Tercero: para la participación popular es indispensable la descentralización. En este punto, un problema muy central, como ha mencionado Pablo Ruiz-Tagle, es el de manejo de recursos. Una de las cuestiones más complejas es cómo descentralizamos de verdad, pero sin permitir el poder de endeudamiento de los órganos territorialmente descentralizados.

Cuarto: es necesario liberar la política del control o captura de las elites. Percibo un malestar popular en Chile, con la idea de que los ricos y los poderosos, los cultos, los profesores y los tecnócratas se apropiaron de la democracia por mucho tiempo y, por tanto, es necesario abrirla. Me parece que esa apertura se da en los debates políticos en los que aprecio cada vez más interés popular. En estos hay un tema de relación poder-política, poder económico y político, que es indispensable tratar a nivel o bien constitucional o bien de los partidos políticos para responder a las demandas de más y mejor democracia.

Quinto: el tema de la necesidad de suprimir las normas que, con la excusa de garantizar derechos, imponen un modelo. En el caso chileno, el modelo neoliberal, y particularmente el principio de subsidiariedad –lamento que no esté Arturo Fermandois aquí pues podría defenderlo–. Creo que ahí hay un problema con la Constitución chilena. Me parece que la política debe poder discutir con mucha más libertad sobre modelos económicos, sin que las garantías constitucionales impidan modelos distintos, perfectamente legítimos desde el punto de vista de los derechos clásicos a los que yo más adhiero.

Sexto: llevar o no a la Constitución los derechos económicos y sociales. Me parece que una incorporación poco cuidadosa de estos derechos se contrapone a la posibilidad de una política libre para determinar entre modelos.

L. Sierra: Gracias, Jorge. José Francisco García.

J. Francisco García: La invitación del profesor Patricio Zapata me parece atractiva, especialmente para reflexionar en torno a la naturaleza de los modelos de democracia que están en juego hoy día en el continente, en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano y de las llamadas democracias radicales. Así, cuando hablemos de república democrática en nuestro debate, será importante especificar la naturaleza de ese régimen democrático y qué implicancias institucionales tiene. Creo que efectivamente se ha erosionado el concepto de democracia representativa y en algunos sectores la idea de avanzar hacia una democracia plebiscitaria es vista con mucha simpatía.

Efectivamente, los autores españoles que han influido intelectualmente en los procesos constitucionales del continente han avanzado esas ideas. Curiosamente, lo anterior ha ido de la mano con un presidencialismo que se ha acentuado, ya que, por ejemplo, ha sido estándar promover la reelección indefnida del presidente en nuestro continente. Imagino que la Presidenta en ejercicio, cuando estemos en el debate constitucional, no va a proponer tal barbaridad; nos haría quedar mal. Pero muchos presidentes en ejercicio en el continente han buscado aumentar su periodo y sus poderes. Roberto Gargarella ha demostrado elocuentemente la tensión –o más bien la contradicción– del constitucionalismo progresista al buscar reformas democratizadoras por un lado, con una fuerte concentración del poder presidencial por el otro.

Junto con lo anterior, y en la línea de lo planteado por Jorge Correa, la pregunta siguiente es entonces cómo potenciamos la democracia representativa, cómo logramos que vuelva a tener vigor. Probablemente se discuta más adelante, pero tiene que ver con ciertas patologías que posee nuestra democracia y que impide que las mayorías puedan expresarse de manera más clara. Ello obviamente se conecta con el debate en torno al sistema electoral, debate que tiene por objeto, o debiese tener, reforzar nuestra democracia representativa. Yo creo que la democracia plebiscitaria es una mala solución al déficit que algunos perciben hoy en nuestra democracia representativa.

En segundo lugar, respecto del debate sobre el centralismo y la forma de Estado, creo que tenemos dos problemas metodológicos. El primero tiene que ver con las estrategias de descentralización. Si bien pareciera que todos estamos a favor de terminar con el centralismo y avanzar en descentralización, no estamos de acuerdo en la estrategia, en particular con las unidades de descentralización. Hay estrategias municipales por un lado, y hay estrategias regionales por el otro, las que, a mi juicio, tienden a ser más bien incoherentes. Me cuesta pensar en muchos bienes públicos regionales; me parece más fácil listar bienes públicos locales. Me cuesta pensar diferencias objetivas en términos de bienes públicos entre Rancagua y Talca, o Valdivia y Osorno. Para algunos hay diferencias profundas en los bienes públicos que ahí se generan, que ameritan transferencias de competencia diferentes a Osorno y a Valdivia; yo no creo. Entiendo que hay sentimientos identitarios valiosos que debemos respetar, pero de ello no tiene por qué derivarse una inflación de nuevas regiones.

Esto está vinculado a ciertos polos de poder político que estamos empezando a generar, por ejemplo, la elección directa de los Cores o, como se ha

venido anunciando desde la pasada campaña presidencial, la elección directa del intendente. Estamos ante decisiones que generan polos y un poder político descentralizado que crece de manera inorgánica. Es decir, sin siquiera habernos puesto de acuerdo en la estrategia de descentralización que vamos a seguir como país, ya estamos desintegrando el Estado unitario de manera inorgánica y sin mucho análisis y evidencia.

Finalmente, como tercer comentario, quisiera poner sobre la mesa la naturaleza contramayoritaria de buena parte de los órganos constitucionales autónomos. Cuando hablamos del Banco Central u otros órganos autónomos, tengamos claro las condiciones bajo las cuales entran al debate constitucional o a la Constitución, sea porque existe una suerte de *outsourcing* tecnocrático u otra razón. Pero hay que tenerlo claro, “con los ojos bien abiertos” –siguiendo la ya clásica frase de Patricio Zapata–, porque cuando empezamos a discutir los excesos de mecanismos contramayoritarios, miramos otro tipo de instituciones (por ejemplo, las LOC o el control de constitucionalidad del TC) y jamás pensamos en estas formas contramayoritarias.

L. Sierra: Gracias, profesor García. Pablo Ruiz-Tagle.

P. Ruiz-Tagle: Creo que los órganos autónomos pueden ser mirados inicialmente, como dijo recién José Francisco [García], como órganos contramayoritarios, pero la duda que habría que resolver es que si esa propuesta de crear órganos contramayoritarios es democrática o no. No digo que los órganos contramayoritarios por definición sean antidemocráticos, pero esa es la primera cuestión que yo me preguntaría. En un trabajo anterior, que usamos y discutimos en Océanos Azules, ofrecimos una clasificación de estos órganos autónomos en judiciales o no judiciales, y encuentro importante esta distinción. Inicialmente uno puede pensar que los órganos autónomos solo debilitan al Parlamento, pero parece también que algunos de ellos debilitan el poder del Presidente –justamente los que son tecnocráticos–. Lo digo porque en un artículo publicado en la Revista de Derecho Público, llegué a la conclusión de que debilitaban casi simultáneamente al Presidente y al Congreso (Ruiz-Tagle 2012). La pregunta es, entonces, para quién trabajan estos órganos autónomos. Y aquí viene de nuevo la cuestión de “Teatinos 120”, que incluso puede exceder el poder del Presidente. Yo no estoy de acuerdo con la tesis que le he escuchado a Francisco Zúñiga ahora y que se la he escuchado también a Carlos Peña, de que el problema constitucional es un problema de la modernización capitalista. Yo creo que el problema constitucional

es un problema de democracia en Chile, de más o menos democracia, y no tiene que ver con una lógica de una etapa del capitalismo.

Por otra parte, la explicación que ha dado Luis Cordero sobre la Ley de Presupuesto y la Contraloría, me hace mucho sentido, pero yo preguntaría: estos órganos autónomos que son tan numerosos y tienen tanto poder, ¿tendríamos que someterlos al Congreso o a un régimen de responsabilidad política coherente? Reiterando lo anterior, ¿de qué manera refuerzan el poder del Presidente y refuerzan este centralismo?

Sobre los puntos que ha ofrecido Jorge [Correa], creo que es difícil avanzar más a nivel constitucional en lo que es la norma de transparencia. Lo otro ya sería llevar, como han propuesto algunos, el Consejo de la Transparencia a la Constitución, cosa con la que yo no estaría de acuerdo. Si se trata de usar la goma de Jorge Correa, yo creo que algunos de estos órganos autónomos serían mis secciones favoritas para sacar de la Constitución. Los dejaría con una ley importante, pero que eventualmente queden con un sistema de responsabilidad y deban atenerse a lo que es la lógica del debate público democrático en el Congreso. Quizás hay que dejar el Tribunal Constitucional y la Contraloría, pero la reduciría sustancialmente en los poderes que tiene este ornitorrinco jurídico. Creo que la Contraloría es un defecto gigantesco en nuestro sistema político, una especie de “Triángulo de las Bermudas”. La propuesta nuestra en la Nueva Mayoría va en la línea de tener un órgano que sea dirigido por un órgano colectivo, y que no tengamos más esta institución que decide, con todo este sistema de justicia especializada administrativa que se ha ido desarrollando. Carlos Carmona ha contado diecisiete tribunales especiales, lo que los españoles llaman tribunales administrativos, no tribunales de lo contencioso administrativo. Quizás habría que pensar en tener una lógica de tribunal administrativo contencioso, como una excepción, o un sistema más parecido al español, y que la Contraloría se dedique en parte a lo que quería la Misión Kemmerer, que era controlar el presupuesto y hacer una tarea más racional, pero no tener a su cargo, por ejemplo, los tribunales de cuentas.

Entonces, la estructura de nuestro Estado, en este centralismo y dispersión, es tremendamente confusa. Inicialmente yo decía que era un sistema neopresidencialista, porque el poder del Presidente es nombrar, intervenir en los nombramientos, de todo este aparato administrativo, y hay algunos órganos, como el Cosena, que siendo consultivo claramente alimenta el poder presidencial. Pero no

necesariamente el Banco Central alimenta el poder presidencial. Entonces esas preguntas sobre la estructura del Estado creo que tenemos que hacerlas.

Antonio Bascuñán ha escrito un trabajo (Bascuñán 1998) que establece esta idea del principio de jerarquía, pero yo no creo que esa sea una solución. Yo creo que hay buenas razones para que la Constitución contenga algunos órganos, entre ellos, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, que le otorgue una esfera y una cierta autonomía responsable frente a los poderes clásicos. Pero jamás debe ser irresponsable, y esa irresponsabilidad tampoco se puede justificar en nombre de una tecnocracia o de una lógica de especialidad, en parte de lo que se podía entender equivocadamente de las palabras de José Francisco [García]. Es decir, el argumento tecnocrático de la especialización no puede liberar del principio de responsabilidad democrática a alguno de estos órganos.

L. Sierra: Gracias, Pablo. Les propongo que en lo que queda de esta sesión, nos enfoquemos en la cuestión de la forma del Estado. Existen varias propuestas al respecto, desde, por ejemplo, alguna forma de “federalismo atenuado” que han propuesto los progresistas de Marco Enríquez-Ominami, hasta la forma bastante centralizada que hoy tenemos. Enrique Navarro tiene la palabra.

E. Navarro: Creo que tiene que haber un adecuado equilibrio entre el Presidente y el Congreso, como aquí se ha señalado, y revertir un poco la tradición, que ya se enmendó en el 2005, en cuanto a que el Presidente ha tenido constantemente reformas para aumentar sus atribuciones.

Respecto de los órganos autónomos que se han mencionado, creo que hay que diferenciarlos. Sobre los órganos autónomos constitucionales clásicos: creo que hay que fortalecer la judicatura; estoy en desacuerdo con reducir el rol de la Contraloría, porque creo que ha tenido un rol relevante en las últimas dos décadas; debería potenciarse el rol de control jurídico constitucional, porque creo que las otrora aspiraciones sobre lo contencioso-administrativo son una quimera; y creo que debe fortalecerse el rol del Tribunal Constitucional. Ahora, hay otros órganos que perfectamente podrían eliminarse del texto constitucional: el CNTV y el Co-sena. Creo que no tienen por qué estar en la Constitución las Superintendencias ni el Consejo para la Transparencia. Esas autonomías estarían mal entendidas, y creo que es muy bueno que tengan una legislación como la tienen hoy día, pudiendo perfeccionarse con un sistema en caso de órganos colegiados.

Otro punto que se ha comentado acá y que creo muy importante, es la regulación legal del ejercicio de los derechos. Existen algunos derechos, como

el de reunión, que están entregados a la potestad reglamentaria, lo que debería modificarse restituyendo la reserva legislativa. Es conveniente potenciar también iniciativas populares, plebiscitos y participación efectiva.

Por último, en cuanto al tema de la forma de Estado, creo que hay que buscar un Estado unitario descentralizado y que tienda a un regionalismo efectivo. Creo que es muy difícil que aspiremos a mucho más que eso. Tenemos un Estado centralizado, una tradición desde el siglo XVII en adelante muy fuerte. Es sin duda difícil revertir eso con una simple modificación de un artículo por muy bien redactado que esté. Creo que hay que aspirar, por lo menos, a un regionalismo efectivo, y no mucho más que eso, debido a la configuración territorial chilena.

L. Sierra: ¿Y tú podrías dar algunas luces de lo que sería un regionalismo efectivo?

E. Navarro: Probablemente darle mayores atribuciones en el ámbito financiero, sin que signifique esto acercarse a un sistema de autonomías como las europeas. Darle alguna autonomía, y alguna mayor participación a la decisión presupuestaria a las regiones y, de algún modo también, que exista una designación de las autoridades por medio del sufragio. Hay otras que me parecen son más bien a nivel legal.

L. Sierra: ¿Y la figura del intendente?

E. Navarro: Habría que ver. Algunos han propuesto, por ejemplo, eliminar las gobernaciones y dejar solo intendentes y municipios. Esa es una posibilidad; creo que es una alternativa a analizar para ver si realmente se justifica o no la institución de las gobernaciones. Puede que sea razonable mantener la intendencia a nivel regional, electiva, y municipios a nivel comunal.

L. Sierra: Gracias, profesor Navarro. Víctor Manuel Avilés.

V. M. Avilés: El texto de Patricio [Zapata] nos invita a reflexionar sobre muchas cosas. Pensé que íbamos a hablar de la parte estructural y estática de la Constitución, y mi primera inclinación fue que íbamos a discutir una de las principales aspiraciones actuales de la población, que es la atribución de potestades a las regiones y un mayor equilibrio entre ellas. Creo que en ese sentido –y tomando una palabra que ocupó Jorge [Correa]– el centralismo es algo que hoy cruje mucho. Pero después de revisar lo escrito por Patricio [Zapata], voy a intentar una separación distinta de esta materia.

Existe acá una preocupación de orden académico por un lado, y de orden ciudadano por el otro. Desde el punto de vista académico, la preocupación central

pareciera ser la inflación de los órganos con autonomía constitucional, la necesidad o no de que estos existan y de discutir sobre si la tendencia a consagrar más órganos a nivel constitucional debe revertirse, simplificándose nuestra Constitución. Me parece un tema interesante, pero no me voy a centrar en eso. Sí me voy a centrar en las pretensiones ciudadanas de este proyecto de nueva Constitución que es, en definitiva, el contexto de lo que estamos conversando.

Me parece que la aproximación general de la ciudadanía está influida fuertemente hoy por un tema valórico: existe gran inmediatismo y una gran impaciencia por parte de la ciudadanía. Y en ese sentido, me parece, la tentación es reducir la mediatez de la representación política. Se encuentra, de alguna manera, amenazado el sistema de democracia representativa, probablemente por un sistema electoral que ha creado una crisis de representatividad. Ante ello, es probable que la solución venga por el lado de modificar el sistema electoral. Hoy la representatividad del Congreso Nacional está puesta en duda y, en consecuencia, la tentación de dotar a la autoridad realmente representativa –como es el Presidente de la República– de más facultades parece ir en línea con el sentir de la población. Por lo mismo, también la posibilidad de que esta autoridad representativa pueda zanjar cuestiones de fondo por medio de un plebiscito saltándose al intermediario (el Congreso Nacional), también me parece que va en línea probablemente con el sentir de la ciudadanía.

En un segundo aspecto, también en esta idea de crear inmediatez, la ciudadanía busca una autoridad cercana en las regiones con posibilidad de manejar el presupuesto. Esto también me parece que es una pretensión de gran parte de la ciudadanía. Mi propuesta es pensar en una modificación del N° 20 del Art. 19 de la Constitución. Primero, para relajar la prohibición de tributos de afectación por cuanto la posibilidad de que las propias regiones, por medio de sus gobiernos regionales, puedan, por ejemplo, establecer rebajas parciales a algunos impuestos para atraer inversiones productivas, lo que pasa por el hecho de que esas mismas regiones puedan ser, a su vez, quienes reciban el producto de los impuestos. Segundo, se podría rebajar también la imposición de igualdad a nivel de la repartición de los tributos, para establecer diferencias a nivel de regiones en materia tributaria, siempre que lo señale la ley, por cierto. Finalmente, estudiar la atribución del Gobierno Regional de disponer de estos recursos y establecer excepciones. Yo creo que desde el punto de vista, como les digo, del requerimiento ciudadano de inmediatez, me parece que el plan de reforzamiento de las autoridades regionales

es una buena respuesta y valdría la pena profundizar en ello, obligándonos a meternos en el tema presupuestario.

L. Sierra: Gracias, profesor Avilés. Profesor Pfeffer, tiene la palabra.

E. Pfeffer: Me pareció muy interesante el trabajo de Patricio [Zapata], en especial las tipologías que formula para explicar la estructura del Estado en Sudamérica. Me permito descartar el modelo que él denomina democracia plebiscitaria para Chile. Esa vía tiene riesgos evidentes, lo cual no significa que no se tengan que potenciar los mecanismos de participación que la ciudadanía hoy reclama.

En segundo término, coincido que existe una inflación de órganos en la Constitución chilena, y perfectamente se puede hacer una depuración y selección. Dejar los clásicos, el Tribunal Constitucional y la Contraloría, como aquí se ha mencionado, y algunas referencias menores a los órganos de gobierno del interior y de administración comunal. Pero además de la inflación de órganos hay otro tema que, vinculado a aquel, quizás deba ser examinado: la excesiva pretensión constitucional de regular de un modo excesivo los órganos en el texto. No se divisa cuál puede ser ese fundamento, más que la desconfianza, y no se puede hacer un diseño institucional en función de ella. Así, por ejemplo, debería hacerse una referencia básica al Poder Judicial en los aspectos centrales. Hoy día tenemos un capítulo sexto que es todo un estatuto y muchos de sus contenidos, de mera regulación, deberían estar en un Código Orgánico. Y así podríamos seguir con otros órganos. A lo anterior, añado, debería transitarse en una profundización de las autonomías legales que uniformen la aspiración de todos los órganos que se han venido creando en los últimos años, como aquí se ha puesto de relieve.

Para definir cuál es la estructura del Estado, a mí me parece que deben examinarse ciertas definiciones en torno a criterios orientadores. Uno de ellos es cómo se va a potenciar la representación ciudadana en el Congreso, cómo vamos a revestir de mayor legitimidad la actuación de este órgano, de qué manera vamos a ampliar los espacios de participación, pero, a su turno, cómo vamos a fortalecer la asunción de responsabilidad y los controles que en esta relación de estructuras se tienen que ir estableciendo. De qué manera vamos a viabilizar un actuar coordinado entre los órganos que hagan eficiente las respuestas, en un mundo y en una sociedad que exigen soluciones con prontitud, con celeridad, y que, naturalmente, tienen que estar revestidas de un fundamento técnico.

Finalmente, frente a la pregunta concreta sobre la forma de Estado en cuanto a distribución territorial del poder, me parece que aquí nos enfrentamos a una

cuestión previa. Lo primero que habría que definir es de qué forma vamos a asignar los recursos, cómo se van a distribuir, cuál va a ser la contribución de las regiones al erario nacional y cuál va a ser la cuantía que esa región va a poder reservarse para sí de los recursos que genere. Este es un tema antiguo; fue la causa que llevó a que la aplicación del federalismo en Chile fracasara estrepitosamente en 1826, de manera que hoy podemos discutir teóricamente muchas fórmulas para configurar la descentralización que se reclama y que lleve las decisiones a las regiones, pero el problema radica, como aquí se graficó, en Teatinos 120. De modo que yo aquí invertiría la interrogante: ¿cómo articulamos un sistema de distribución de recursos que haga posible entregárselos a los órganos que van a existir a nivel de la región? ¿Y qué legitimidad democrática se les quiere atribuir a la decisión de cómo ellos serán utilizados? Al final del día este es un problema de pesos.

L. Sierra: Gracias, profesor Pfeffer. Jorge Correa.

J. Correa: En materia de forma de Estado y descentralización, yo partí al igual que varios de ustedes pensando que las provincias eran un anacronismo. Después de haber estado en la Subsecretaría del Interior debo decir que salí con la impresión de que las provincias no son un anacronismo: constituyen una realidad y la gente se siente identificada con ellas. Curicó es muy distinto a Talca y Osorno es muy distinto a Valdivia. La gente quiere y necesita la presencia estatal en sus provincias, las que constituyen una unidad muy fuerte y tradicional.

En el tema del orden público en relación con la posible elección de los intendentes: si el Presidente de la República es el responsable del orden público, debe tener un representante en las regiones y eventualmente en las provincias. Eso es inevitable.

Y lo tercero, antes que demos por buena la opinión de Pablo Ruiz-Tagle, de que el artículo que contiene la Constitución sobre transparencia es suficiente, quiero decir que, a juicio del Tribunal Constitucional, con esa disposición no hay derecho constitucional a la información: la capacidad de conocer alcanza solo a las resoluciones y sus fundamentos que constan en un expediente administrativo, y eso le ha servido para declarar inaplicable varios preceptos de la Ley de Transparencia.

L. Sierra: Gracias, Jorge. Gastón Gómez.

G. Gómez: Hablando con sinceridad, al oír todas las intervenciones quedé un poco asustado. A mí me preocupa ese cierto intuicionismo o voluntarismo que hay en esta conversación. El primero de todos es el de comenzar a introducirle tijeretazos al Estado unitario, sin saber muy bien qué tipo de estructura estamos

construyendo o hacia cuál vamos. Estamos muy de acuerdo en que hay una serie de críticas importantes contra el centralismo, que se vienen formulando históricamente desde el siglo pasado, y parece que no hemos encontrado ninguna solución inteligente a este problema. Entonces, últimamente, ha habido una exacerbación de algunas ideas que parecen ser la solución. Por ejemplo, la elección democrática del intendente: no sabemos muy bien por qué, pero pareciera que va a provocar mágicamente algo –como que la gente se va a sentir identificada al votar por una persona–. Ahora bien, no se entiende muy bien cómo se va a construir la decisión pública después, pero eso daría lo mismo, porque da la impresión de que lo clave es que tengamos un intendente elegido de manera democrática. Además, hay algunas proposiciones de atribuirles a las municipalidades y a los órganos regionales potestades impositivas especiales en la Constitución, de tal manera que puedan fijar alguna dimensión tributaria; pero, de nuevo, no se sabe muy bien por qué, ni cómo jugaría con otras posibilidades. Y así sucesivamente.

No hemos discutido nunca sobre qué va a pasar con la enorme cantidad de conflictos que se van a provocar en esas tensiones, como lo demuestran todos los Estados federales. Esto va a generar una enorme cantidad de conflictos y por consiguiente la solución pareciera ser agrandar el Tribunal Constitucional, otorgándole una cantidad importante de funciones para que resuelva los conflictos, pues, con eso, tendríamos una democracia perfecta. Este tipo de cosas me confunde.

En la cuestión de la distribución del poder deberíamos aprender de los fracasos. Creo que la cantidad permanente de derrotas que tenemos deberían hacernos pensar que hay algo que está mal en el enfoque, en lo que estamos planteando y cómo estamos resolviendo el problema. Bajo esa hipótesis creo que la exacerbación de la mirada orgánica también es parte del problema. Yo conozco constituciones exitosas, como la italiana, que tienen muchos órganos y otras que tienen poquísimos.

No parece haber ningún criterio muy determinante para establecer si tiene que haber o no un Consejo Nacional de Televisión –que después de la Ley de Televisión Digital, es sencillamente imposible que lo supriman–. Pareciera que la forma de legitimar democráticamente algunas decisiones es pasárselas a algunos órganos autónomos; pero ahí hay una enorme cantidad de confusiones. Debemos aprender de nuestros errores. Importaría más bien pensar que la revisión orgánica y potestativa de la estructura del Estado no ha resultado eficaz, porque los elementos propios en términos del poder hacen que la atracción sea inevitable.

Entonces, tal vez, deberíamos pensar en una estructura aprendiendo de nuestros errores, que piense en el Estado desde una estructura de cooperación funcional más que orgánica. Si los órganos no funcionan y la separación durante 150 años de la estructura orgánica no opera y no funciona bien, deberíamos buscar cooperación en la toma de decisiones públicas. Se trata de buscar fórmulas ingeniosas que apunten a cómo se puede colaborar en la construcción del orden público y del presupuesto público. Es decir, pensar el problema de la descentralización formal, que nos metieron los europeos con sus problemas de los Estados compuestos, pero desde el punto de vista de las funciones. Cómo estructuramos órganos capaces de cooperar y, por consiguiente, incrementar los niveles de responsabilidad, una palabra que se nos ha olvidado considerar en todo este debate. Me parece que hay un enorme campo para explorar en el tema de la responsabilidad con la integridad y la toma de decisiones públicas en el país.

L. Sierra: Gracias, Gastón. Les recuerdo que bajo la Constitución de 1828 los intendentes eran personas de confianza del Presidente de la República, pero eran propuestos en ternas por las asambleas provinciales. Interesante fórmula. Francisco Soto, tiene la palabra.

F. Soto: Un comentario al texto de Patricio [Zapata]. Se hace una reflexión que pone a Rosanvallón estableciendo un análisis que, de alguna manera, sería como que las democracias representativas han sido superadas por los movimientos sociales, y eso habría llevado a las democracias plebiscitarias en Latinoamérica. Me parece que ese es un análisis equivocado, porque, de partida, en Francia se instala el modelo plebiscitario en la Constitución de 1958. De Gaulle hace seis plebiscitos con el objetivo de imponer su posición frente al Congreso; gana cinco veces, pero en la sexta pierde y se va. Entonces, creo que el modelo plebiscitario ya estaba en Francia y no tiene nada que ver con los problemas y los modelos que se establecen en Latinoamérica.

De partida, la institución que él llama equivocadamente revocatoria de leyes se denomina referéndum para abrogar leyes. Se trata de una institución que existe en Suiza, que ha operado con éxito en Italia por más de 50 años y que fortalece a los partidos políticos. Por otra parte, fue por medio de la revocación de mandato que la oposición venezolana estuvo a punto de sacar a Chávez. Este es un mecanismo que opera preferentemente en las constituciones latinoamericanas a nivel comunal, salvo Venezuela, y que ha permitido que muchos alcaldes corruptos hayan salido mediante revocatorias de mandatos. No creo que constituyan ni

configuren un modelo plebiscitario como pretende hacernos ver el profesor Zapata. Me parece que la reflexión que nos propone el profesor Zapata se estructura sobre supuestos equivocados y que, si vamos a analizar con cierta objetividad estos procesos latinoamericanos, hay que verlos con cierta rigurosidad académica.

Sobre el debate del Estado unitario, creo que en Chile prácticamente no tenemos debate, y es lamentable ver cómo seguimos manteniendo un concepto del siglo XIX, cuando ya Francia, Colombia o Ecuador no entienden por Estado unitario lo que entendemos nosotros. Entonces creo que construir un debate, por lo menos a nivel académico, sobre lo que es el Estado unitario y lo que debería ser actualmente, es una tarea pendiente.

L. Sierra: Gracias, Francisco. Jaime Bassa.

J. Bassa: Yo no tenía previsto hablar hoy, pero después me di cuenta de que soy el único asistente (en esta sesión) que no vive en Santiago, y si vamos a hablar de descentralización, me parece importante que quedara registro de algunas inquietudes que muchas veces no se aprecian desde Santiago. El problema de la descentralización radica en que se han realizado una serie de reformas parciales, más o menos efectivas, sin un diseño sistemático del tipo de estructura territorial y del ejercicio del poder. Es necesario, entonces, discutir y planificar un ordenado sistema territorial de distribución de competencias. El problema es mucho más sensible de lo que se puede pensar desde Santiago. Fuera de la capital se dice que “todos tenemos nuestro Santiago”, porque desde Valparaíso se levantan reivindicaciones contra el centralismo de Santiago, pero luego Viña del Mar hace lo propio respecto de Valparaíso, y Reñaca a su vez respecto de Viña del Mar. El tema es muy sensible social y culturalmente, desbordando lo que supone un diseño institucional; con un par de leyes bien redactadas no lo vamos a resolver. El problema es que es imperioso resolverlo, porque tras este centralismo cultural hay un drama de pobreza importante.

Se nos presenta una discusión muy sensible en torno a cómo establecer un diseño institucional que permita que las decisiones sean tomadas lo más cerca posible de las comunidades de base, a las cuales esas decisiones afectan, idealmente, por esas propias comunidades. Creo que sería interesante revisar la lógica del principio de subsidiariedad de la Unión Europea, en que el organismo superior jerárquicamente solo va a intervenir competencialmente cuando el inferior no sea capaz de hacerlo. La regla general es que la mayor cantidad de decisiones sean tomadas lo más cercano posible a la base donde estas generan efectos. Desde

esa perspectiva, la descentralización de la cual estamos hablando es también de carácter político y ahí la clave, tras el principio base de la subsidiariedad a la europea, es la democratización de los espacios de decisiones, que hoy efectivamente se concentran en Teatinos 120. La clave es que tenemos que comprender que necesitamos más y nuevos espacios de deliberación y decisión política, pero fuera de Santiago. Porque finalmente lo que hay, tras el desafío de la descentralización, es cómo nosotros asignamos recursos y cómo habilitamos políticamente a ciertas instituciones para que puedan decidir sobre su asignación.

En cuanto a las definiciones orgánicas relativas a la inflación que tiene la Constitución vigente, me parece que es importante poner de relieve un elemento que pareciera estar en la base de prácticamente todas las intervenciones que me han precedido: la necesidad de fortalecer el Parlamento. La tensión o discusión teórica que subyace a las autonomías constitucionales y la discusión en torno a su irresponsabilidad política oculta tras su pretensión técnica, dice relación con un diseño institucional que ha extraído innumerables decisiones de los espacios de deliberación política. Así, la definición orgánica en torno al tipo de Estado depende, así como respecto de la descentralización, de fijar un principio base y luego desarrollarlo. En mi opinión, dicha base es la democratización del aparato estatal y el fortalecimiento del Parlamento.

L. Sierra: Gracias, profesor Bassa. Germán Concha.

G. Concha: Yo quería comentar brevemente tres cosas. Primero, tal como decía Gastón [Gómez], me llamó la atención que nos concentremos tanto en el diseño orgánico de las instituciones y no pensemos cómo reducir el peso del Estado en la vida de las personas. No solo en si pesa más en Santiago que en las regiones, sino también en qué tanto queremos que el Estado pese en la vida de las personas en general. Yo creo que lo planteado en el comentario respecto de la relación entre Viña y Valparaíso puede extenderse a las que no son capitales de región respecto de la capital de región, lo que también tiene algo de crítica a la vieja burocracia estatal que se sigue reproduciendo. El tema tiene que ver con burocracia propiamente tal, con reducir el Estado.

En segundo lugar, creo que en la discusión respecto de los órganos de rango constitucional hay un tema implícito que tiene que ver con una discusión acerca de si confiamos en la política y tratamos de mejorarla. Creo que hay varios órganos de rango constitucional que han ido creciendo a lo largo del tiempo, en esta costumbre (un profesor mío decía que era una costumbre chilena) de que si algo

funciona se le agregan más tareas, porque, como lo está haciendo bien, entonces hagámosle hacer otras cosas. Tengo la sensación de que una cierta crítica que se ha ido desarrollando en Chile es que no confiamos suficientemente en el control del Parlamento sobre el Presidente. Quizás nos parece que no funciona bien y no nos gusta cómo funciona la política, y en vez de corregir eso pensamos en órganos constitucionales autónomos.

Finalmente, y aunque no puedo estar más lejos de las políticas que está implementando en este momento, creo importante defender a Teatinos 120, no por quien está ocupando ese lugar hoy, sino por el rol que juega en el sistema. Creo que no hay que olvidar que la política también es el arte de lo posible. Y creo que es muy peligroso cuando el sistema empieza a pensar que se puede pedir lo imposible, pues entonces podemos tener procedimientos muy democráticos y con gran participación, pero con un país quebrado. Me parece que el prestigio de los órganos técnicos tiene que ver también con que, implícitamente, la gente reconoce que ahí hay una cierta reserva a favor de la realidad, de lo posible.

L. Sierra: Gracias, profesor Concha. Gastón Gómez.

G. Gómez: Muy brevemente. Es verdad todo lo que dice Patricio [Zapata], pero resulta que Valparaíso está quebrado. Entonces, ¿cómo estructuramos un sistema de autonomía y de descentralización profunda con plena participación, con ese nivel de desestructuración? Cuando miras los estudios que hay en la Contraloría sobre el estado de las municipalidades, se ve que los niveles de corrupción y los niveles de ineficiencia son altísimos. La pérdida de recursos que hay en algunas municipalidades es escandalosa. Por un lado, algunas municipalidades tienen recursos de sobra y se los gastan en poner topes y cambiar la dirección de las calles todos los años; por otro lado, hay municipalidades donde el enorme despilfarro viene de los niveles de corrupción. Entonces, si no introducimos la realidad completa en este debate y solamente pensamos que, porque transferimos competencias, creamos órganos descentralizados y potestades de participación, estamos mal encaminados en creer que el Estado chileno va a mejorar.

L. Sierra: Gracias, profesor Gómez. Francisco Zúñiga.

F. Zúñiga: Quisiera referirme al tema de las autonomías constitucionales, en las que estoy pegado hace años. La primera observación es decir que sumadas a las siete autonomías constitucionales que enlisté (Banco Central, Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional, Municipalidades, Gobiernos Regionales, Ministerio Público, Consejo Nacional de Televisión) descubrí otras siete pedidas:

Consejo de Transparencia, Defensoría Penal Pública, Superintendencias (varias), Consejo General del Poder Judicial (que además quiere autonomía financiera), Ministerio Público Militar, Territorios Indígenas y se agrega el *Ombudsman*.

La segunda observación es que en varios fallos del Tribunal Constitucional, en materias de controles preventivos (televisión digital¹, acceso a información pública², Superintendencia de Casinos³), el Tribunal le hace un guiño contramayoritario y tecnocrático a la Contraloría General de la República, señalando que las autonomías consagradas en las leyes relativas a estos organismos no se extienden o no se exoneran de los controles que la Contraloría ejerza al amparo del Art. bningún momento en la deliberación de la ley democrática, se echa al bolsillo la voluntad del legislador diciendo: mire, esto está supeditado a todos los controles que el Art. 98 dispone para la Administración del Estado.

Mi última observación es un llamado de atención. La Comisión de Descentralización ha llegado a un acuerdo, con una única disidencia aparente de Arturo Fermandois, acerca de la forma jurídica de Estado: Estado unitario descentralizado políticamente. Pero más allá de la fórmula, lo que yo quiero poner en discusión es la definición de un tema como este. Esta fue la definición del equipo que está allí, Juan Carlos Ferrada incluido. Se trata de una definición total acerca de la organización y distribución territorial del poder político estatal sin que hayan sido discutidas y definidas las otras variables de esta cuestión, como son la forma de gobierno, el régimen político, las funciones, etc.

L. Sierra: Muchas gracias. Hemos llegado a la hora de término. Nos vemos el próximo lunes.



¹ STC Rol 2541-13 CPT, de 18 de noviembre de 2013.

² STC Rol 1051-08-CPR, de 10 de julio de 2008.

³ STC Rol 429, de 29 de diciembre de 2004.

Sesión 5

16 de junio de 2014

L. Sierra: La idea es estructurar la discusión en torno a tres grandes cuestiones. Primero, descentralización, bajo el supuesto de que algo hay que hacer con el nivel de centralización que tiene el Estado unitario chileno. Esto lo hemos subdividido en dos dimensiones: una, política y administrativa, y la otra, económica y fiscal. A su vez, estas las subdividimos en: 1) los tipos de niveles subnacionales que tenemos y que deberíamos tener, y cómo se organizan y se generan; 2) descentralización política y administrativa, desde un punto de vista funcional y los controles de juridicidad que esta transferencia de facultades exigirá. La descentralización económica y fiscal la subdividimos en dos: recaudación (si hay impuestos de carácter subnacional o no) y gasto (el papel de los niveles subnacionales en el diseño de la Ley de Presupuestos, existencia, extensión e intensidad de los presupuestos subnacionales y control fiscal).

La segunda cuestión es sobre la orgánica constitucional, y aquí la pregunta es qué órganos, además de los órganos titulares de las potestades normativas públicas clásicas –Congreso, Gobierno, Judicatura y los órganos subnacionales–, deben tener consagración constitucional. La idea es preguntarnos qué mantenemos, qué no mantenemos y qué órganos adicionales a estos deberíamos tener.

Por último, la cuestión del Tribunal Constitucional, tema que nos va a dar el pase a las próximas sesiones sobre régimen político.

Se ofrece la palabra. Claudio Moraga.

C. Moraga: A propósito del tema de la descentralización, yo trataría de distinguir lo que es la función de gobierno de la función administrativa. En lo que respecta a la función de gobierno, debido al tipo de Estado que tenemos, me parece que es imprescindible la figura del intendente como la extensión de la mano de la autoridad del Presidente de la República en materia de seguridad interior y orden público. Por consiguiente, creo que cae de lleno en esta apreciación que

el gobernador es una figura imprescindible bajo la función de colaborador del intendente. Otra cosa distinta es la posibilidad de hacer una descentralización administrativa en serio, que pasaría por democratizar.

En el Gobierno Regional, el Consejo Regional ya tiene elección popular, pero también debería sujetarse a elección popular directa quien haga las veces de Presidente del Gobierno Regional. Se les haría actuar a ambos órganos del Gobierno Regional (Presidente y Consejo Regional) de la misma forma que trabajan hoy en día el Presidente con el Congreso: con la función propositiva o la iniciativa en manos del Presidente del Gobierno Regional y la resolutive en manos del Consejo, y luego la ejecución en manos del Presidente y el control general en manos del Consejo. ¿Qué supondría esto? Básicamente, entender que toda tarea administrativa, que por su naturaleza necesariamente no tenga que ser dirigida desde el nivel central (cuando hablo del nivel central me estoy refiriendo a problemas no solo de defensa y relaciones exteriores, sino también a la mantención del Registro Civil, identificación de las personas, desarrollo de bienes nacionales y el tema del medio ambiente), sea de competencia o de resorte de los gobiernos regionales, en tanto no se les haya entregado por la ley o por la Constitución a las propias municipalidades. Esto supone tener que estructurar –si se está dispuesto a ello– una administración organizacional en la que se apoyen estos gobiernos regionales.

Probablemente pensaría que las actuales seremis deberían transformarse en verdaderos entes técnicos, asesores de los gobiernos regionales, y que los servicios públicos deberían transformarse, según la región en donde operen, en servicios operativos de ese gobierno regional. Es evidente que esa figura solo funciona si es que la Administración está dispuesta a entregar recursos en una cantidad importante de modo tal que las regiones, sea por medio de tributación propia o de las actividades que tienen una clara identificación local o por otro tipo de ingresos que estén reconocidos por ley, puedan tener un presupuesto suficiente para poder ejecutar esa actividad administrativa. Esto también significa estar en condiciones de aceptar que el presupuesto tenga que ser distribuido a nivel regional de una forma distinta a lo que conocemos hoy. Me entra la duda si deberíamos otorgar a los gobiernos regionales un tipo de potestad reglamentaria especial para la ejecución de las leyes nacionales en materia de actividad administrativa, de forma que no sea indispensable que fuese llevada a cabo por la propia administración central.

L. Sierra: Si te entendí bien, habría tres autoridades: una colegiada –el Consejo– que elegiría a un presidente del Consejo y, además, el intendente, ¿no?

C. Moraga: Sí, yo separo las dos líneas. La actividad de gobierno la mantengo en el intendente y en el gobernador, que es básicamente la expresión del gobierno central radicado en las regiones y provincias; y la actividad administrativa en estos dos órganos que tienen carácter unipersonal uno y carácter pluripersonal el otro, pero ambos con una legitimidad democrática de haber sido elegidos por elección popular.

L. Sierra: ¿Y el orden público?

C. Moraga: Es materia del intendente, evidentemente. El orden público y la seguridad interior no son una función administrativa propiamente tal. Eso es gobierno en todas sus palabras.

L. Sierra: Perfecto. Gracias, Claudio. José Ignacio Martínez.

J. I. Martínez: Quiero volver un poco más atrás en nuestra reflexión, y decir que, por lo que estoy viendo acá, el punto de partida sigue siendo mantener una forma de Estado unitario, ¿verdad? Yo no tengo tan claro que el debate pueda partir solo desde allí, desde el unitarismo más o menos clásico, sino que tengo la impresión de que podríamos plantearnos un estadio antes y ver si, a lo mejor, deberíamos analizar otras formas de Estado, en particular las que hoy en día se denominan Estados compuestos. Esto, por la sencilla razón de que creo que la rigidez del modelo unitario impide proponer soluciones a demandas que hoy están claramente a la vista; demandas de una mayor democratización, de satisfacción de necesidades sociales, de reivindicaciones de pueblos originarios, etc. Me parece que avanzar hacia una solución que permita afrontar dichos problemas supone tres puntos de partida: una mayor democratización del poder mediante una adecuada distribución territorial del mismo, mejorar los equilibrios en el desarrollo de las diversas zonas del país (entre las regiones), y hacer posible un mayor pluralismo jurídico y cultural.

Entre otras cosas, eso implica, a mi juicio, dejar de lado, por ejemplo, la concepción clásica de Estado y de soberanía de corte dieciochesco, con las ideas de uniformidad, monopolio y Estado-Nación, que impiden llegar a soluciones adecuadas. Desde ese punto de vista, insisto que la discusión previa debería estar enfocada en los distintos modelos de Estados compuestos, pasando por los Estados federales, desde el modelo clásico norteamericano –el más descentralizado de todos– pasando por el federalismo de cooperación tipo alemán (lo que decía el

profesor Moraga va en esa línea de delegar en las regiones una potestad legislativa reglamentaria para desarrollar la ley), hasta llegar a los modelos federales latinoamericanos. Y, desde luego, pasando también por las formas de Estado compuesto más nuevas, como lo son los Estados regionales autonómicos, en sus distintos grados, como el español, el italiano, etc.

Desde mi punto de vista, la opción por uno u otro modelo pasa necesariamente por asumir o clarificar previamente si es posible concebir la existencia de una comunidad política compuesta por varias comunidades políticas, como lo es un Estado federal; o, si eso no es posible, si se concibe más bien como los modelos regionales autonómicos, que parten de la idea de una sola comunidad política. Por otra parte, me parece que debe asumirse que cualquiera que sea el modelo que uno asuma dentro de un Estado compuesto, necesariamente tiene que reconocerse un mínimo de autonomía financiera y presupuestaria. Porque de lo contrario vamos a volver a los mismos vicios de los Estados unitarios. Entre otras cosas, probablemente, eso debería repercutir en la competencia sobre la potestad tributaria, que debe concebirse de una manera distinta, siendo compartida entre el Estado central y las regiones o comunidades autónomas o los entes territoriales que se definieran.

Por último, la descentralización política debería servir también de base para la solución al problema de los pueblos originarios en Chile. Permitiría, a lo mejor, abrir espacios para ciertas formas de autogobierno, de reconocimiento de los sistemas jurídicos propios de estos pueblos originarios que en una mentalidad o en una estructura de soberanía clásica dieciochesca es difícil, debido a la falta de pluralismo jurídico y cultural propia de este modelo. A lo mejor se podría analizar una posible representación especial en el Congreso Nacional, o la constitución de órganos de representación especial para pueblos originarios con competencias *ad hoc*, como ocurre, por ejemplo, en el modelo canadiense.

Soy simpatizante de los modelos de Estados compuestos. Creo que estos pueden amoldarse mejor a la estructura territorial de nuestro país. En un territorio como el nuestro me parece que la mantención de la actual estructura es inviable.

L. Sierra: Y la figura del intendente en este esquema, ¿cómo queda?

J. I. Martínez: Lo que pasa es que en todos los sistemas de Estados compuestos hay, o debe haber necesariamente, una figura que represente las competencias del Estado central en cada uno de los entes territoriales. De manera tal, que tanto en los Estados federales clásicos como en los modelos compuestos al

estilo español o italiano, siempre hay una representación de los órganos que ejercen competencias estatales centrales en los entes territoriales. Yo lo solucionaría por esa vía, pudiendo mantenerse una figura como el intendente o similar.

L. Sierra: ¿Designado por el Presidente de la República?

J. I. Martínez: Sí. Y respecto del ejercicio de competencias propias del ente territorial, desde luego, con participación democrática, elección directa, control democrático, etc.

L. Sierra: La propuesta que está haciendo la Comisión de Descentralización, y que está en el programa de la Nueva Mayoría, es la elección directa de los intendentes, ¿no?

F. Zúñiga: La propuesta de la Nueva Mayoría separa la función administrativa de la función de gobierno, establece la elección directa de las autoridades administrativas, del Presidente del Gobierno Regional y del Consejo Regional. Pero según hemos sabido por el acuerdo casi unánime de la subcomisión jurídica de la Comisión de Descentralización, esta fórmula de Estado unitario descentralizado políticamente llevaría a la elección directa del intendente –pero de un intendente que no es intendente, sino que es presidente de un gobierno regional–. Y la función de gobierno seguiría residenciada en un órgano nuevo, una suerte de delegado regional de la Presidencia de la República.

L. Sierra: “Delegado del Presidente de la República”, tiene mala memoria ese cargo en Chile. Jorge Correa.

J. Correa: Yo no tengo las ideas claras respecto de este tema y no tengo una propuesta que hacer, pero sí me gustaría aportar lo que creo haber entendido de mi paso por la Subsecretaría del Interior. A pesar de que la descentralización no era mi tema directo, me parece que el poder del intendente estaba reflejado muy centralmente en su capacidad de influir en los órganos públicos de la región. Esto radicaba en una extrañísima elección de los seremis, que pasaba por un acuerdo político –por lo menos en la época del Presidente Lagos– entre el intendente y el ministro respectivo, y por alguna interlocución en el nombramiento de los jefes regionales y provinciales de los servicios públicos. No sé cómo ha seguido en la historia, si es tradición o no. La verdad es que los brazos del Estado en el territorio están fuertemente representados por la presencia de los servicios públicos y de los ministerios a lo largo del territorio. Por lo tanto, pensar en una elección directa del intendente sin otras medidas adicionales, creo que acarrea el riesgo de que, en definitiva, el Estado central continúe actuando por la vía de las seremías y de

los servicios públicos regionales y provinciales, y que el intendente y su Consejo, ahora elegidos, queden como un órgano con mucha legitimidad democrática, pero con poco poder, pocas facultades, y muy débil presencia territorial para proveer los servicios que importan a la gente. Me parece, en cambio, que pensar en la descentralización pasa, de alguna manera, por tomarse en serio la idea de que el Gobierno Regional pudiera tener organismos espejos de los ministerios, lo que ya es una transformación bien radical y no me atrevo a tener opinión sobre eso.

Quisiera subrayar, además, que este tema cruza el problema de participación ciudadana, que no figura como un tópico de entrada, pero que aparece aquí como una posibilidad con la capacidad de revocación de los mandatos de autoridades regionales y locales. Al tema de participación ciudadana en todos estos organismos regionales y locales hay que dedicarle tiempo y pensamiento.

L. Sierra: Gracias, Jorge Correa. Sebastián Soto.

S. Soto: Lo primero es coincidir con Jorge [Correa]: creo que hoy el intendente cumple un rol clave en la región, ya que es, al final del día, la máxima autoridad política ahí. Un Presidente sin intendente elegido por él, sin que sea de su confianza, pierde mucha fuerza en la gestión regional. Si bien estoy bastante consciente de la necesidad de generar mecanismos para empoderar a las regiones, no estoy seguro de que la elección directa del intendente sea la mejor forma, ya que creo que va a generar un conflicto y se va a tender a producir una carencia de poder real del Presidente.

Lo segundo es que, a mi juicio, hoy las regiones, por diversas razones –y esto no es ninguna novedad–, están bastante debilitadas. Creo que eso se debe, en parte, a nuestra idea de dividir aun más las regiones, que no hace otra cosa que debilitarlas al generar unidades tan pequeñas. Creo que las regiones no deberían dividirse, porque así podrían generar un contrapeso efectivo al poder de la Región Metropolitana. Es decir, deberíamos tener menos y más grandes regiones, que puedan tener autonomía financiera, recursos, población, capital humano para generar proyectos y ser un contrapeso real a la Región Metropolitana. Me da la impresión de que esto pasa principalmente por crear gobiernos regionales más grandes. Me parece que las comunas están pensadas como la primera respuesta a lo público, al problema de las personas, y creo que está bien que ellas sean atomizadas. Pero en el caso de las regiones, y sobre todo por aspectos financieros y de capacidad técnica, se requieren entidades mucho más potentes y territorialmente más grandes.

Por último, pongo sobre la mesa un antecedente que, a mi juicio, también debe discutirse: el rol del Consejo Regional. Me pareció interesante lo que decía Claudio [Moraga] de asemejar el Core al Congreso. Hoy el Consejo Regional es un asignador de recursos específicos (la escuela a tal municipio, la ambulancia a tal consultorio), pero no opera como nuestro Congreso, con discusión de leyes. El rol del Core hoy genera una serie de efectos, incluyendo algunos negativos, como aumentar las opciones para que se produzcan transacciones de voto con contraprestaciones específicas y directas. En nuestra tradición constitucional se conoce muy bien ese mecanismo, porque fue común antes de la reforma a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en 1943. Creo que si bien debe fortalecerse el rol del Core, el cómo es muy importante. ¿Lo fortalecemos simplemente dándole más atribuciones para asignar proyectos específicos? ¿O creamos un órgano más similar a lo que hoy día es el Congreso Nacional? Mi impresión es que debe ser este último el camino que se escoja, transformando al Consejo Regional en un órgano capaz de ser contrapeso del intendente, más que un asignador de recursos.

L. Sierra: Gracias, Sebastián Soto. Patricio Zapata.

P. Zapata: Yo, al igual que José Ignacio [Martínez], no creo que debamos cerrarnos conceptualmente a una mirada más audaz. Teniendo claro que hay, hasta un cierto grado, un nivel de cambios que uno puede proyectar en el horizonte. Más adelante vamos a hablar de cambios al sistema de gobierno y, hasta el más entusiasta, entiende que el éxito supone ciertas gradualidades y ciertos estudios de diagnósticos previos. Entonces, lo que voy a decir sobre ser ambicioso lo digo teniendo muy claro que un paso más audaz supondría una primera etapa que creo no se agota en los primeros meses de una comisión, sino en una reflexión madura, pensando en desarrollos graduales, quizás con regiones pilotos y con horizontes de diez años y no de seis meses. Yo, por lo menos, siempre he estado en la línea de pensar muy ambiciosamente y romper esquemas en este tema. Estoy mucho más abierto y disponible a romper esquemas en el terreno de la descentralización política, que en ensayar el parlamentarismo o una monarquía.

Es cierto, el Presidente necesita de los intendentes, quienes le hacen un enorme favor. Pero el lado B de ello es la debilidad intrínseca de los liderazgos regionales. Los intendentes duran en promedio un año y medio o dos años, y no son cabeza de playa para ninguna carrera política demasiado importante, ni son espacios de referencia para la región. A veces las regiones necesitan esos espacios,

como lo necesitó Concepción para el terremoto y Jaime Tohá tuvo que estar esperando que lo llamaran, dando explicaciones y siendo acusado después; o Francisco Huenchumilla, quien está rompiendo esquemas de lo que se supone debe ser un intendente como una simple mano aplicadora de la política que le dan de Santiago; él está –podremos estar de acuerdo o no con lo que está haciendo– respondiendo a una necesidad real de una región. Entonces, me parece, hay una necesidad social muy fuerte en regiones por liderazgos institucionales que representen a las comunidades. Eso se está expresando, a veces, de mala forma por medio de los caudillos municipales. Por tanto, pienso que es mucho más sensato, para que el microtráfico no se tome la política y las instituciones, anticipar mecanismos bien pensados y maduros para que esa necesidad y esos intereses regionales se expresen orgánicamente. Una posibilidad sería que tuviéramos un Senado auténticamente regional, donde las regiones pesaran lo mismo, y tuviéramos entonces una Cámara política donde los ciudadanos valieran lo mismo por su voto.

Sobre el número de regiones y las provincias: todos estudiamos que estas últimas eran una cosa a medio morir saltando, porque nunca se crearon las asambleas provinciales, pero, desde el punto de vista cultural, a mí me da la impresión de que las provincias han sido bien difíciles de matar, ya sea porque fueron creadas hace 140 años o porque respondían a una realidad. Respecto del número de regiones, creo que es un tema que debe llevar 45 años, con estudios que empezaron en Odeplan a fines del Gobierno de Frei Montalva y siguieron durante la dictadura, en que se avanzó en una planificación donde lo lógico era crear menos regiones que respondieran a unidades económicas. Resulta que después de unos pocos años vemos que Arica no quiere ser lo mismo que Iquique, que el Maule Sur ahora reclama ser independiente de Curicó y Talca, y que Los Ríos se separó de Los Lagos. Creo que esto no es solamente por el lobby astuto, por los delirios de grandeza, o por las pequeñeces de la negociación política, sino que responde a una cuestión profunda. Además, creo que no resultó ponerle números romanos a las regiones, que es una cosa que no debe existir en ningún otro país del mundo, salvo quizás en la primera época de Stalin. Borrar los trasfondos culturales y ponerles un número es grotesco. Entonces, esta realidad subyacente está ahí y, quizás, en verdad son 20 o 17 las regiones y no 13, y con esas hay que trabajar aunque no tengan lo que un economista alguna vez pensó que era el tamaño ideal en términos económicos. Pero así es la realidad: la realidad chilena es que tenemos estas veinte historias.

Yo estaría porque le echemos para adelante con la elección directa del presidente del Consejo Regional y que empecemos a trabajar en atribuciones, y a pensar en alguna capacidad económica autónoma, para que no solamente sean unos señores que le exigen plata a Santiago y lo culpan de todos sus problemas, y también para que Santiago no tenga la herramienta de destruir a los políticos que son “inconvenientes” o potencialmente hostiles. Si las regiones no tienen recursos propios vamos a estar creando un grupo de gente frustrada, irresponsable y con crisis de histeria. Si bien estamos en la mitad de una discusión tributaria, me parece que a mediano plazo deberíamos pensar en, por ejemplo, darles a las regiones, con una ley marco, la posibilidad a tener impuestos a las ventas, con un rango entre cero y diez, y que eso quedara en las regiones. De manera que los ciudadanos tuvieran elementos para juzgar, no solamente si en ese gobierno regional se invierte mejor en un determinado estadio u hospital, sino si hay un uso más eficiente y más inteligente de los recursos. Porque solamente elegir al presidente del Gobierno Regional sin pensar el tema fiscal es una mala receta en el mediano plazo y creo que estamos en condiciones de pensar en una ley marco.

Claro, tenemos la historia. El año 1997 nosotros les dimos a los municipios la facultad de crear y suprimir empleos públicos; han pasado diecisiete años y no se ha dictado la ley que establecería el marco bajo el cual los municipios pueden hacerlo. No hemos cumplido esa promesa. No nos riamos tanto de las asambleas provinciales, porque llevamos 17 años sin hacer algo que la Constitución imperativamente ordena, y por lo que hoy día los municipios no pueden hacer lo que la Constitución les permite hacer.

Alguien puede decir que es utópico pensar a nivel regional si no hemos sido capaces, ni siquiera, de hacerlo a nivel municipal. Sin embargo, creo que son demasiadas las razones políticas y económicas para que dejemos de ser tan centralistas. Somos lejos el país más centralista bajo cualquier índice si uno se compara a nivel no solamente americano, sino también europeo. Ser uno de los países más centralistas es ineficiente; o solo puede ser eficiente bajo una visión pelucona y portaliana de las cosas.

L. Sierra: Gracias, Patricio Zapata. Francisco Zúñiga.

F. Zúñiga: Es difícil abordar el tema de la forma del Estado prescindiendo de algunas variables. Hay una variable histórica que pesa mucho en esta discusión. Porque la tradición centralista no se remonta a la fundación de la república o a la Constitución pelucona, sino que se remonta a las reformas borbónicas y

Véliz lo pone en evidencia en uno de sus libros conocidos sobre esta cuestión (Véliz 1980).

L. Sierra: La propia idea de intendencia y de superintendencia es borbónica.

F. Zúñiga: Por supuesto. Lo segundo es que cuando uno habla de Estado descentralizado políticamente, es porque está dando cuenta de algún hecho diferencial subyacente que justifica, a su vez, la existencia de una organización jurídica del poder político territorial que justifica la formación de comunidades políticas que gozan de un grado importante de autonomía política. Yo estoy abierto a todas las ideas, pero no veo ese hecho diferencial en Chile, excepto respecto de nuestros pueblos indígenas, que reivindicán el hecho diferencial para sí a partir del concepto de territorio. Entonces lo que observo es una suerte de justificada rebelión desde las regiones a lo más duro de la tradición centralista y burocrática.

En lo personal me tocó informar y hacer el seguimiento al proyecto de ley que regulaba la transferencia de competencias, desde el gobierno y la administración central a regiones. Eso fue el “parto de los montes”, porque a final de cuentas, la decisión la tenía el Ministerio de Hacienda y en definitiva no había decisión política sin que Hacienda permitiese generar un vehículo de transferencia de competencias efectivas.

Otro factor es que las regiones en nuestro país han estado sometidas a la lógica centrífuga y centrípeta. Patricio Zapata señalaba el caso del fenómeno de la provincialización que afectó a Arica y Parinacota y a Los Ríos, y hoy tenemos quince regiones y ahí hay varias provincias que están sometidas a una fuerte tensión territorial: Ñuble, Los Andes, San Felipe. Por otra parte, un factor evidentemente cohesivo y que altera gravemente el diseño de una descentralización política es la formación de una mega región que conspira contra una efectiva descentralización –como es hoy más Santiago-Valparaíso–, fenómeno que advertía Sergio Boisier hace ya 20 años. Entonces, creo que el abordaje de este tema tiene que hacerse con un mínimo de frialdad y de dar cuenta de qué organización jurídico-política-territorial es la adecuada para Chile.

Desde el punto de vista de la participación política de los ciudadanos y de las capacidades de las regiones para hacerse cargo de la gestión de lo propio, hay que definir si hay dos o más velocidades para un proceso como este y no una única velocidad, y definir qué ponemos en el horizonte de la descentralización política y administrativa. Creo que la variable fiscal que citaba Patricio Zapata es clave: sin descentralización de la hacienda pública no hay descentralización. Se deben

generar mecanismos efectivos de redistribución territorial que creen una suerte de equidad o solidaridad entre las regiones, porque de otro modo vamos a seguir asimilando la demanda de descentralización a las comunas mineras y su petición de que queden en esas comunas el total del producto de la producción minera del país. Eso nos llevaría a la destrucción del Estado, en el sentido básico de cohesión sin que existan hechos diferenciales.

Volviendo sobre las velocidades; está el tema de la masa crítica que las regiones proporcionan, desde el punto de vista de las capacidades para tomar decisiones y poder ejecutarlas satisfactoriamente, con la conformación de una función pública regional profesionalizada. Hay que buscar que las regiones no sean lo que son los municipios hoy día: verdaderos botines de partidos o de coaliciones de partidos, o de caciques políticos, que se hacen de los órganos de administración local o regional. Creo que tenemos muchos desafíos; no creo que esto pase solo por la elección directa del intendente o del presidente del Gobierno Regional. Creo que esa propuesta es incluso irresponsable y demagógica en sí misma al ser considerada aisladamente.

L. Sierra: Gracias, Francisco Zúñiga. Pablo Ruiz-Tagle.

P. Ruiz-Tagle: La idea central es si se piensa transferir poder político. Es-cucho lo que dice Claudio [Moraga], José Ignacio [Martínez], Patricio [Zapata], Sebastián [Soto] y Francisco [Zúñiga], y veo que todos están muy abiertos a transferir y a ordenar el poder administrativo que quizás está desordenado, pero no veo claridad sobre la idea de transferir poder político. Porque elegir un gobierno no es necesariamente transferirle poder: yo puedo elegir un órgano administrativo y hacerlo enteramente dedicado a tareas administrativas. Entonces, esa es la primera opción que hay que tomar. La Constitución habla de gobiernos regionales y gobiernos locales, pero básicamente trata de una especificación de funciones de orden administrativo y no hay funciones verdaderamente políticas. Entonces, frente a esa cuestión, yo quiero hacer unas propuestas.

La primera cuestión es dejar, como algo que no está tratado aquí, el tema de los pueblos indígenas, donde tiene que haber claramente un reconocimiento político y una transferencia de potestades políticas, quizás no equivalentes a las del gobierno central, pero en algún grado transferir poder político a los pueblos indígenas de Rapa Nui, de algunos de los pueblos del norte, y por supuesto pensar en alguna solución política para el pueblo mapuche.

La segunda cuestión es que en las regiones –y me gustó la idea de Sebastián [Soto] de unir regiones– creo que existe una oportunidad de transferir potesta-

des en materia de política educacional. Si existe una preocupación razonable en quienes ven en el gobierno central un poder omnímodo desde el Ministerio de Educación de controlar enteramente los contenidos y las agendas educacionales, y si al mismo tiempo se ha constatado el fracaso de los municipios en materia educacional (porque los liceos y los colegios que están en manos de los municipios han fracasado, salvo contadas excepciones que quizás habría que dejarlas en esos mismos municipios), el otro ente que naturalmente puede tomar algún grado de protagonismo en materia de política educacional son las regiones. Entonces, cuando se habla de desmunicipalizar, no es para dejar en el vacío una cuestión tan relevante y tan controvertida como es la educación, sino que habría que pensar en transferirles competencias en materia educacional a los gobiernos regionales y ver cómo se combina con la iniciativa del gobierno central, vía los intendentes, los gobernadores y las direcciones provinciales. Toda esta serie de actores habría que coordinarlos de verdad para que, en materia educacional, exista esta mayor diversidad. Esto no significa que las propuestas de tributos, como las que hicieron Allamand y Matthei en su última campaña, sean desatendidas sino todo lo contrario: adaptar esas propuestas de tributación con esta nueva lógica de una política educacional a nivel regional.

Finalmente, me llama la atención, habiendo leído las transcripciones de las sesiones anteriores, el grado de discrepancia que hubo en materia de derechos y, a *contrario sensu*, el grado de acuerdo o proximidad que veo en materias orgánicas como esta, cuando lo normal es más bien lo contrario. En la revolución norteamericana, en la Revolución Francesa –no digo que estemos en esos procesos–, los acuerdos se produjeron más fácilmente en torno a los derechos. Históricamente, los desacuerdos se han producido respecto del régimen de gobierno –ese es el Triángulo de las Bermudas– y de las cuestiones orgánicas. Veo entonces un tono que me satisface plenamente, de buscar nuevas soluciones pensando que la forma que tiene el Estado chileno no es satisfactoria. La cuestión que puede explicar esto es que detrás del pensamiento y del ADN conservador está la idea de la comuna autónoma de Manuel José Irrazábal en el siglo XIX y que, sin darse cuenta, una y otra vez, por una idea antiestatista, se llega a una simpatía con esa forma de organizar el poder, al menos en la retórica o el discurso. Ojalá podamos, en verdad, avanzar todavía mucho más en estas propuestas, porque, como dijo Jaime Bassa en la última sesión, creo que en esta materia hay un déficit enorme y se les hace una diferencia gigantesca a los ciudadanos. Si miramos en términos comparativos lo

que se hace en Europa y en otros países con algunas medidas mínimas razonables, podríamos hacer que la vida en nuestro país sea mucho mejor.

L. Sierra: Gracias, Pablo Ruiz-Tagle. Les sugiero que reflexionemos también sobre controles, porque hemos estado hablando sobre delegación de facultades y de poderes, pero sería interesante ver qué mecanismos o qué criterios pueden existir como contracara de esa delegación de facultades y poderes. ¿Cuáles son los controles y los mecanismos para hacer efectivas las responsabilidades? Considerando, por ejemplo, la experiencia de algunas comunas, deberíamos tener muy en cuenta los controles. José Francisco García.

J. F. García: Tengo más reflexiones y preguntas que soluciones. Primero, no puedo estar más de acuerdo con Francisco Zúñiga: si bien podemos teorizar y estar abiertos a otras formas de Estado, distintas al Estado unitario, en realidad me cuesta pensar que la dirección sea un Estado federal. Evaluando lo que ha pasado en Chile en los últimos doscientos años, no encuentro espacios de autonomía política que se reclamen. No he visto, salvo en Magallanes y en algunos miembros de la comunidad mapuche o en las comunidades de Rapa Nui, esa fuerza autonómica. Pero no es algo que me parezca sea fundamental ni parte de nuestra historia el hecho de que el centralismo haya operado sobre la base de autonomías políticas consolidadas. Alguien podrá invocar que en los albores de la república estuvo Concepción, pero hoy día, salvo Magallanes, me cuesta ver casos de expresiones fuertes de autonomía política.

Un segundo comentario dice relación con que hemos reflexionado poco acerca de las transiciones de reformas descentralizadoras. Pensar en una nueva forma de Estado, pasar a Estados federales, regionales o fórmulas más flexibles de Estado unitario es lo usual; pero hemos teorizado poco acerca de los procesos de transición descentralizadores para llegar a esas nuevas fórmulas. Podríamos pensar en hacer un pacto social en materia de descentralización de aquí a treinta o cincuenta años, probablemente con mucho ensayo y error, y estableciendo hitos en el camino, incrementales. Una manera inteligente, incremental, es hacer uso de la subsidiariedad competencial. Otra alternativa es la que propone Patricio Zapata: ensayo y error por regiones pilotos, como se hizo, por ejemplo, en la Reforma Procesal Penal; estrategia muy inteligente. Echar mano a la subsidiariedad competencial permitirá ir encontrando estrategias de descentralización a distintas velocidades, como decía Francisco (Zúñiga), tanto en lo regional como en lo local. Por ejemplo, habrá muy pocos municipios con grandes recursos que lo van a hacer muy bien en muchas co-

sas, muy pocos gobiernos regionales que lo van a hacer muy bien en muchas cosas y probablemente el Estado central, por un tiempo, tendrá que ir probando estos pilotos en distintas regiones con entregas de competencia y recursos diferenciados. El principio de subsidiariedad competencial permite avanzar gradualmente en los distintos niveles subnacionales, probar ahí donde funciona y donde no.

¿Cuán lejos llegar? Diría que incluso se podría probar a nivel municipal en ámbitos de la seguridad pública. Es cierto que toda la literatura de modelos de seguridad pública descentralizada (por ejemplo, municipios con policías) se basa en unidades territoriales bastante grandes y a otra escala, por lo tanto hay que ser cuidadosos en qué se puede replicar y qué no. Lo bueno de la subsidiariedad competencial como marco teórico es que nos da esta idea de que es incremental y nos permite experimentar, en vez de hacer transferencias de competencias por *default* u obligatorias a todo evento. Entiendo, eso sí, el riesgo político involucrado: es fácil instalar la idea de que es inviable políticamente no entregarles las mismas competencias a todas las regiones debido a que habría regiones de primera y segunda categoría, especialmente cuando se ha instalado una demanda por mayores regiones. Comparto lo que plantea Patricio Zapata: vamos a tener las mismas provincias que teníamos antes, que hoy día se llamarán regiones, pero en la práctica son culturalmente las provincias que existían por décadas.

Me preocupa además el déficit en la capacidad institucional y en el capital humano de nuestros gobiernos regionales y municipales. De ahí la importancia de pensar el proceso de descentralización no solo en términos de una forma concreta de reemplazo o perfeccionamiento del Estado unitario, sino del proceso de transición que lo acompaña. El debate educacional que tenemos hoy día en torno a la desmunicipalización es un buen ejemplo. Hay alcaldes que están pidiendo que por favor le quiten, independientemente de su partido político, sus roles en educación, y se están buscando soluciones centralizadoras. Se trata de más impulso centralista que, en un ámbito como la educación, me parece no solo imposible, sino indeseable. Entonces básicamente vamos contra la corriente de todo lo que estamos discutiendo acá.

Finalmente, me parece central lo que se refiere al tipo de partidos políticos que queremos para el futuro y su acercamiento a lo regional y local. Porque en el debate sobre reforma a la Ley de Partidos Políticos, si bajamos radicalmente los costos de entrada a partidos regionales vamos a incentivar o sobreincentivar expresiones políticas locales, mientras que si los subimos apuntamos a tener

partidos nacionales. Me parece que esta sola decisión tiene efectos sistémicos; no solo tiene que ver con la estrategia de descentralización, sino que con el tipo de sistema político que queremos y cuánto buscamos potenciar las expresiones políticas locales o regionales. Este debate, por lo menos, es una de las cuestiones que debemos tener a la vista cuando discutimos sistémicamente la estrategia de descentralización, y me parece que suele no considerarse.

L. Sierra: Gracias, profesor García. Jaime Bassa.

J. Bassa: Creo que es muy interesante que exista un diagnóstico más o menos compartido de que el Estado unitario así, tal como está, no resiste más. La profundidad de la reforma a la estructura territorial del Estado dependerá de cómo dialoguen nuestras distintas visiones políticas y, por cierto, nuestras visiones ideológicas. Pero el hecho de que al menos tengamos conciencia de la crisis del Estado unitario constituye un avance muy positivo. Desde esa perspectiva, parece importante trabajar en los diagnósticos que expliquen el fracaso del Estado unitario, antes de casarnos con diseños institucionales que respondan a prejuicios históricos o culturales, para así proyectar y planificar el tipo de intervenciones y rediseños que necesita el modelo. Efectivamente, los federalismos históricos tienen elementos identitarios característicos, que básicamente podemos identificar a partir de sus antecedentes históricos, así como en la lengua y en la cultura.

Sin embargo, podemos también revisar otros ejemplos que muestran evoluciones diversas, como el caso español del que nos hablaba José Ignacio [Martínez]. Probablemente sea posible afirmar que hacia 1978 España presentaba tres o cuatro grandes unidades territoriales con antecedentes lingüísticos y culturales comunes; sin embargo, hoy se encuentra estructurada sobre la base de 17 comunidades autónomas con diversos grados de federalismo. A pesar de que existen unidades territoriales que no tuvieron aquellas señas de identidad tan características de los federalismos tradicionales, hoy presentan importantes niveles de desarrollo económico y social gracias a la implementación del sistema autonómico español, como son los casos de Extremadura y Murcia, entre otros; regiones históricamente más bien pobres, sin rasgos identitarios, para las cuales la implementación del federalismo significó un importante impulso de desarrollo económico y social. Lo anterior se debe a que el federalismo no supone que las riquezas de cada región se queden en ellas; muy por el contrario, el federalismo supone un principio básico de solidaridad entre los estados federados, donde las regiones más ricas aportan el desarrollo colectivo en proporción a sus capacidades y riquezas. No podemos caer

en la caricatura alarmista que vaticina el fin del desarrollo del país, argumentando una suerte de acaparamiento regional de los recursos.

Desde esa perspectiva, más allá de identificar nuestras carencias para avanzar hacia modelos federados, el desafío realmente interesante es identificar por qué el Estado unitario ha fallado en Chile. Desde esa perspectiva, compartiendo la idea de la subsidiariedad competencial que mencioné en la sesión pasada, podríamos avanzar en el diseño, de cuatro, cinco o seis grandes regiones, con provincias y comunas potentes; mega regiones complementadas con unidades administrativas menores que garanticen una efectiva participación ciudadana, capaz de canalizar adecuadamente la reivindicación autonomista que se presenta en ciertas regiones. Ello supone dotar a las comunas de las competencias necesarias y, por cierto, con los recursos suficientes para su desarrollo.

Es necesario tomar nota que, por regla general, las municipalidades han fracasado en la administración de los servicios que fueron descentralizados en las últimas décadas, principalmente en aquellos relacionados con la garantía de derechos sociales (salvo, por cierto, las comunas más ricas). Ello se debe a que fueron traspasadas las competencias, mas no los recursos necesarios para su implementación, con lo cual se ha forzado a los municipios a caer en la absurda lógica de la competencia por recursos económicos, donde el ejemplo más vergonzoso para la estructura territorial del Estado es la campaña por la captación del permiso de circulación vehicular cada marzo. Debido a esta disparidad entre asignación de competencias y de recursos, me parece que no podemos afirmar que los municipios han sido incompetentes o que han carecido de las habilidades técnicas necesarias para el desarrollo de sus funciones.

Una adecuada descentralización requiere de una asignación proporcional de los recursos centrales y, a su vez, la construcción de mecanismos eficientes para el control de su gasto y ejecución. Las comunas y todo su espacio de autonomía territorial, normativa y semipolítica, han tendido a transformarse en verdaderos botines para agrupaciones sociales más o menos organizadas en torno al ejercicio del poder municipal, lo que urge un control más efectivo. Gastón Gómez proponía la semana pasada, después de la sesión, volver a la presencia de funcionarios de la Contraloría General de la República instalados en la municipalidad; puede ser una buena alternativa. Pero me parece que esta discusión tiene que estar lo más desprejuiciada posible, para lo cual es necesario tener presente dos elementos: primero, los motivos por los cuales el Estado

unitario ha fracasado y, segundo, que el problema tras el centralismo es también de participación política.

L. Sierra: Gracias, Jaime Bassa. Veo una cierta tensión en algo que han dicho Patricio [Zapata] y Francisco Zúñiga con lo que tú decías Jaime [Bassa] y lo que ha dicho Sebastián [Soto], en el sentido de unir más regiones. Porque parece que habría una porfiada historia de identidad en las provincias que se resistiría a estas macro regiones. Si eso es así, tal vez una alternativa sería que la unidad máxima subnacional fueran las provincias y la unidad mínima, las municipalidades. Emilio Pfeffer.

E. Pfeffer: Me parece que el diagnóstico es relativamente compartido: este es un tema en donde hay que reflexionar y no solo formular propuestas, sino que ejecutarlas con eficiencia para que la descentralización –y esa percepción que existe en las regiones de que el centralismo de Santiago las agobia– se supere, porque de otro modo cualquier enmienda constitucional va a adolecer de un déficit enorme. Me pregunto entonces cuál puede ser la mejor fórmula para centrarnos en esta discusión. Acá se ha planteado que por la vía de la asignación de poder político, eligiendo a unas autoridades, como el presidente del Gobierno Regional, se le daría a esa autoridad una mayor prestancia para eventualmente lograr beneficios para la región desde el poder central. Se ha pensado, por lo tanto, en fórmulas que incrementen la participación a nivel regional. Si bien me parece muy bien, y no estoy en contra de esos planteamientos, la definición previa –y es ahí donde se tienen que ir adoptando algunas resoluciones– radica en qué va a significar esta transferencia de poder a la región. Se señaló que sería deseable una autonomía presupuestaria y financiera mínima, que se le reconociera una potestad tributaria a nivel regional y se le asignara a una suerte de Consejo Regional (u otro órgano totalmente electivo) una potestad reglamentaria especial. Pero respecto de esas transferencias de poder: ¿cuáles son sus grados y cuáles son sus contenidos? Ese es el análisis fino que, me parece a mí, falta realizar.

Adicionalmente, se han deslizado ideas de que una forma de lograr la descentralización y de aplacar el problema con algunos pueblos originarios sería aprovechar esta coyuntura para transferirles poder político. Cuestión que tampoco me queda clara: ¿qué poder político se les va a transferir a los pueblos originarios?, ¿cuál sería el contenido de esas decisiones que ellos podrían eventualmente adoptar en estas nuevas fórmulas de descentralización? Porque la subsidiariedad competencial va a operar sobre la base de estas definiciones que se hayan adoptado previamente.

Lo básico, me parece, del análisis en torno a estos tópicos, es qué entendemos por la transferencia y por la separación, porque en la descentralización importa eso: separar del centro las decisiones. Por tanto, hay que responder a decisiones de en qué grado, a qué nivel, en qué ámbito y en qué materias; y es allí donde yo todavía no tengo una definición clara.

L. Sierra: ¿No ayuda la distinción gobierno-administración?

E. Pfeffer: Sí, ayuda. Es evidente que todos los temas referidos al orden público interior deberían estar muy próximamente entregados a la línea central, pero dentro de las funciones de gobierno existen muchas otras áreas y otras expresiones. ¿Cuáles de esas van a quedar residiendo en el Presidente de la República? ¿Vamos a transferir algunas de ellas? La cuestión administrativa a veces no es tan clara en su separación frente a la función política; por lo tanto, es ahí donde me hace falta una mayor profundización de estos tópicos.

L. Sierra: Gracias, Emilio Pfeffer. Jorge Correa.

J. Correa: Volviendo sobre la idea original: la gente en los territorios, ya sea Santiago o en regiones, reclama de la organización pública y del Estado viviendas, salud, caminos, etc. Quienes brindan estos servicios son el Ministerio de Salud, el de Obras Públicas, el de Vivienda, etc. Entonces esta idea de la subsidiariedad competencial a mí me suena como música celestial en la medida en que no resolvemos quién le va a bajar el servicio a la gente. Si lo va a hacer el INDAP, que es un organismo nacional, va a seguir siendo centralista, ya que el Director del INDAP y los ministros van a estar en Santiago. ¿Cómo le entramos entonces a la gradualidad? Hasta ahora le hemos entrado poco y mal, porque los seremis y los jefes de servicio están en Santiago, y el intendente negocia con ellos, invocando el poder del Presidente —que es la misma fuente de poder de los ministros, seremis y jefes de servicio—. ¿Tendrá autoridad el intendente elegido para negociar con fuerza con esas mismas autoridades centrales? ¿Le importará al ministro, en Santiago, que el intendente es legítimo en votos en su región? La elección del intendente puede resultar peor para el poder de las regiones. Es probable que el gobierno central se salte los organismos elegidos y vaya a trabajar directamente con el seremi, por lo que me parece difícil que la cosa funcione por ahí.

Entonces, en este dilema, me hace mucho sentido lo que dice Pablo [Ruiz-Tagle], sobre la gradualidad funcional más que de la gradualidad orgánica, pensando que pueden haber cosas que efectivamente se descentralicen y donde el ministerio no tenga competencia. Por ejemplo, terminar con SERNATUR y que

haya organismos regionales de turismo. Partamos por lo más sencillo, a lo mejor eso lo podemos convenir; Pablo [Ruiz-Tagle] lo sugiere en educación, pero no sé si estamos dispuestos a dar ese salto. Tal vez empezar en lo funcional con órganos menos relevantes para, de esa forma, ensayar otra gradualidad posible y romper la cadena de que todo dependa de Santiago.

L. Sierra: Pero eso está en la Constitución hoy día, ¿o no? La transferencia se le encarga a la ley orgánica constitucional.

J. Correa: Entonces tendrías que tener un ministro de Obras Públicas de la Región de Atacama, que no tenga línea, o solo ciertas líneas, pero que tenga mucha autonomía. Pero esa cuestión es impensable en el Estado de Chile. ¿Es posible imaginar que el MOP va a estar subdividido y que ya no va a haber un MOP nacional? A mí me cuesta pensarlo.

L. Sierra: Gracias, Jorge Correa. José Miguel Valdivia.

J. M. Valdivia: Yo no tengo mucha sensibilidad con estos temas, y no tengo ninguna idea sobre estos temas de distribución del poder en el plano territorial. Pero me imagino que las cosas que se han dicho aquí son todas bien sensatas. Creo que no van a funcionar muy bien si no se define cómo van a recibir plata estos brazos territoriales del Estado, o sin una cuestión más pensada de ordenamiento territorial, de planificación espacial, que creo que no ha estado funcionando bien. Me da la impresión de que estas dos cosas hay que pensarlas juntas. Más allá de eso, me quiero centrar en el problema de los controles.

La pregunta es: ¿cómo se estructuraría este control de legalidad? Creo que, inevitablemente, si alguna de estas reformas prospera se verán, en la práctica y también en lo jurídico, mezcladas las funciones de gobierno y de administración, que se ejercen territorialmente por cuenta del Estado, y las que se ejercen por cuenta de la región. Eso hace difícil pensar que vayamos a tener una división también nacional y subnacional de controles. Creo que debería seguir habiendo un solo tipo de control de legalidad. ¿Cómo se implementa? Creo que los problemas principales donde se nota el control son problemas de manejo de platas, donde hay un componente legal también. Creo que ahí uno advierte las debilidades de nuestro sistema actual, ya que Contraloría se mete poco en los municipios, y tal vez está bien que se meta poco (muchas veces es ineficiente la toma de razón).

Por tanto, uno debería pensar más bien en que entre el control que se ejerce respecto del manejo de recursos públicos, y el control que ejerce la Contraloría, se articule una herramienta que fuese más operativa. Me da la impresión de que, por

ejemplo, no tenemos una herramienta que nos permita hacer frente a contratos abusivos o mal hechos por parte de la Administración. En ese plano, Contraloría no sirve de mucho; sirve preventivamente a lo mejor para algunos contratos estatales importantes a nivel central. Pero deberíamos pensar en una Contraloría que anule o que fuese fiscal y que promueva juicios para controlar efectivamente a los municipios. Creo que si no pensamos en algo así para los municipios o para las regiones, sin aterrizar un poco más esta reforma, nos vamos a encontrar con muchas decepciones ciudadanas y de hacienda.

L. Sierra: Gracias, profesor Valdivia. Gastón Gómez.

G. Gómez: Me desconcierta que tengamos que retroceder para saber si vamos a tener un Estado unitario, un Estado federal o un Estado compuesto. Creo que las cosas serían extraordinariamente confusas y daríamos una señal pavorosa al país si ese fuera el nivel de dudas que tenemos. Creo que el Estado unitario no ha sido tan equívoco y tan ineficiente e incompetente como se sugiere. Creo que efectivamente tiene una serie de problemas muy agudos, de información, de distribución de los recursos, de ineficiencia, etc., pero no creo en la crisis del Estado unitario como aquí se comenta. Sí creo que hay que pensar en fórmulas más complejas y, mientras no seamos capaces de pensar en términos orgánicos, creo que va a ser difícil.

Hay que contestarse algunas preguntas centrales. Por ejemplo, Pablo [Ruiz-Tagle] sostenía transferir poder político; pero si no somos capaces de advertir las consecuencias que tiene para el Estado de Chile una estructura así, política e institucionalmente, con un intendente o autoridades con enormes poderes regionales y con una capacidad de presión significativa sobre el centro, podemos simplemente estar desestructurando el Estado de Chile. Segundo, ¿vamos a tener un derecho nacional o vamos a tener un derecho local? Porque cuando uno piensa en cosas tan simples como el derecho urbanístico, uno perfectamente podría pensar que Chiloé necesita una legislación urbanística especial, o Arica, o Santiago. Si no vamos a tener un derecho nacional, creo que las fracturas son peligrosas. Luego, si no somos capaces de pensar cómo vamos a estructurar el presupuesto o las posturas normativas que se sugiere transferir, cómo vamos a construir una política nacional que le dé sentido de coexistencia a una comunidad política. En otras palabras, estamos pensando en transferir facultades tributarias, pero no hemos pensado nada sobre cómo se van a resolver los conflictos y las tensiones, que es el otro lado de la moneda. Si se los vamos a atribuir, como en algunos países, al

Tribunal Constitucional, ¿vamos a seguirlo hinchando de competencias, esta vez para resolver tensiones?

Entonces, a mí me sigue asustando empujar un barco sin saber cuál es la orilla a la que se va a llegar. Luego, respecto de las transiciones que decía Patricio [Zapata], o de las velocidades que proponía Francisco [Zúñiga], creo que esto merece un debate profundo y yo lo pensaría más en la línea de Jorge [Correa], de pensar en los temas y en las funciones. Como yo lo decía la sesión pasada: cómo se estructuran nacionalmente estas tareas, más que en los órganos. Porque si nos adelantamos vamos a tener señores empoderados o regiones en manos de algunos caciques, como ocurre hoy en algunas regiones, que estén horquillando el sistema político permanentemente. Creo que tenemos que pensar al mismo tiempo en los temas sustantivos (presupuestos, derecho, temas tributarios, solución de conflictos) con las reglas de equidad o de justicia entre las regiones, porque sin ellas este país no va a andar. En otras palabras, no es sencillamente traspasarle unas platas, sino que con qué criterios se las traspasamos a las futuras regiones, para que no lleve a la quiebra al Estado de Chile. Si no hay un criterio, todas las regiones amparadas en el particularismo creen tener derecho a algo en el presupuesto general que es misterioso y oculto para todos.

L. Sierra: Gracias, Gastón. Claudio Moraga.

C. Moraga: A propósito de lo que comentaba el profesor [José Miguel] Valdivia sobre el control, creo que si estamos hablando de descentralización, el control también hay que entregarlo a las regiones. Ahora, evidentemente debe existir un control nacional para la actividad del fisco y del Estado central. Pero yo visualizo, por ejemplo, una Contraloría General Regional para los servicios que ya existen en las regiones, y donde, en mi opinión, para salvar el problema que se ha tocado acá, habría que fortalecer la función de auditoría. Yo creo que la función de auditoría que ha llevado a cabo la Contraloría los últimos años juega un rol educacional en los servicios públicos, que no lo presenta la toma de razón. En la toma de razón, normalmente, cuando hay una representación, o se insiste o no se insiste y si pasa esto último, se guardan los antecedentes. En cambio, en las auditorías es más probable que los servicios públicos traten de hacer un mejoramiento de su propia gestión. Eso es importante y es la columna de lo que debería ser el control administrativo.

Por el lado del control jurisdiccional, a mí me gustaría que ese capítulo 8 (o el que fuere en la nueva Constitución), de justicia electoral, se llamara justicia administrativa. Donde estuviera la justicia electoral, lo que conocemos como

contencioso administrativo, estuviera también la justicia de cuentas. Además, que se le otorgara legitimidad procesal a la Contraloría para poder iniciar, ante esos tribunales, acciones disciplinarias o de responsabilidad civil respecto de los funcionarios públicos que están involucrados en acciones irregulares.

L. Sierra: ¿Quién realizaría esas auditorías? ¿La Contraloría?

C. Moraga: Yo pienso que debe ser la propia Contraloría, porque cuando esta hace una auditoría pone su personal dentro de los servicios.

L. Sierra: ¿Y habría también un control en la región?

C. Moraga: Creo que cada Contraloría Regional debe tener a su cargo el control de legalidad y el control de gestión de las finanzas públicas. Pero creo que no tiene tanta importancia la toma de razón, por ejemplo, y que no es una forma generalizada de control en el nivel regional y local. Pero sí debería fortalecerse este otro instrumento que es la auditoría, ya que creo que puede ser algo a lo cual se le puede sacar buen partido; y que la justicia electoral sea justicia administrativa, transformando los tribunales de primera instancia,alzada y probablemente en última instancia, y que se unifique todo en la Tercera Sala de la Corte Suprema. Ello, obviamente, si es que no se considera establecer otra Corte Suprema especial para lo que es el contencioso administrativo.

L. Sierra: Gracias, Claudio. Patricio Zapata.

P. Zapata: No me gustaría que se dejara establecida una dicotomía entre un grupo de unos pocos entusiastas, y las preguntas muy precisas formuladas por Emilio [Pfeffer] y Gastón [Gómez]. Sería bueno que todos habláramos del diagnóstico y de por qué no estamos satisfechos con un estado de cosas. Creo que hay elementos del diagnóstico que están documentados, con estudios bien hechos, en que se muestran los problemas de eficiencia, de igualdad, de justicia, que plantea el centralismo chileno. Segundo, hay estudios sobre mecanismos y procedimientos, y hay propuestas que se han hecho desde hace 25 años, por ejemplo por el Grupo de los Veinticuatro y por universidades en regiones y en Santiago. Además, a nivel de derecho comparado somos una excepción total y absoluta, y esto es completamente incontestable. Entonces, yo entiendo la necesidad de cautela, prudencia, planificación, moderación, y pónganle 22 adjetivos más si se quiere, pero me parece que si alguien no quiere cambiar el Estado unitario es mejor que lo diga derechamente y que diga que le gusta que en este país tengamos ciudadanos de primera, de segunda y de tercera, dependiendo de donde viven.

L. Sierra: Un poco sesgada la pregunta...

P. Zapata: Estoy diciendo esto porque yo siento que aquí se hace un emplazamiento en un tiempo que no tenemos, ya que cada uno tiene tres minutos para responder en forma exhaustiva todos los detalles de la propuesta de regionalización o de descentralización. Entonces, quiero hacer otro emplazamiento respecto del diagnóstico. A mí me parece profundamente insatisfactoria la forma como está repartido el poder en forma geográfica y territorial en Chile, y en estos minutos que tenemos no podemos dar un desarrollo exhaustivo y, por lo menos, yo he admitido tener dudas. Pero una cosa es tener dudas y otra cosa es cerrarse a la posibilidad de buscar soluciones.

L. Sierra: Gracias, profesor Zapata. Pablo Ruiz-Tagle.

P. Ruiz-Tagle: Me llaman la atención las intervenciones de Gastón [Gómez], quien usa un tono de cautela y de prevención, y yo no entiendo qué es lo que está cuidando; si se trata de un espíritu de defender el Estado unitario o un nacionalismo, cosa que extrañaría mucho de su parte. Por ejemplo, la vez anterior él habló de Valparaíso como una región absolutamente corrupta –y está corrupta por el Estado que tú defiendes, Gastón–. Entonces, creo que los ejemplos que has dado son malos. Hoy has dicho que nuestras propuestas provocarían el quiebre del Estado de Chile. Eso es mucho; creo que está bueno para títulos de libros del año 1973. Además, Gastón, dijiste algo contradictorio: que estabas de acuerdo con la propuesta de Jorge Correa, pero no con la mía, y curiosamente –de manera sorprendente– por primera vez en mucho tiempo Jorge Correa dijo que estaba de acuerdo conmigo. Entonces creo que estás escuchando mal, porque preguntaste cuatro cosas respecto de las cuales cada uno de los que ha hablado se ha referido con bastante especificación, como es el tema del presupuesto, del derecho aplicable, de si va a ser derecho administrativo regional o nacional, de las reglas de equidad entre las regiones (sobre las cuales Jaime Bassa habló largamente). Entonces, creo, Gastón, que estamos queriendo poner pelos en la sopa, y esa no es una buena idea. Vuelvo entonces a la idea de ser cándidos en nuestras convicciones, de decir lo que creemos, de ponerlo sobre la mesa y hablar sobre ello y no hacer este juego.

Respecto de lo último que agregó Claudio [Moraga] sobre la justicia electoral: en parte está recogida en el texto de la Nueva Mayoría. Justamente se trata de independizarla, transformándola en una justicia autónoma y dándole un estatus separado de la Contraloría.

J. Correa: Creo que no hemos conversado nada sobre los municipios. Una descentralización que uno puede hacer es la de los servicios municipales. Si hay algo mal diseñado y con problemas, es la municipalidad.

L. Sierra: Bien, planteemos ahora la discusión sobre los órganos que están hoy en la Constitución.

J. M. Valdivia: Una pregunta, ¿por qué tiene que haber una lista de órganos?

L. Sierra: No necesariamente tiene que haber una, pero esta es la lista que existe hoy.

J. M. Valdivia: Sí, ¿pero por qué tendríamos que seguir pensando en tener una lista? Creo que esto tiene sentido, a lo mejor no en el Tribunal Constitucional, pero sí respecto de cosas que están fuera de la Administración. Hay muchas instituciones, por ejemplo el caso del CNTV, que podríamos corregir, por medio de alguna cláusula general que permita instituir ciertos centros administrativos o de poder, y hacer excepción al poder presidencial, sobre la administración y el gobierno general del país.

L. Sierra: Bueno, esa es la pregunta.

J. M. Valdivia: Yo creo que podemos hacer una cláusula general sin establecer una lista. Yo no pondría ninguna.

L. Sierra: ¿Ninguna? ¿Ni siquiera el Tribunal Constitucional?

J. M. Valdivia: El Tribunal sí, pero no en lo que es la Administración.

L. Sierra: Francisco Zúñiga.

F. Zúñiga: En la sesión anterior habíamos hecho una lista de supermercado, con los organismos constitucionales que estaban y los que aspiran a estar en la Constitución. Creo que esta cuestión nos plantea dos temas. El primero es el de las autonomías constitucionales. Hay dos de ellas que tienen una clara inserción ideológica en la Constitución, que son el Tribunal Constitucional y el Banco Central. Respecto de las Fuerzas Armadas y el Cosena, su inserción y su irrelevancia las damos por descontadas. Por ejemplo, la nueva Ley Orgánica del Ministerio de Defensa Nacional ha sustituido el rol del Cosena, por un Consejo del Estado Mayor de la Defensa Nacional. Segundo, hay organismos del Estado con carácter o naturaleza de tribunal, que perfectamente podrían estar integrados al Poder Judicial, como son los órganos de justicia electoral o el tribunal de cuentas que señalaba Claudio Moraga, y los tribunales administrativos especiales. El Tribunal Constitucional podría ser una sala especializada de la Corte Suprema, como lo es en otros países.

Finalmente, tratándose de estas autonomías constitucionales, yo me pregunto qué persiguen. En la sesión anterior, Luis Cordero se refería a estas, a propósito de la discusión acerca de la necesidad de tener agencias independientes. El modelo nuestro es de superintendencias, dotadas de autonomía legal para hacer supervisión técnica, de legalidad predominantemente objetiva. Si es eso lo que queremos, requerimos de una administración institucional abocada a la autonomía legal que asegure que cumplan ese cometido de supervisión técnica, ya sea con las garantías de estabilidad desde el punto de vista de su régimen estatutario y con las garantías de independencia de quienes sirven sus cargos. Pero de ahí a elevarlos a órganos constitucionales autónomos me parece que hay una tremenda distancia.

La presencia de estos órganos en la Constitución responden a un enfoque de la constitucionalidad económica y tributaria del neoliberalismo que subyace a la Constitución de 1980, lo que es eminentemente defensivo de un orden constitucional maximalista. Es cuestión de trasladar a la Constitución buena parte de las reglas que sustentan el funcionamiento del sistema económico. En suma, lo que podríamos hacer perfectamente es simplificar el funcionamiento del Estado y situar las autonomías constitucionales en el campo de la legislación. Situando en ese campo (Administración institucional) a una parte significativa de las autonomías constitucionales y a las superintendencias, se logra una mayor racionalidad organizacional del Estado y su Administración.

L. Sierra: Gracias. ¿Alguien más cree que estos órganos deben estar en la Constitución?

E. Pfeffer: Yo creo que habría que hacer una distinción entre lo que es la regulación orgánica que está directamente vinculada con cada uno de estos órganos que se anuncian en la lista de lo que es su función. Evidentemente, me parece que no se justifica una referencia en un capítulo especial a las Fuerzas Armadas como lo encontramos hoy. Eso puede responder a un resabio de una Constitución que ya tiene que dar señas de mayor pulcritud democrática. Pero, obviamente, habrá que regular la competencia del Presidente de la República para designar a los Comandantes en Jefe, dar una señal explícita de que las Fuerzas Armadas están subordinadas al poder civil y alguna referencia a la función de estas. Respecto de la Contraloría puede ocurrir algo similar. Lo mismo en relación con el Ministerio Público, donde observamos un conjunto de normas excesivamente desarrolladas que regulan hasta de qué manera se va a hacer efectiva la responsabilidad del fiscal nacional y de los fiscales regionales, cuestión que excede mucho a la Constitución.

Asimismo, la referencia al Cosena, órgano que ha caído en desuso y que ya no justifica su presencia en el texto. La referencia al CNTV en verdad es meramente nominal.

Ahora, sí puede existir un mayor análisis respecto de lo que debe ser el reconocimiento en el texto del Tribunal Constitucional. En lo que se refiere a la justicia electoral, allí puede también simplificarse, aun cuando yo no tendería a evaluar negativamente el desempeño de la justicia electoral en lo que ha sido la función que esta ha desarrollado desde el año 1990 en adelante. En ese sentido, son necesarias las mínimas regulaciones, me parece a mí a la luz de una tradición constitucional. Recordemos que los tribunales calificadoros de elecciones se incorporaron al texto en 1925, después del trauma de la elección presidencial del año 1920, que fue resuelta en un tribunal de honor. Por tanto, un medio racional de solución de conflictos de esa naturaleza puede justificar una regulación breve en el texto.

L. Sierra: ¿Y el Banco Central?

E. Pfeffer: Más allá de lo que ha expresado Francisco [Zúñiga], con lo cual difiero, no reconozco ningún elemento empírico que demuestre que la Constitución haya sido un freno para el desarrollo económico social del país. Tampoco es una referencia muy sustancial, salvo a lo que se refiere al reconocimiento de la autonomía. A mí me parece que la autonomía del Banco Central a nivel constitucional es correcta. Además, la regla –que se ha ocupado en una sola oportunidad– en torno a la discriminación que se le prohíbe cuando adopta acuerdos, es una cuestión de legalidad. Me parece que su reconocimiento constitucional ha sido un activo, ha sido conveniente y ha permitido centrar el manejo macroeconómico del país, y las bondades de los resultados son relativamente satisfactorias.

L. Sierra: Muchas gracias. Quedamos hasta aquí y nos vemos el próximo lunes.



Anexo

Estructura del Estado

Las líneas que siguen contienen algunos datos que pueden servir para discutir la tercera cuestión de reforma constitucional de los “Diálogos constitucionales” en el CEP: estructura del Estado.

Se ordenan según este criterio:

1. Situación constitucional hoy y en textos constitucionales anteriores (CP 1925, CP 1833 y CP 1828).
2. Experiencias comparadas relevantes.
3. Propuestas de cambio: académicas y políticas (estas últimas avanzadas en las campañas de las últimas elecciones y en las últimas elecciones primarias).

Se desarrollan a continuación.

1. Situación constitucional hoy de la estructura del Estado y en textos anteriores (CP 1925, CP 1833 y CP 1828).

La historia constitucional chilena muestra algunas constantes en la estructura del Estado.

1.1. Desde la CP 1828 hay tres poderes públicos fundamentales: Legislativo (bicameral), Administrativo y Judicial, cuyos órganos competentes, ámbito de competencia y procedimiento, están contemplados en la Constitución. Además, desde la CP 1828 las Constituciones han consagrado órganos por los cuales se busca el gobierno y administración interior de la República.

Esta tabla muestra estos tres poderes públicos fundamentales en los distintos textos constitucionales. Se enuncian los respectivos órganos competentes y su generación. “ED” significa elección directa por la ciudadanía:

Diálogos constitucionales

Poderes	CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
Congreso	*Senado (ED) *Cámara (ED)	*Senado (ED) *Cámara (ED)	*Senado (Elegidos por “electores especiales” nombrados por departamentos en número triple del correspondiente de diputados) *Cámara (ED)	*Senado (Elegidos en pares por las Asambleas Provinciales) *Cámara (ED)
Gobierno	*Presidencia de la República (ED, con segunda vuelta)	*Presidencia de la República (ED, sin segunda vuelta, Congreso Pleno)	*Presidencia de la República (Elegido por electores que los pueblos nombran en votación directa. Su número será el triple del correspondiente de diputados)	*Presidencia de la República -Vice-presidencia (Elegidos por electores que las provincias nombren en votación directa, cuyo número será el triple del correspondiente)
Judicatura	*Corte Suprema (CS propone quina y PR designa con acuerdo del Senado) *Cortes de Apelaciones (CS propone terna y PR designa) *Juzgados de Letras (CA propone terna y PR designa)	*Corte Suprema (CS propone quina y PR designa) *Cortes de Apelaciones (CS propone terna y PR designa) *Juzgados de Letras (CA propone terna y PR designa) *Tribunales Administrativos	*“Tribunales Superiores” -(Corte Suprema) -(Corte de Apelaciones) *Juzgados de Letras Todos son nombrados por el PR, previa propuesta del Consejo de Estado, previa propuesta, a su vez, del “tribunal superior”	*Corte Suprema (Nombrados por ambas Cámaras del Congreso reunidas) *Cortes de Apelaciones (CS propone terna y PR designa) *Juzgados de Letras (Asambleas Provinciales propone terna y designa PR) *Jueces de Paz

La siguiente tabla muestra la estructura de gobierno y administración interior de la República. Se enuncian los respectivos órganos y su generación. “ED”, como ya se dijo, significa elección directa por la ciudadanía; “DPR”, significa designación por el Presidente de la República; “DG”, designación por el Gobernador; y “DSD”, designación por el Subdelegado. Al final de cada casillero, se menciona la respectiva unidad político-geográfica.

CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
*Gobierno regional -Intendencia (DPR) -Consejo Regional (ED) Región	*Intendencia (DPR) *Asamblea Provincial (Designados por las municipalidades de la provincia) -Intendente es “Presidente” de la Asamblea Provincial Provincia	*Intendencia (DPR) Provincia	*Asamblea Provincial (ED) *Intendencia (DPR sobre terna de la Asamblea Provincial) Provincia
*Gobernación (DPR) Provincia	*Gobernación (DPR) Departamento	*Gobernación (DPR) Departamento	
	*Subdelegación (DG) Subdelegación	*Subdelegación (DG) Subdelegación	
	*Inspección (DSD) Distrito	*Inspección (DSD) Distrito	
*Municipalidad -Alcalde (ED) -Concejo Comunal (ED) Comuna	*Municipalidad -Alcalde (Designado por los regidores y, en algunos casos, DPR) -Regidores (ED) Comuna	*Municipalidad -Alcalde (ED) -Regidores (ED) -Gobernador es “jefe superior” de las municipalidades de su distrito y “presidente” de la que exista en la capital -Subdelegado es “presidente” de la municipalidad de su subdelegación. Distrito	*Municipalidad -Gobernador (electo por la municipalidades) *Municipalidades (ED) Distrito

1.2. Desde la CP 1833, las constituciones afirman una forma unitaria de Estado: los tres poderes mencionados están centralizados. En esto la CP 1828 fue especial, por la figura tan central que en ella tenían las Asambleas Provinciales. En esa Constitución, la forma del Estado no era tan expresamente unitaria como lo ha sido desde 1833. Cabe recordar que si alguna vez ha tenido fuerza el federalismo en Chile fue, precisamente, alrededor de la CP 1828¹.

¹ Al respecto, es interesante observar que la CP disponía que las Asambleas Provinciales, además de elegir cada una dos senadores y proponer en terna al Presidente de la República los intendentes y jueces de letras, entre otras, podían establecer las municipalidades, autorizar los presupuestos de estas, y distribuir las contribuciones entre los “pueblos” de las provincias.

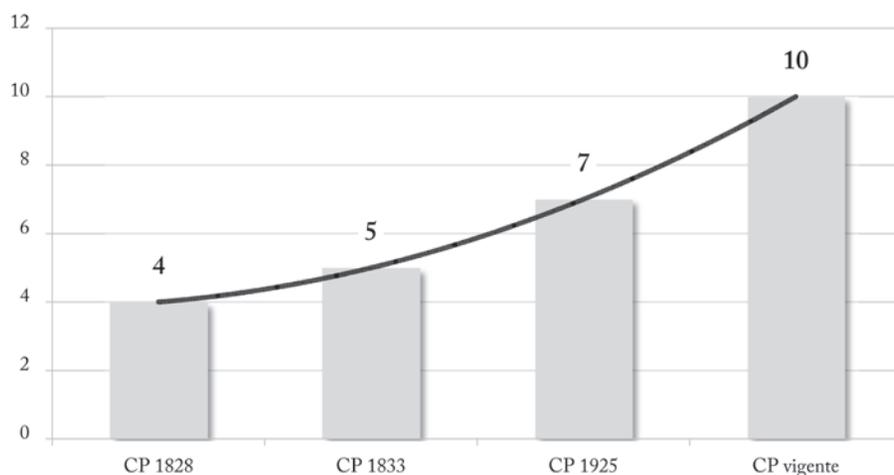
Sobre este punto, hoy la Constitución dice: “El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”. La CP 1925, por su parte, sostenía: “El Estado de Chile es unitario. Su territorio se divide en regiones. La Ley propenderá a que su administración sea funcional y territorialmente descentralizada”. La CP 1833, por último, decía: “La República de Chile es una e indivisible”.

1.3. Desde la CP 1828 los textos constitucionales muestran un progresivo aumento de órganos que reciben consagración constitucional, adicionales a los poderes públicos señalados más arriba. Desde una Constitución con pocos órganos adicionales al Congreso, Gobierno y Judicatura, como la de 1828, nos hemos venido moviendo progresivamente a Constituciones con un número creciente de órganos adicionales.

La tabla que viene muestra los órganos adicionales a los tres poderes públicos y a la estructura de gobierno y administración ya mencionados, consagrados por los textos constitucionales.

Órgano adicional	CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
Municipalidades	x	x	x	x
Órgano colegiado provincial o regional	x	x		x
FF.AA.	x	x	x	x
Comisión Permanente o Conservadora			x	x
Consejo de Estado			x	
Superintendencia de Educación Pública			x	
Justicia Electoral	x	x		
Contraloría General de la República	x	x		
Tribunal Constitucional	x	x		
Banco Central	x	x		
Ministerio Público	x			
Consejo de Seguridad Nacional	x			
CNTV	x			

El gráfico a continuación muestra la evolución en la cantidad de órganos consagrados por las Constituciones, es decir, su inflación orgánica.



2. Experiencias comparadas relevantes

A continuación se presentan experiencias constitucionales a nivel comparado respecto de poderes del Estado y órganos constitucionales y respecto de la organización territorial.

La primera tabla (2.1) contiene un resumen sobre los poderes públicos del Estado y los órganos consagrados en la Constitución respecto de Perú, España, Colombia y México. La segunda tabla (2.2) contiene un resumen sobre la organización territorial respecto de Francia, Holanda, Nueva Zelanda, Perú, Colombia y España.

2.1 Poderes públicos y órganos constitucionales

País	Gobierno	Congreso	Judicatura	Órganos constitucionales
Perú	<ul style="list-style-type: none"> -Presidente, elegido por votación directa -2 Vicepresidentes, elegidos por votación directa -Consejo de Ministros con Presidente del Consejo 	<ul style="list-style-type: none"> -Unicameral: 120 congresistas -Comisión permanente 	<ul style="list-style-type: none"> -Corte Suprema -Autonomía presupuestaria -Juzgados de Paz elegidos por votación popular -Consejo de la Magistratura: nombramiento por distintas instituciones y órganos -Comunidades campesinas y nativas con funciones jurisdiccionales 	<ul style="list-style-type: none"> -Contraloría General de la República -Banco Central -Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones -Ministerio Público -Defensoría del Pueblo -Órganos del sistema electoral: Jurado Nacional de Elecciones, Oficina de Procesos Electorales y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil -Tribunal Constitucional: nombramiento por el Congreso. Conoce de garantías constitucionales -Gobiernos regionales y locales -Sin potestades públicas: FF.AA. y Policía Nacional
España	<ul style="list-style-type: none"> -Presidente del Gobierno: parlamentarismo -Vicepresidentes (eventual) -Consejo de Ministros 	<ul style="list-style-type: none"> -Cortes Generales: a) Congreso de los Diputados: 300 a 400 diputados b) Senado: representación territorial -Diputación permanente en cada Cámara 	<ul style="list-style-type: none"> -Tribunal Supremo: presidente nombrado por Consejo General del Poder Judicial: órgano de gobierno del Poder Judicial, nombramiento por distintos órganos del Estado 	<ul style="list-style-type: none"> -Ministerio Fiscal -Tribunal de Cuentas (depende de Cortes Generales) -Defensoría del Pueblo (alto comisionado de las Cortes Generales) -Tribunal Constitucional: nombramiento por distintos poderes. Conoce de garantías constitucionales -Comunidades autónomas y gobiernos locales -Sin potestades públicas: FF.AA.

Cuestión III / Estructura del Estado

País	Gobierno	Congreso	Judicatura	Órganos constitucionales
Colombia	-Presidente, elegido por votación directa -Vicepresidente, elegido por votación directa	a) Senado: 100 miembros elegidos en circunscripción nacional y 2 miembros por circunscripción indígena b) Cámara de Representantes: número variable elegidos en circunscripciones territoriales y especiales	-Corte Suprema -Consejo de Estado (tribunal supremo contencioso administrativo) -Fiscalía General de la Nación (acción penal) -Consejo Superior de la Judicatura: 2 salas (administrativa y jurisdiccional disciplinaria) con nombramiento por distintos órganos -Jurisdicciones especiales: pueblos indígenas y Jueces de Paz -Corte Constitucional: nombramiento por distintos poderes, revisión facultativa de decisiones sobre garantías constitucionales	-Ministerio Público (Procurador General de la Nación, defiende los intereses de la sociedad y protección del interés público) -Defensor del Pueblo (forma parte del Ministerio Público) -Contraloría General de la República (vigilancia de la gestión fiscal y control financiero, tiene autonomía) -Órganos electorales: Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional de Estado Civil -Banco Central -Consejo Nacional de Planeación -Contador General (contabilidad de la Nación) -Gobiernos regionales, locales y territorios indígenas

País	Gobierno	Congreso	Judicatura	Órganos constitucionales
México	-Presidente, elegido por votación directa	a) Cámara de Diputados: 500 diputados b) Senado: 128 senadores -Comisión Permanente: 19 diputados y 18 senadores	-Suprema Corte de Justicia: 11 ministros designados por el Senado a partir de propuesta del Presidente. Conoce también de las acciones constitucionales (no hay Tribunal Constitucional) -Tribunal Electoral: máxima autoridad electoral. Se compone de una Sala Superior (7 magistrados elegidos por el Senado a propuesta de la Suprema Corte) y salas regionales -Consejo de la Judicatura Federal: 7 miembros. Administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial	-Ministerio Público -Comisión Nacional de DD.HH. -Banco Central -Instituto Federal de Acceso a la Información Pública -Instituto Nacional Electoral -Instituto Federal de Telecomunicaciones -Comisión Federal de Competencia Económica -Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social -Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica -Estados y gobiernos locales

2.2 Organización territorial

País	Primer nivel subnacional	Segundo nivel subnacional	Tercer nivel subnacional
Francia	Regiones: Consejo Regional (sufragio directo) con un Presidente (elegido por el Consejo)	Departamentos: Consejo General (sufragio directo) con un Presidente (elegido por el Consejo)	Municipios: -Consejo municipal (sufragio directo) con un Alcalde (elegido por el Consejo) -Desde 2012: se permite creación de intercomunidades
Holanda	Provincias: Estado Provincial (sufragio directo) y un Gobernador (nombrado como Comisario del Rey)	Municipalidades: Consejo municipal (sufragio directo) y Alcalde (sufragio directo)	
Nueva Zelanda	Regiones: Consejos Regionales (sufragio directo)	1° Autoridades Territoriales (sufragio directo): a) Distritos: District Council b) Ciudades: City Councils 2° Autoridades unitarias: autoridades territoriales con funciones de Consejos Regionales	
Perú	Gobiernos Regionales: Consejo Regional (sufragio directo), Presidente y Vicepresidente (sufragio directo) y Consejo de Coordinación Regional (alcaldes provinciales y representantes de la sociedad civil) -Regiones se dividen en Departamentos	Gobiernos Locales: Provincias, que se dividen en Distritos y Centros Poblados -Consejo municipal (sufragio directo) y Alcalde (sufragio directo)	

País	Primer nivel subnacional	Segundo nivel subnacional	Tercer nivel subnacional
Colombia	Departamentos: Asamblea Departamental (sufragio directo) y Gobernador (sufragio directo pero Presidente tiene cierto control sobre él)	-Municipios: Consejo municipal (sufragio directo) y Alcalde (sufragio directo) -Distritos: municipios con características que los destacan -Se permite creación de Áreas Metropolitanas	Territorios indígenas: Consejos Indígenas (No necesariamente son un tercer nivel, depende de su estructuración territorial)
España	Comunidad Autónoma: Asamblea Legislativa (sufragio directo), Consejo de Gobierno, Presidente (elegido por la Asamblea de entre sus miembros) y Tribunal Superior de Justicia	Administración Local: a) Provincia: agrupación de municipios y división territorial. Diputaciones o Corporaciones representativas b) Municipio: Concejales (sufragio directo) y Alcalde (sufragio directo o elegido por Concejales)	

3. Algunas propuestas de reforma

A continuación se presentan algunas propuestas de reforma en torno a la estructura del Estado. Se dividen en tres grupos: propuestas académicas, formuladas en contribuciones recientes por profesores de derecho constitucional (3.1.); propuestas políticas, contenidas en los programas de gobierno y otros documentos, de los principales candidatos en elecciones presidenciales y primarias del proceso electoral chileno de 2013 (3.2.); y otras propuestas, de centros de estudios, legislativas y de grupos de trabajo (3.3.). Las propuestas que siguen no pretenden ser comprehensivas de la amplia variedad de opiniones en torno al contenido de la Constitución. Estas propuestas se subdividirán cuando corresponda, señalando subtópicos de interés dentro del tema estructura del Estado.

3.1. Propuestas académicas

Propuesta de Patricio Zapata L.

Contenidos de la Nueva Constitución

[...]

e. Justicia para las Regiones: La Nueva Constitución romperá con el centralismo del Estado chileno. Se establecerán gobiernos regionales que, liderados por jefes ejecutivos por votación directa, dispondrán de facultades y recursos suficientes para constituirse en verdaderos ejes del desarrollo territorial (Zapata 2014, p. 114).

Propuesta de Enrique Navarro B.

Fortalecimiento de la Judicatura: Autonomías Judiciales

El Poder Judicial debe contar con la debida autonomía que fortalezca sus atribuciones. La autonomía debe entenderse en un sentido amplio: a) operativa (de modo de tener las herramientas legales para adecuar su propia institucionalidad a los requerimientos de la población); b) financiera (de manera de poder contar con los recursos necesarios para satisfacer la demanda nacional de justicia); c) funcional (adoptando los resguardos pertinentes para que los jueces desarrollen sus funciones jurisdiccionales con entera independencia de otra autoridad); d) de generación (reestudiándose el sistema de nombramiento, en materia de plazos y silencios tácitos); e) retributiva (propiciar las condiciones para obtener una remuneración digna, acorde con la importancia de la función); y f) estructural (mejorando la estructura de los entes de apoyo al Poder Judicial).

Fortalecimiento de la Contraloría General de la República

Resulta indispensable fortalecer la autonomía de este órgano, que ha tenido una labor relevante en los últimos ochenta años de nuestra institucionalidad, en particular otorgarle todos los recursos humanos y materiales necesarios para el correcto desempeño de sus funciones. También nos parece que debe revisarse el trámite de toma de razón y su alcance, de modo que junto con el debido control de la legalidad se permita el eficiente cumplimiento de las finalidades a que están llamados a cumplir los órganos fiscalizados, eliminándose exenciones, como es el caso de los actos municipales, sujetos más bien a registro. Del mismo modo, podría regularse más detalladamente la función dictaminante de la Contraloría, dada la importancia que ha adquirido en los últimos años (Navarro 2014, pp. 23-24).

Propuesta de Francisco Zúñiga U.

Congreso Nacional

Con independencia del modelo presidencial flexible moderado o semipresidencial, se propone diferenciar los roles institucionales de las Cámaras del Congreso Nacional, guardando coherencia esta diferenciación con el régimen político y la nueva forma jurídica de Estado regional que el fortalecimiento de la descentralización considera. [...]

Se puede considerar la idea de que el Senado sea la Cámara de representación territorial de las regiones, conservando, en todo caso, sus atribuciones moderadoras, cuasi judiciales y políticas. [...]

La Cámara de Diputados mantendrá su rol político por excelencia y, sin perjuicio de que ambas Cámaras mantienen su rol en la formación de la ley, en caso de discrepancia primará la decisión de la Cámara de Diputados.

Administración militar y policial, Administración institucional, control de la Administración del Estado y Justicia de Cuentas

En función del principio democrático y de subordinación de los institutos tradicionales al poder civil, la Nueva Constitución elimina los capítulos referidos a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y el Consejo de Seguridad Nacional para quedar estos en la administración militar y/o policial según sea el caso, a fin de reafirmar su dependencia política, técnica y estratégica del Gobierno y de los ministerios sectoriales.

Asimismo, el Banco Central, el Consejo para la Transparencia y las instituciones fiscalizadoras de la administración económica deben ser incorporadas a la administración institucional, lugar en el Estado en que la ley les reconoce su autonomía, configura sus competencias, define su estatuto funcional especial con una carrera adecuada al rol institucional y establecerá el régimen de controles y responsabilidades (sin perjuicio de la responsabilidad constitucional de sus órganos superiores), así como sus relaciones interinstitucionales deberán ser establecido en la ley. [...]

Gobierno y Administración Territorial

En las regiones [...], el Intendente conservará el rol de autoridad política o gubernativa, desconcentrada del Presidente de la República y de su exclusiva confianza y, por otra parte, existirá un Gobierno Regional, persona jurídica de derecho público, que tiene por función la administración superior de la región. El Gobierno Regional reunirá los siguientes órganos: un Presidente Regional, una Asamblea Regional y los servicios públicos regionales, estructurados a partir del Gobierno.

La Asamblea Regional será elegida directamente por la ciudadanía de la región. A dicha Asamblea Regional o a la ciudadanía de la región le correspondería elegir al Presidente de la región, quien se desempeñará como órgano ejecutivo del Gobierno Regional. La Asamblea Regional conservará sus roles de órgano normativo, resolutivo y fiscalizador del Presidente de la región y de los servicios públicos y será la máxima instancia de representación y participación política de la ciudadanía.

La administración municipal, autónoma y descentralizada, seguirá descansando en un principio democrático en la generación de sus autoridades máximas, que serán el Alcalde y el Consejo, y en sus funciones propenderá al desarrollo comunal, a la integración y participación de la ciudadanía vecinal (Zúñiga 2014b, pp. 36-38).

Propuesta de Sebastián Piñera E. e Ignacio Rivadeneira H.

Propuestas de modernización de la Contraloría

- Fortalecimiento del control preventivo de los actos de la administración y aplicación efectiva del principio general de procedencia del trámite de toma de razón.

- Duplicar su presupuesto en cuatro años y darle mayor autonomía en la administración de sus recursos.
- Modernización y profesionalización de la planta de la Contraloría General de la República.
- Perfeccionamiento de los controles internos de las reparticiones y servicios públicos.
- Perfeccionamiento del procedimiento de designación de Contralor.
- Fortalecimiento de las funciones de control selectivo ex post de las actuaciones de la administración.
- Establecer una profunda reingeniería y modernización, tanto funcional como tecnológica, al interior de la Contraloría.
- Fortalecer la función de capacitación y formación ética de los funcionarios públicos.
- Aumentar la difusión y publicidad de las actuaciones de la Contraloría.
- Establecimiento de medidas efectivas tendientes a favorecer las denuncias por particulares y desde el interior de la administración y a proteger la identidad de los denunciantes.
- Mejorar las rentas de las autoridades y funcionarios de la Contraloría.
- Incluir a todas las empresas públicas bajo la fiscalización de la Contraloría General de la República.

Modernización del Estado

Creemos que, para su debida eficacia, las propuestas anteriores deberán formar parte de una gran modernización del Estado, tendiente a dotarlo de las funciones, organización, personal y recursos para que, tal como lo establece nuestra Constitución Política, esté al servicio de la persona humana y promueva el bien común, contribuyendo a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

En concreto, proponemos:

- Ampliar y acelerar la incorporación de los Servicios Públicos al sistema de designación de sus directores por los mecanismos contemplados en el Sistema de Alta Dirección Pública. A este respecto, proponemos establecer un calendario para que en un plazo breve se provean los 56 servicios actualmente contemplados pero no concursados y modificar la ley para incorporar los 29 servicios excluidos, entre ellos Chiledeportes, Sernam, Instituto Nacional de la Juventud, Servicio Nacional de Menores, Servicios de Impuestos Internos, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), etc.
- Revisar los mecanismos de asignación de fondos públicos, de manera tal de garantizar su plena transparencia y ecuanimidad. A este respecto creemos que las asignaciones directas de recursos debieran reservarse para casos muy calificados y excepcionales, mediante resoluciones fundadas y con plena transparencia.

- Revisión completa del Servicio Electoral, a fin de proveerlo de los medios materiales y humanos necesarios para una adecuada y eficaz fiscalización de los procesos electorales y perfeccionamiento de la ley electoral en materia de controles y sanciones (Piñera y Rivadeneira 2007).

3.2. Propuestas políticas 2013

Propuesta candidatura presidencial de Michelle Bachelet Jeria

Programa de Gobierno. Contenidos básicos de una Nueva Constitución Política

Sistema Político

La Nueva Constitución Política deberá establecer que Chile es un Estado social y democrático de Derecho; siendo su forma política una República Democrática. Y que la soberanía nacional reside en el pueblo de Chile, del que emanan los poderes del Estado. Se deberá plasmar una democracia representativa.

El Estado Social y Democrático de Derecho. En la Constitución Política se deberá reconocer bajo esta cláusula que el Estado no solo es un sistema de potestades, sino un conjunto de deberes de “buen Gobierno” y de satisfacción de necesidades públicas que son consustanciales a la legitimidad misma del Estado y del Poder. Se funda en la dignidad, libertad e igualdad de las personas, así como los principios participativo, pluralista y de solidaridad.

Se trata, ante todo, el Estado social de un Estado de Derecho, fundado en el principio de legalidad y en el respeto de derechos fundamentales, de suerte que la fuente y medida de toda autoridad sea el Derecho mismo. El Estado Social es un Estado democrático, en que el poder electoral reside en el pueblo y su ejercicio se verifica en el poder a través de instituciones, procedimientos y técnicas representativas y participativas.

La República Democrática. Las democracias pluralistas combinan elementos de representación y participación en su versión contemporánea. Sus principios básicos son la representación política y la participación, en una ecuación de equilibrio. Esta definición republicana es una opción histórica por la electividad de los cargos públicos, la alternancia en el poder y la responsabilidad en el ejercicio del poder.

La República Democrática exige un sistema de rendición de cuentas y, por tanto, de controles y responsabilidades sociales, políticas y jurídicas en el ejercicio del poder.

Estado Laico. La Nueva Constitución, junto con reafirmar la separación entre el Estado y las Iglesias, y la neutralidad del Estado frente a la religión, con el pleno respeto por las creencias religiosas y éticas de las personas, y la práctica del culto, garantizará la igualdad entre las distintas confesiones religiosas.

Hacia una efectiva descentralización y poder de las Regiones. La Nueva Constitución romperá con el centralismo del Estado chileno. Se establecerán gobiernos regionales que, liderados por jefes ejecutivos elegidos por votación directa, dispondrán de auto-

mía, facultades y recursos suficientes para constituirse en verdaderos ejes del desarrollo territorial.

Poder Judicial. El Poder Judicial es clave, no solo en la tutela judicial del derecho y la seguridad jurídica, sino en el Estado de Derecho mismo. Por lo anterior, junto con asegurar su independencia y autonomía, se hace necesario fortalecer al Poder Judicial en sus funciones jurisdiccionales asegurando la plenitud y unidad de la jurisdicción. La Constitución asegurará la unidad de la jurisdicción, sometiendo a la Justicia Militar y al Ministerio Público Militar a un régimen compatible con la administración de justicia de un Estado de Derecho. En este mismo sentido la Justicia Militar conforme su propia naturaleza y origen histórico solo será aplicable a los militares y bajo ningún pretexto a los civiles en tiempos de paz, velándose por el respeto de la garantía constitucional al debido proceso.

Tribunal Constitucional. La Nueva Constitución debe hacerse cargo de que el Tribunal Constitucional es una institución contramayoritaria, pues tiene el poder de contrarrestar decisiones democráticas. Para ello, se propone una nueva generación del Tribunal Constitucional desde los poderes públicos democráticos, sin injerencia de la Corte Suprema, en número impar, eliminando el voto dirimente o de calidad de su Presidente. Con la finalidad de racionalizar el rol contramayoritario del Tribunal, se requiere reordenar sus competencias, fortaleciendo su comprensión como tribunal, resolviendo conflictos, por lo que se hace imperioso suprimir las competencias de control preventivo de constitucionalidad de normas, tanto del control preventivo obligatorio como facultativo. Asimismo, el Tribunal Constitucional tendrá una nueva competencia consultiva para, a petición de cualquiera de las Cámaras, examinar la necesidad de adecuación del derecho interno con motivo de la aprobación parlamentaria de tratados internacionales de derechos humanos.

Finalmente, la Constitución debe establecer mecanismos de coordinación sistemática del Tribunal Constitucional con los tribunales que integran el Poder Judicial y la Justicia Electoral, para asegurar el debido cumplimiento de sus decisiones cuando corresponda.

Fuerzas Armadas. Para la Nueva Constitución las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública serán instituciones esencialmente obedientes al poder constitucional, no deliberantes, disciplinadas y partícipes del desarrollo del país a nivel nacional y regional. Las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública tendrán el monopolio instrumental de la fuerza coactiva. Tendrán como fines la defensa nacional, la seguridad y el orden público, según sea el caso, con pleno respeto de los derechos humanos, del medioambiente y los recursos nacionales estratégicos de la Nación.

El Banco Central. El Consejo para la Transparencia y las instituciones fiscalizadoras son situadas en la administración institucional, se les reconoce su autonomía y la ley establecerá la medida de la autonomía y de la configuración de sus competencias.

Propuesta candidatura presidencial de Evelyn Matthei Fornet

Descentralización de Verdad

Santiago no es Chile. Algunos creen que las reformas constitucionales consisten en darle más poder al Gobierno central y que las políticas públicas se pueden diseñar e implementar desde la capital hacia el resto del país. Nosotros, por el contrario, creemos que el camino al desarrollo es uno que nace y se extiende por las regiones, de norte a sur. Es por ello, y porque creemos que en las regiones está el futuro de Chile, proponemos:

Asambleas Regionales. Será la primera instancia plena de participación efectiva en los asuntos y leyes que impactan a la región.

Crearemos un órgano representativo en cada región, que fusione colectivamente los cargos electivos, e integrado por: los consejeros regionales; los alcaldes; los dos concejales más votados de cada comuna; y los parlamentarios de la región.

La Asamblea Regional tendrá la facultad de proponer a los órganos regionales y nacionales una estrategia de desarrollo regional; intervenir en el proceso de formación de leyes tributarias que impacten la región; en el nombramiento de funcionarios públicos del alto nivel de servicios descentralizados ubicados en la región y podrá requerir al Tribunal Constitucional (TC) la declaración de inconstitucionalidad de decretos supremos y reglamentos que tengan por único destino normativo la región respectiva; y servir de órgano de consulta de las instancias regionales o nacionales sobre materias que sean de relevancia para la respectiva región.

Descentralización Tributaria Regional. Los impuestos generados en regiones merecen quedarse y beneficiar a estas más que lo que actualmente ocurre. Así, por ejemplo, las inversiones que se hagan en regiones deben beneficiar más y mejor a estas.

Para ello queremos ampliar el principio constitucional que autoriza al legislador a aplicar en las regiones tributos que graven actividades con clara identificación local o regional. En este proceso, las Asambleas Regionales tendrán una voz institucional crucial.

Más Atribuciones y Recursos a los Gobiernos Regionales. Vamos a simplificar y ampliar la transferencia de competencias del Presidente a los Gobiernos Regionales.

Hoy, la Constitución encarga a la ley orgánica respectiva determinar la forma y modo en que el Presidente podrá transferir competencias administrativas a los Gobiernos Regionales. Debemos ser más audaces y simplificar esta transferencia de competencias, ampliando, además, el número de materias que pueden ser objeto de dicha delegación. En cuanto a los recursos, esperamos en nuestro período de gobierno que la asignación regional de recursos públicos en su territorio sea al menos equivalente al 50% del gasto respectivo.

Más autonomía al CORE: el Intendente Regional ya no será Presidente del Consejo Regional. Daremos más atribuciones al presidente del Consejo Regional como figura distinta del intendente, entre las cuales estará la de dirigir la Asamblea Regional.

El fondo de la iniciativa apunta a separar las funciones del actual Intendente con las del Presidente del Gobierno Regional (al modo de la diferencia entre el Ejecutivo y el Legislativo, a nivel nacional). Esto es impostergable, considerando que con la elección directa de los consejeros regionales debieran ser estos quienes designen al Presidente del Consejo Regional. Ello supone un acabado estudio de separación de funciones –hoy la calidad de Intendente y Presidente del Consejo Regional se confunden– a fin de delimitar con claridad las mismas y evitar conflictos de competencia.

Municipios más potentes. Que los municipios puedan hacer todo aquello que no esté expresamente entregado al gobierno central. Creemos que el desarrollo local es la base del progreso regional y el cimiento desde donde se edifica el edificio institucional del país.

Proponemos consagrar expresamente que los municipios puedan ejercer siempre las funciones y atribuciones que no requieran de recursos económicos para el mejor desarrollo de su labor. Ello es necesario a la luz de que en el derecho público chileno las autoridades solo pueden abocarse a aquellas tareas en que la ley les haya conferido competencia. Con el mismo propósito, proponemos dotar de atribuciones normativas en el ámbito tributario local (contribuciones, derechos municipales y patentes) para que los municipios puedan suspender o reducir temporalmente la aplicación de algunos de ellos con el fin de lograr desarrollo, generar empleo y atraer inversiones.

Propuesta candidatura presidencial de Marco Enríquez-Ominami

La administración política de la región

La regionalización, como elemento esencial, no puede ser entendida de otra manera que como redistribución del poder político en el cuerpo social y administrativo de todo el territorio. El primer punto a considerar es, entonces, la elección y revocación popular de los intendentes, y la generación de una verdadera asamblea legislativa regional, también elegida por votación con poder de decisión en la destinación de los recursos, designación de funcionarios, fusión de municipalidades, además de un conjunto de otras medidas tributarias o presupuestarias.

Junto a lo anterior se requiere densificar el poder político ciudadano. La elección directa de las autoridades es la mitad de ese proceso. El resto está en las competencias y funciones efectivas de esas autoridades, y los niveles de autonomía financiera y de proyectos que exhiben.

Nuestra propuesta es recuperar la capacidad de planificar de manera integral los espacios urbanos, no dejarlos a los automatismos del mercado. Debemos planificar nuestras ciudades para los próximos cien años mediante procesos participativos que integren al sector público, privado y, fundamentalmente, a la sociedad civil y sus organizaciones, con visiones compartidas y soluciones articuladas y, sobre cierto volumen de población, dotarlas de la figura de los alcaldes mayores. Debemos entender que una nueva geo-

grafía urbana en un país de cinco mil kilómetros de longitud, y apenas un centenar de ancho, debe crear incentivos para la construcción y expansión de nuevos ejes urbanos que hagan centro en las regiones, plenos de servicios, de innovación, de modernidad, cultura, recreación e identidad de territorios. Es necesario construir una estructura de administración de la ciudad que permita la especialidad funcional y al mismo tiempo su gobierno político integrado. Solo así habrá diálogo fluido entre las autoridades y los ciudadanos y sus asociaciones múltiples de interés, de manera transparente y productiva. Vivienda, infraestructura, espacios recreativos y culturales, servicios básicos y territorios de actividad productiva claramente definidos permitirán ganar a la ciudad como lo que es, una asociación de intereses que se expresan como un gran espacio público integrado, como un hábitat que tiene como valor de orientación el bienestar y la inclusión de todos sus habitantes.

Estado federal

Si bien creemos que el carácter unitario del Estado es adecuado a nuestra realidad, aspiramos avanzar hacia una versión atenuada de federalismo. Por ello proponemos que el Gobierno y la Administración superior de las regiones le corresponda a un Consejo Regional elegido directamente por los habitantes de la respectiva región basándose en un sistema proporcional, cuyo carácter será normativo, resolutivo y fiscalizador dentro del ámbito propio de competencia del Gobierno Regional.

Poder Legislativo

Creemos que la dimensión legislativa de la soberanía debe quedar radicada en una Asamblea Nacional Unicameral integrada por 150 miembros elegidos directamente por los ciudadanos, en base a un sistema proporcional que ponga término definitivo al sistema binominal. Respecto del sistema electoral, los progresistas proponemos una propuesta denominada “sistema proporcional competitivo” que, creemos, responde adecuadamente a las aspiraciones de los ciudadanos.

Poder Judicial

Los Progresistas creemos en la independencia de los poderes del Estado. En ese sentido, nos parece incorrecto que el Poder Judicial esté supeditado a la voluntad del Ejecutivo respecto de su presupuesto. Por ello, proponemos que el Poder Judicial cuente con presupuestos plurianuales que permitan mejorar la calidad de su funcionamiento. Finalmente, creemos que la Justicia Constitucional debe contar con genuinas facultades jurisdiccionales, a fin de que siempre se respeten las garantías de los ciudadanos por sobre cualquier otra consideración o tecnicismo.

Propuesta candidatura en elecciones primarias de Andrés Allamand

Propuestas de reformas constitucionales

Punto de quiebre en la descentralización

Algunos creen que las reformas constitucionales consisten en darle más poder al Gobierno central, que efectivamente “Santiago es Chile” y que las políticas públicas se pueden diseñar e implementar desde la capital hacia el resto del país. Nosotros, por el contrario, creemos que el camino al desarrollo es uno que nace y se extiende por las regiones, de norte a sur. Es por ello, y porque creemos que en las regiones está el futuro de Chile, proponemos:

Establecer el principio de descentralización activa. Queremos consagrar el principio en virtud del cual el legislador frente a cualquier creación o entrega de atribuciones, competencia, recursos, etc., a antes de la administración del Estado, esté obligado a evaluar su radicación o transferencia, primero, en los gobiernos locales, de lo contrario, en los gobiernos regionales, y solo en última instancia en el gobierno central [Artículo 3 CPR]. Para que no se trate solo de un principio declarativo, se establecerá la obligación legal de que cada proyecto de ley que recaiga en esta materia cuente con un informe de descentralización, equivalente al actual informe financiero, que justifique porqué se descartó la institucionalidad local o regional [Artículo 17 LOC Congreso Nacional].

Instaurar la “Descentralización Tributaria Regional”. No cabe duda que uno de los desafíos más importantes para fomentar las inversiones y desarrollo de grandes proyectos productivos dice relación con establecer el aporte que el mismo realizará a la comunidad donde se emplace para efectos de contribuir a su desarrollo. Se trata nada menos que un instrumento de descentralización fiscal en beneficio de la comunidad local. Para ello queremos ampliar el principio constitucional en virtud del cual se autoriza al legislador a afectar tributos que tengan un claro impacto regional o local, para darle base constitucional a esta iniciativa [Artículo 19 núm. 20 CPR].

Simplificar la transferencia de competencias del Presidente a los Gobiernos Regionales. Hoy, la Constitución encarga a la LOC respectiva determinar la forma y modo en que el Presidente podrá transferir competencias administrativas a los Gobiernos Regionales. El Gobierno presentó un proyecto de ley en esta materia que implementa dicha facultad, que hoy es letra muerta. En todo caso es necesario ampliar el número de materias que pueden ser objeto de dicha delegación [Artículo 114 CPR].

Separar la figura del Presidente del Consejo Regional de la del Intendente Regional. Hoy, la Constitución le encarga a la LOC respectiva determinar las funciones y atribuciones del primer cargo las que hoy en la práctica son mínimas. El fondo de la iniciativa apunta a separar las funciones del actual Intendente con las del presidente del Gobierno Regional, más aun considerando que con la elección directa de Cores debieran ser ellos quienes designen al presidente del Consejo Regional. Ello supone un acabado estudio

de separación de funciones –hoy la calidad de intendente y presidente del Consejo Regional se confunden– a fin de delimitar con claridad las mismas y evitar conflictos de competencia [Artículo 113 CPR].

Principio de actuación residual de las Municipalidades. Junto con lo anterior, proponemos consagrar expresamente que los Municipios puedan ejercer siempre las funciones y atribuciones que no requieran de recursos económicos para el mejor desarrollo de su labor; emulando la regla de la Constitución norteamericana relativa a que todo lo que no esté expresamente entregado a la competencia del Gobierno Federal quedará bajo la competencia de los Estados. Ello es necesario a la luz de que en el derecho público chileno las autoridades solo pueden abocarse a aquellas tareas en que la ley les haya conferido competencia [Artículo 118 CPR].

Propuesta candidatura en elecciones primarias de Andrés Velasco

Reformas a ciertas normas constitucionales (selección)

Art. 25 inc. 2. Sustituir la primera oración por la siguiente: “El Presidente de la República durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelegido inmediatamente y por una sola vez para un nuevo término de cuatro años”.

Art. 32 núm. 7. Sustituirlo por el siguiente: “Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado y subsecretarios”.

Art. 32 núm. 12. Sustituirlo por el siguiente: “Nombrar a los magistrados de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, a los jueces, al Fiscal Nacional, a los miembros del Consejo de la Justicia y del Tribunal Constitucional y a los consejeros del Banco Central, de conformidad a esta Constitución y las leyes”.

Art. 32 núm. 13. Sustituirlo por el siguiente: “Velar por la conducta ministerial de los magistrados de las Cortes de Apelaciones, jueces y demás funcionarios de la Administración de Justicia; con tal efecto, el ministro de Justicia designará un integrante con derecho a voz en el órgano a que se refiere el artículo 82, el que podrá requerir que se haga efectiva la responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados de Cortes de Apelaciones”.

Art. 47. Sustituirlo por el siguiente: “La Cámara de Diputados está integrada por 150 miembros elegidos en votación directa. De ellos, 120 miembros serán elegidos en los distritos electorales uninominales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva y 30 miembros serán elegidos en listas nacionales conforme a la misma ley”.

Art. 49. Sustituirlo por el siguiente: “El Senado se compone de 40 miembros elegidos en votación directa. De ellos, 20 miembros serán elegidos en circunscripciones senatoriales, en consideración a las regiones del país y 20 miembros serán elegidos en listas nacionales conforme a la misma ley. La ley orgánica constitucional respectiva determinará las circunscripciones senatoriales y la forma de su elección”.

Art. 78. Sustituirlo por el siguiente: “En cuanto al nombramiento de los jueces y composición y funcionamiento de los tribunales, la ley se ajustará a los siguientes preceptos generales. La Corte Suprema se compondrá de nueve ministros, sesionará siempre en

pleno, el quórum para sesionar será de siete ministros y adoptará sus acuerdos por mayoría. La ley podrá autorizarla para abstenerse de ejercer su autoridad. Los ministros de la Corte Suprema serán designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio en sesión especialmente convocada al efecto. Los nombramientos deberán recaer en candidatos que tengan, alternadamente, a lo menos quince años de desempeño como juez, y a lo menos quince años de ese desempeño o de posesión del título de abogado. En este último caso deberán además haber destacado en su actividad profesional o académica. Los ministros de las Cortes de Apelaciones y los jueces serán designados por el Presidente de la República a partir de una terna formada por el órgano a que se refiere el artículo 82 conforme a lo que disponga en lo demás la respectiva ley orgánica constitucional”.

Art. 80. Sustituirlo por el siguiente: “Los ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones y los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento. No obstante lo anterior, cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad, o por jubilación voluntaria, renuncia o incapacidad legal sobreviniente o en caso de ser depuestos de sus destinos conforme a la ley. La norma relativa a la edad no regirá respecto de los jueces que se encuentren ejerciendo la presidencia de una corte o tribunal colegiado, quienes continuarán en su cargo hasta el término de su período. La ley determinará las faltas disciplinarias de los jueces, las consecuencias que ellas acarrearán, incluida la remoción, y el modo de hacerlas efectivas”.

Art. 82. Sustituirlo por el siguiente: “La superintendencia disciplinaria y económica sobre los tribunales de la República estará a cargo del Consejo de la Justicia. Se exceptúan de esta norma la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones. El Consejo se compondrá de nueve miembros con derecho a voto, de los cuales cinco serán elegidos por los magistrados de Cortes de Apelaciones y jueces, y cuatro serán designados por el Presidente de la República con aprobación del Senado por mayoría de sus miembros en ejercicio, previa selección técnica. Todos los miembros del Consejo serán abogados. Una ley orgánica constitucional regulará la elección de los miembros del Consejo por los magistrados y jueces y la selección técnica de los miembros designados, y todo lo concerniente a las atribuciones y funcionamiento del Consejo. Ninguna resolución jurisdiccional podrá ser invalidada en ejercicio de facultades disciplinarias”.

Art. 85 inc. 1. Sustituirlo por el siguiente: “El Fiscal Nacional será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto”.

Art. 85 inc. 2. Sustituir la frase “ser designado para el período siguiente” por la frase “volver a ser designado en el cargo”.

Art. 86 inc. 2. Sustituirlo por el siguiente: “Los fiscales regionales serán nombrados por el Fiscal Nacional, a partir de una nómina formada por selección técnica conforme a lo que disponga la ley orgánica constitucional”.

Art. 87 (intervención de CS y CCAA en designaciones del MP): Derogarlo.

Art. 92. Sustituirlo por el siguiente: “Habrá un Tribunal Constitucional integrado por nueve miembros, que durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio en sesión especialmente convocada al efecto. En cada renovación, al menos uno de los tres designados deberá haberse desempeñado como ministro de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones por a lo menos diez años. Los demás deberán tener a lo menos quince años de título de abogado y haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública. Los miembros del Tribunal no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidos a las normas de los artículos 58, 59 y 81, y no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 60. Los miembros del Tribunal Constitucional serán inamovibles y no podrán ser reelegidos, salvo aquel que lo haya sido como reemplazante y haya ejercido el cargo por un período menor a cinco años. Cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad. En caso que un miembro del Tribunal Constitucional cese en su cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda, de acuerdo con el inciso segundo de este artículo y por el tiempo que falte para completar el período del reemplazado. El Tribunal funcionará en pleno, el quórum para sesionar será de siete miembros y adoptará sus acuerdos por mayoría. Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal. La ley podrá autorizarlo para abstenerse de ejercer su autoridad”.

Art. 108. Introducir los siguientes nuevos incisos segundo y tercero: “La dirección y administración superior del Banco estarán a cargo de un consejo, integrado por cinco miembros designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por mayoría de sus miembros en ejercicio. Los miembros del consejo durarán diez años en sus cargos, pudiendo ser designados para nuevos períodos, y se renovarán por parcialidades, a razón de uno cada dos años. / El Presidente del consejo, que lo será también del Banco, será designado por el Presidente de la República de entre los miembros del consejo y durará cinco años en este cargo o el tiempo menor que le reste como consejero, pudiendo ser designado para nuevos períodos”.

Art. 111. Sustituirlo por el siguiente: “La administración superior de cada región radicará en un Gobierno Regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región. El gobierno de cada región corresponde a un gobernador y a un Consejo Regional. Para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno Regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio”.

Art. 112. Introducir el siguiente nuevo inciso primero, pasando sus actuales incisos primero y segundo a ser sus nuevos incisos segundo y tercero: “El gobernador de la región será elegido por votación popular”.

3.3. Otras propuestas

Propuestas del Grupo Res Pública Chile (“95 propuestas para un Chile mejor”)

Propuesta 1: Reforma al régimen de gobierno

Distinción entre las figuras de jefe de Estado y jefe de Gobierno

Al Jefe de Estado, o Presidente de la República, le corresponde la función esencial de llamar a la formación de gobierno a quien pueda concitar los apoyos parlamentarios suficientes. El jefe de Estado puede ser elegido por el Parlamento –como en Alemania o Italia– o por votación popular directa, en cuyo caso la legitimidad política adquirida conspira contra la idea de limitar su rol político. Con todo, es posible pensar en ampliar las funciones del Presidente de la República a tareas asociadas con las relaciones internacionales o la designación de algunas autoridades.

Al Primer Ministro, o Jefe de Gobierno, elegido por las mayorías legislativas, le corresponden las demás funciones ejecutivas y preside el gabinete por él designado.

Concentración de las facultades de representación y decisión política en una Cámara

A la Cámara Política le corresponderá, en su caso, proponer y votar la censura del gobierno, la que de ser aprobada dará origen a la formación de un nuevo gobierno y, preferentemente, a elecciones parlamentarias.

Asignadas a la Cámara Política las funciones esenciales de legislar y formar gobierno, el Senado verá reducidas sus facultades y su incidencia política. [...] Al Senado se le pueden asignar facultades acotadas para la aprobación de determinadas leyes o reformas constitucionales, y de los nombramientos de ciertas autoridades.

Propuesta del informe “Auditoría a la democracia” 2014 de PNUD-Chile

Capítulo 3.3. Gobiernos subnacionales y descentralización: conclusiones (pp. 395-396)

La estructura de gobierno vigente da cuenta de una transferencia de facultades hacia el nivel municipal que ha avanzado en el plano político, pues se le ha devuelto a la ciudadanía la responsabilidad de seleccionar a sus autoridades. En cambio, dicha transferencia se encuentra en una etapa muy inicial a nivel regional. En ambos niveles se han llevado a cabo transferencias de facultades administrativas y fiscales que han tenido rendimiento y evaluaciones ciudadanas sumamente dispares dependiendo del nivel subcentral que se evalúe. En el caso regional, aunque se han transferido importantes recursos fiscales mediante los distintos fondos de inversión pública regional, estos se encuentran sujetos fuertemente a criterios establecidos a nivel central. Al mismo tiempo, no se han traspasado responsabilidades administrativas que permitan efectivamente la toma de decisiones en este espacio de gobierno, lográndose más bien la desconcentración de funciones sectoriales que una descentralización concreta, donde decisiones y responsabilidades residan en el nivel subnacional. [...]

La profundización de procesos de descentralización como una forma eficaz de acercar las decisiones a los ciudadanos y sus comunidades aparece como algo necesario para el apropiado desarrollo del país, lo que ha sido una voluntad declarada por parte de sucesivos gobiernos, pero no se aprecia su avance con la prontitud o efectividad esperada. Tras este análisis pareciera que lo que falta, más que ideas o diagnósticos, es verdadera voluntad y acuerdo político sobre una agenda descentralizadora que encuentre un equilibrio entre la eficacia gubernamental y la apropiada rendición de cuentas necesaria en un sistema democrático. Este debe ser un objetivo a largo plazo, una política de Estado más que particular de algún gobierno, y un compromiso de quienes tienen el poder de permitir que este se transfiera efectivamente a un nivel más cercano a los habitantes.

Propuesta Centro de gestión, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile

La regionalización y descentralización del país

Brasil es una república federal. Pero la población de todo Chile cabe dentro del estado de Sao Paulo. Continuar separando las regiones del país, pretendiendo que por crear un Gobierno Regional propio (pobre, sin recursos ni capacidad de gestión) se solucionarán los problemas, empeorará las cosas. Crear la figura de intendentes electos, por ahora, es aun peor. Recordemos que cuando le preguntamos al Gerente General de BancoEstado si ya era hora de privatizarlo, su respuesta fue: “Hoy, rotundamente, no. Tal vez cuando seamos Suiza, sí”. Lo mismo se aplica aquí. Intendentes electos sí,... cuando nuestro ingreso per capita sea el doble del actual en valor real.

¿Significa lo anterior que hay que suspender o retroceder en el proceso descentralizador? Por cierto que no. Lo primero que habría que hacer es consensuar políticamente el modelo que queremos, los plazos para su implementación, que tal vez sean más de diez años, y la ruta crítica para alcanzarlo, de manera que la maquinaria se ponga en marcha de inmediato. Por “modelo” estamos entendiendo qué decisiones, instituciones y recursos son de nivel central, cuáles de nivel regional, cuál es el rol (si es que existe) de las gobernaciones y cuáles son de nivel municipal. Ese consenso, hoy, claramente no existe, y es urgente generarlo, so pena de que la legítima irritación de los ciudadanos de regiones continúe y empeore.

Algunas medidas específicas:

- Fácil de decir, difícil de lograr por la oposición gremial: materializar las reformas estancadas hace ocho años, desde la aprobación de los cambios al artículo 110 de la Constitución, para flexibilizar la gestión municipal y, como mencionamos anteriormente, acompañar estas reformas con la profesionalización del personal ejecutivo de los municipios, generando incentivos para que buenos profesionales del sector central se integren a gobiernos regionales y locales.
- Profundizar la planificación territorial con visión de largo plazo, de manera que integre

desarrollo económico, infraestructura, medioambiente, desarrollo urbano, desarrollo social, educativo y cultural. Este debiera ser el rol central de los gobiernos regionales, respondiendo en forma congruente a planes nacionales indicativos de nivel más macro. Si alguien opina que este enfoque es “soviético”, tal vez convendría consultar la opinión de los holandeses, japoneses o el reino de Dubái.

- Para lograr lo anterior, es imprescindible reforzar la capacidad técnica en los gobiernos regionales y, por cierto, cambiar la visión respecto de la figura del intendente. Si antes era el representante político del Presidente, una suerte de embajador en la región, hoy se requieren intendentes con mayor capacidad organizacional y directiva.
- Debido a la débil capacidad de gestión regional y municipal, es imprescindible colocar incentivos presupuestales adecuados para la combinación de esfuerzos entre regiones, y entre municipios. Es decir, en lugar de separar más, hay que juntar más. Si no hay recursos para que tres municipios pobres puedan tener un excelente director de obras, y los tres municipios deciden compartir un excelente director, esa solicitud presupuestal debiera gozar de la primera prioridad.
- El dilema del huevo y la gallina debe resolverse. No te doy plata porque no tienes capacidad de gestión, y no tienes capacidad de gestión porque no te doy plata y tienes bajos salarios. Tal como anteriormente propusimos que la Dipres debiera ir “soltando la mano” en la micro gestión presupuestal a aquellos servicios que logren una certificación de su calidad de gestión, se debiera ir “soltando la mano” en materia de asignación real de decisiones presupuestales a las regiones, en la medida que vayan obteniendo una certificación de calidad de gestión. En otras palabras, el proceso de descentralización presupuestal no puede ni debe ser parejo, sino que debe ajustarse gradualmente a una ascendente capacidad de gestión regional y municipal.
- El otro elemento crítico que debiera resolverse con gradualidad, en un programa ordenado y no a rajatabla, es la decisión de qué unidades ministeriales que hoy funcionan bajo la condición de Seremi o Dirección Regional, reportando a Santiago, pasan a reportar al Gobierno Regional. Esto puede pensarse en Obras Públicas, Serviu, Corfo, Agricultura, etc. Nuevamente, esto requiere de una certificación de calidad de gestión previa al traspaso de las autoridades y los recursos de operación. Hacerlo “por parejo” puede significar el colapso de la gestión de muchos servicios públicos.
- Estos son problemas complejos cuyas soluciones deben ser simultáneas e integrales; no se puede ir avanzando con algunas medidas y no con otras. Para poder avanzar se requiere, simultáneamente, o al menos en un programa ordenado y planificado, negociar y legislar de manera agrupada, pues en caso contrario el desgaste de realizarlo “de a pedacitos” ciertamente tomará varias décadas.²

² Documento “La reforma del Estado en Chile 1990-2005. Diagnóstico y propuestas de futuro”, preparado por Mario Waissbluth, *Serie Gestión* n° 76, diciembre de 2005.

Propuesta de Océanos Azules

Una reforma del Estado debe entregarle a éste los instrumentos necesarios para fijar los marcos dentro de los cuales debe operar el mercado, a fin de enfrentar con mayores posibilidades de éxito los desafíos que surgen de una economía internacional en crisis y de un reordenamiento que marca el principio de una época y que, junto con los problemas políticos internacionales, generan altas complejidades e incertidumbres. No se trata de volver al Estado Empresario, pero cabe reconocer que la experiencia nacional e internacional deja en evidencia la precariedad de los mecanismos auto correctivos del mercado. En este contexto, resulta indispensable modernizar el Poder Ejecutivo. Los avances realizados en la modernización del Estado no se han reflejado todo lo necesario en el Poder Ejecutivo. La lógica sectorial sigue predominando pese a que enfrentamos cada vez más problemas de naturaleza transversal e intersectorial. La proliferación de comités interministeriales no se condice con su eficacia. Existe un desequilibrio cada vez más acentuado entre el Ministerio de Hacienda y el resto de la organización ministerios que afecta la eficiencia y eficacia de la política pública y la efectiva primacía de la política en la conducción gubernamental.³

³ Documento “Bases ciudadanas para construir el Chile del Bicentenario”, Grupo Océanos Azules, 10 de agosto de 2009, pp. 47-49.

Cuestión IV

Régimen político

Relación

José Francisco García

El presente documento buscó entregar insumos para la conversación de dos sesiones de “Diálogos constitucionales”: forma de gobierno (régimen político) y Tribunal Constitucional. Se intentó especialmente poner sobre la mesa las diversas posiciones existentes, buscando ser descriptivo e intentando minimizar los juicios de valor. En la mayoría de los casos se ha buscado evaluar la situación actual a partir de su evolución desde la Constitución de 1925 para darle una cierta perspectiva histórica.

El documento se organiza de la siguiente manera. Primero, desde la perspectiva de la forma de gobierno, en particular sobre la base de nuestro sistema hiperpresidencialista, se analizan: (1.1) su situación actual y evolución; (1.2) críticas relevantes que se han formulado al modelo chileno; (1.3) elementos centrales de diversas propuestas de reforma, básicamente las de (1.3.1) presidencialismo atenuado, (1.3.2) semipresidencialismo y (1.3.3) parlamentarismo; (1.4) dos debates mayores en materia de potestad legislativa, a saber, la iniciativa legislativa exclusiva presidencial y los *quórum*, en particular, el caso de las leyes orgánicas constitucionales (LOC); y, finalmente (1.5) la relación entre el régimen político y el sistema de elección de los miembros del Congreso donde se describe (1.5.1) la situación actual y su evolución, (1.5.2) una mirada sistémica para enfrentar el debate de la reforma del sistema electoral (la que debe considerar el régimen político imperante), y (1.5.3) una breve descripción de las propuestas de reemplazo al sistema electoral binominal, acotándose a aquellas viables políticamente hoy.

En segundo lugar, se presentan cuatro claves respecto de la discusión en torno al Tribunal Constitucional, las que se refieren a (2.1) la necesidad de enmarcar este debate en torno a una mirada sistémica sobre los mecanismos e instituciones contramayoritarios presentes en una Constitución; (2.2) la sobreteorización en

torno al debate de la revisión judicial de leyes en el derecho comparado contra la más bien subteorización nacional; (2.3) la falta de evidencia empírica para enfrentar reformas en esta materia; y (2.4) la existencia de propuestas específicas que en esta materia realiza PGNM.

I. La arquitectura del hiperpresidencialismo chileno

1.1 Situación actual. Evolución

En materia constitucional rara vez nos encontramos con casualidades. Este es el caso de la actual Constitución, la que por vez primera en nuestra historia constitucional regula el Ejecutivo (Gobierno, IV) antes que el Legislativo (Congreso Nacional, V)¹.

Se ha hecho habitual en doctrina afirmar que la Constitución actual ideó un régimen presidencialista reforzado, intenso, alejado de nuestras tradiciones del derecho público. Cea, analizando la evolución de nuestro presidencialismo, ha sostenido:

Cierto es que la comentada tendencia instituida en la Carta Fundamental de 1833, invertida mediante las reformas de 1874 y años siguientes, aunque restablecida en la Constitución de 1925 y sus modificaciones de 1943 y 1970 [...] Pero, aun así, y reconociendo todo ese proceso, nunca las Constituciones chilenas habían llegado a la hegemonía, formal al menos, del Jefe de Estado en los términos con que la traza el actual Código Político (Cea 2008, pp. 84-85).

A su vez, Nogueira señala que en la medida que “la Constitución hace omisión de este principio de independencia jurídica recíproca entre Ejecutivo y Legislativo, el régimen chileno solo podría ser clasificado en una especie patológica de las formas de gobierno que se ha denominado [presidencialismo autoritario]” (Nogueira 1984, p. 319). Valenzuela, desde la ciencia política, va aun más lejos: “El

¹ Como señala Bulnes, miembro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución: “La circunstancia de que el Ejecutivo sea quien encabece los órganos constitucionales nos señala claramente el especial énfasis que el constituyente ha puesto en el órgano Presidente de la República...” (Bulnes 2001, p. 96).

hiperpresidencialismo que introdujo la Constitución de 1980, en que el Ejecutivo tiene la responsabilidad no solo de implementar las leyes, sino que un papel fundamental en su formulación en las atribuciones del Legislativo. Antes del golpe militar, el chileno fue uno de los congresos más poderosos de América Latina...” (Valenzuela 2012, p. 33).

Y es que a diferencia de la Constitución de 1925, que se limitaba a señalar que el Presidente era Jefe Supremo de la Nación, la de 1980, en su versión original, estableció expresamente su doble calidad de Jefe de Estado y de Gobierno. Se extendió su mandato a ocho años y exigió mayoría absoluta en su elección. Se le entregan amplias facultades ejecutivas (designación exclusiva del gabinete y la administración de la burocracia estatal); se amplían las legislativas (concurrir a la formación de la ley a través del veto y la insistencia; aumentaron las leyes de iniciativa exclusiva; se le otorgó control sin contrapeso en la discusión presupuestaria así como la facultad exclusiva de determinar el rendimiento de los recursos que consultara; se le permitió disolver por una vez en su periodo la Cámara de Diputados y participar directa e indirectamente en el nombramiento de senadores, pasando a ser “vitalicio” al final de su mandato); se establece un dominio máximo legal, estableciendo expresamente la facultad del Presidente de legislar vía Decreto Fuerza de Ley; se le entregó mayor autonomía para declarar estados de excepción constitucional; amplias facultades en materia de nombramientos judiciales, entre otras (Rivadeneira 2008, pp. 238-39).

La reforma constitucional de 1989 atenuó parcialmente el esquema original, pero sin querer cambiar su esencia: suprimió la facultad de disolver la Cámara; aumentó el número de senadores elegidos, restringiendo la incidencia de designados y vitalicios; acotó sus facultades en materia de estados de excepción; disminuyó los requisitos para reformar la Constitución, entre otros (Rivadeneira 2008, p. 239).

El Presidente Lagos destacaba el hecho de que la reforma constitucional de 2005 no solo dejaba a un Congreso Nacional “íntegramente representativo”, sino que, además, fortalecido en sus atribuciones fiscalizadoras como en sus facultades legislativas. A su juicio, la Constitución actual –decía entonces– muestra una relación Presidente-Congreso algo más equilibrada: no confiere una facultad presidencial para disolver la Cámara de Diputados; no impide que el Senado destine sesiones para opinar sobre asuntos de interés general; la Cámara ahora posee la facultad de citar a los Ministros de Estado para formularles preguntas

en relación con las materias vinculadas al ejercicio de sus cargos, y puede crear comisiones investigadoras especiales; los ministros de Estado tienen el deber de concurrir personalmente a las sesiones especiales que la Cámara o el Senado convoquen para informarse sobre asuntos vinculados a sus carteras; el Congreso puede sugerir la formulación de reservas y de declaraciones interpretativas a los tratados internacionales; y ya no existe la legislatura extraordinaria (Ricardo Lagos citado en Zúñiga 2005, pp. 15-16).

Con todo, hay algunos matices que introducir en esta evolución. Como nos recuerda Silva Bascuñán, desde la promulgación de la Constitución de 1925, y por medio de sus reformas por las leyes números 7.727 de 1943 y 17.284 de 1970, se fueron otorgando facultades al Jefe de Estado para asumir la más plena responsabilidad en el manejo administrativo, financiero, tributario y presupuestario del país, en un proceso marcado por la intensificación de las críticas, formuladas con creciente vigor por la opinión pública y principalmente por los voceros del Ejecutivo, acerca de la irresponsabilidad con que actuaría el Parlamento al extender los compromisos del Estado y al despachar cuerpos normativos que no estaban debidamente financiados (Silva Bascuñán 2000, p. 200). Quizás el caso más paradigmático en este ámbito sea el de la iniciativa legislativa exclusiva presidencial. Con la misma lógica, aunque también limitando al Ejecutivo, la consagración del respeto a las ideas matrices cuando se presentan indicaciones en la tramitación legislativa de los proyectos de ley (Fernandois y García 2009).

Finalmente, no se puede dejar de destacar desde la ciencia política a Aninat, quien, en una posición minoritaria (particularmente al interior del progresismo), ha sostenido que los poderes constitucionales del Presidente, si bien le permiten controlar la agenda legislativa, no le dan la capacidad unilateral de modificar el *statu quo*. Ello, junto a las supermayorías legales requeridas y el sistema electoral binominal configuraron, a su juicio, un sistema legislativo cooperativo (Aninat 2006).

1.2 Críticas al sistema presidencial chileno

Una serie de autores han generado diversas críticas al modelo hiperpresidencial chileno (entre ellos, Rivadeneira 2008; Valenzuela 2012). Destacan las siguientes:

1. Una crisis del régimen político se transforma en crisis sistémica. A diferencia de un sistema parlamentario, uno presidencial no contempla válvulas de

- escape, como la renuncia de un Primer Ministro y la conformación de otro gobierno con ajustes ministeriales o, en casos más extremos, una elección anticipada para resolver un conflicto de fondo.
2. Como diseño institucional es *per se* inconveniente, pues descansa en la doctrina de separación de poderes, lo que implica una bifurcación de la soberanía popular entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, ambas instituciones que representan el pueblo, pero donde el Ejecutivo, encarnado en una persona, apela a una legitimidad plebiscitaria especial.
 3. Como diseño institucional es contradictorio dado que se le exige al Presidente el ejercicio de dos funciones incompatibles: Jefe de Estado (fuerza moderadora del juego político, símbolo de continuidad del Estado y la Nación) y de Gobierno (líder de la coalición política oficialista).
 4. Por la naturaleza de la elección, el Presidente electo logra un triunfo electoral personal que le permite formar un gobierno con sus cercanos, con independencia de los partidos tradicionales. Como contrapartida, genera en estos últimos incentivos a abandonarlo en momentos de crisis para no comprometer su base de apoyo².
 5. La segunda vuelta presidencial no soluciona el problema del presidente en minoría. Los sistemas presidenciales en contextos multipartidistas son sistemas que fácilmente pueden basarse en una doble minoría, en los que el Presidente tiene solo una minoría del electorado y al ser elegido se encuentra con apoyo minoritario en el Congreso. El sistema de segunda vuelta no resuelve el problema de fondo e incluso lo puede agravar, agudizando la fragmentación política y el carácter minoritario de los Presidentes al tiempo que no ayuda a incentivar un proceso de negociación para superar la confrontación política. La opción de segunda vuelta tiene el efecto perverso de desincentivar acuerdos entre distintas fuerzas políticas afines para crear conglomerados mayoritarios con el objetivo de conquistar la primera magistratura de la Nación. Por lo demás, la mayoría presidencial producida en la segunda vuelta es por su naturaleza una mayoría ficticia.

² Esta tesis se complementa con la autoridad de Linz, quien señala que en los regímenes presidenciales la solidaridad y el compromiso de los partidos para el gobierno no existe. Véase Linz (1990).

6. La evidencia empírica muestra las bondades de los sistemas parlamentarios *vis a vis* sistemas presidenciales; por ejemplo, tendrían una mejor performance en términos de estabilidad y capacidad de absorción de las crisis.

1.3 Propuestas de reforma

1.3.1. Presidencialismo atenuado

En esta materia destacan, en primer lugar, las propuestas constitucionales de las candidaturas de Andrés Allamand (primarias 2013) y Evelyn Matthei (presidenciales 2013), las que en este punto son prácticamente idénticas, buscando un “presidencialismo equilibrado”. De acuerdo con lo establecido en el programa de Matthei:

El equilibrio protege los derechos y libertades de las personas. Chile cuenta hoy con un presidencialismo excesivamente reforzado. Son pocos los países en el mundo que le entregan tanto poder a la figura del Presidente. Moderar este desequilibrio institucional es importante; permite que operen de mejor forma principios básicos de una república democrática como la separación de funciones estatales o un buen sistema de pesos y contrapesos institucionales, mecanismos que buscan proteger los derechos y libertades de las personas³.

De lo anterior se desprenden diversas propuestas, entre las que destacan: (a) reducir la hegemonía presidencial en el proceso legislativo, racionalizando el uso de urgencias por parte del Presidente, con límites, permitiendo un mecanismo de urgencias complementario que pueda provenir de las propias Cámaras; (b) crear un Estatuto Constitucional de Órganos Autónomos, que justifique y delimite el ámbito para que el legislador establezca autonomías legales descentralizadas con patrimonio propio, integrados por un Directivo Superior y un Consejo amplio y plural, designado por el Presidente con acuerdo del Senado; y (c) entregar más facultades de control del Congreso hacia el Poder Ejecutivo, facilitando el uso de las interpelaciones de los parlamentarios a autoridades del Poder Ejecutivo, y aumentando la transparencia y el nivel de escrutinio del Senado en los nombra-

³ Programa de la candidatura presidencial de Evelyn Matthei Fornet de 2013. Véase el anexo de esta sección.

mientos de distintas autoridades superiores en los que interviene, todas las cuales deberán ser antecedidas de una audiencia pública en la que deberá concurrir el o los candidatos correspondientes.

De las propuestas de Allamand destacan, a modo complementario de las anteriores: (a) revisar el actual sistema de LOC, determinando cuáles deben ser esas leyes y, dentro de las mismas, determinar en forma precisa cuáles de sus normas deben tener esa categoría; y (b) aumentar las potestades de nombramiento del Senado de algunas autoridades de manera compartida con el Presidente.

Por otra parte, el PGNM no contiene palabra alguna sobre esta materia. ¿Es posible interpretar su silencio a favor de mantener el presidencialismo por *default*? La respuesta en realidad es no. Si se analiza el informe “Bases de la Nueva Constitución para Chile: Segundo Informe”, se formulan dos opciones: la instauración de un régimen presidencial “flexible o moderado” y la sustitución del régimen presidencial por uno semipresidencial. Respecto de la primera alternativa, en términos muy parecidos a la propuesta de la candidatura de Eduardo Frei del grupo Océanos Azules (presidenciales 2009), se propone una mayor cooperación entre el Presidente y el Congreso (por ejemplo al institucionalizar el que los parlamentarios puedan ser nombrados ministros de Estado); reformar las atribuciones del sistema bicameral (por ejemplo agregando atribuciones al Senado en materia de nombramiento de embajadores); modificar el período presidencial (extendiéndose a cinco o seis años, o, alternativamente cuatro años con reelección inmediata y por una sola vez); disolución de las Cámaras por una sola vez durante el mandato del Presidente, llamando a elecciones; reforzar las capacidades del Congreso; y modificar las atribuciones legislativas del Presidente (por ejemplo revisando la iniciativa legislativa exclusiva presidencial).

1.3.2. Semipresidencialismo

Probablemente el aporte más significativo e influyente desde la ciencia política al debate chileno sobre régimen político esté dado por el trabajo de Giovanni Sartori. El politólogo italiano señaló que Chile era un país de América Latina que podría permitirse realizar un giro de orientación semipresidencial. A juicio del autor, el presidencialismo habría funcionado solo en contextos institucionales muy delimitados, en los cuales se establece una clara balanza de poderes entre Ejecutivo y Legislativo, sin tradición partidaria polarizada, y con políticas localmente orientadas (caso norteamericano). Por lo demás, el presidencialismo se tornaría

eficaz políticamente solo en el caso de contar con el respaldo de una mayoría en el parlamento, y de ser esta una mayoría sólida (Sartori et al. 1991).

Respecto de una salida parlamentaria para Chile, Sartori señala que el sistema parlamentario podría presentar dificultades atendiendo al pasado de pluralismo polarizado de nuestro sistema de partidos y sus niveles de fragmentación política. Frente a este escenario, la mejor alternativa sería el semipresidencialismo. Entre los principales argumentos a favor de esta opción figuran: conservar la figura del Presidente de la República anclada en la cultura política nacional, potenciar los partidos políticos en su dimensión gubernamental, subsanar el desbalance de poderes y dar forma a dispositivos institucionales que operen como válvulas de escape frente a parálisis o crisis.

Desde un enfoque distinto, donde el móvil parece ser más bien el diagnóstico respecto de los bajos niveles de asentamiento o legitimidad ciudadana del régimen político, es que Pablo Ruiz-Tagle plantea una salida semipresidencial a efectos de promover una flexibilización en las relaciones Ejecutivo-Legislativo (Ruiz-Tagle 2008). Se menciona que, al igual que en los casos de Francia y Portugal, el semipresidencialismo aparece como una alternativa viable a partir de la articulación política mediante coaliciones bajo la figura del Presidente de la República y la existencia de un mecanismo de elección de mayoría absoluta con segunda vuelta, el cual es un dispositivo institucional proclive a la moderación política. Se menciona que la posibilidad de disolver el Congreso generaría efectos positivos en el sistema chileno, como introducir responsabilidad a grupos políticos con prácticas legislativas obstruccionistas hacia el gobierno de turno y contar con una salida democrática en casos de parálisis legislativa generada por mayorías legislativas que generan dinámicas de relaciones políticas irreconciliables con el Presidente de turno.

En la misma línea, Ignacio Rivadeneira sostiene que en el establecimiento univalente de legitimidad centrado en el Congreso, las crisis de legitimidad dual producida por el presidencialismo podrían soslayarse (Rivadeneira 2008). Del mismo modo, al no existir mandatos fijos, la correlación entre el mandato ejecutivo y el clima político se aumenta. Presidentes impopulares y sin apoyo político en el Legislativo podrían emplear el dispositivo de la convocatoria a elecciones para que sea finalmente la ciudadanía la que arbitre el conflicto político coyuntural. Por último, un sistema semipresidencial resolvería, a juicio del autor, de mejor manera la contradictoria superposición de funciones que existe en un sistema presiden-

cialista, en el cual el Presidente concentra en sí la Jefatura de Estado y la Jefatura de Gobierno, donde a la primera se le exige la representación de la unidad y la continuidad, y proyección del Estado y la Nación, mientras que a la segunda se le concibe como el representante de una tendencia política partidaria concreta que tiene como objetivo principal la ejecución de un programa de gobierno específico.

Finalmente, estas reflexiones han encontrado un espacio de proyección política: primero en el denominado “Acuerdo RN-DC” para un nuevo régimen político en Chile de enero de 2012⁴. Bajo el prisma de que el presidencialismo exacerbado se encuentra en un proceso de agotamiento, proceso dado principalmente por el descrédito y fragilidad institucional de las agrupaciones partidarias, este documento ofrece una propuesta de reforma de régimen político de naturaleza semipresidencial. En esta se plantea un Presidente elegido por voto universal, con atribuciones exclusivas en las relaciones internacionales, defensa nacional y la tuición de una administración pública. Al igual que en el caso francés, el modelo propone dotar a la figura del Presidente de funciones de moderación y arbitraje político, como es la facultad de disolver el Congreso solo una vez en su mandato y contempla a su vez un Jefe de Gobierno propuesto por el Presidente de la República, quien deberá contar con la aprobación mayoritaria del Congreso Nacional. Este Primer Ministro cumpliría el rol de Jefe de Gobierno.

En el segundo informe de la comisión *ad hoc* del PGNM citado con anterioridad, se establece una propuesta bastante concreta que detalla aspectos modulares de un modelo semipresidencial en nuestro país, separando la jefatura del Estado y la de Gobierno, delineando las funciones que conserva para sí la Jefatura de Estado (por ejemplo relativas a la administración de justicia, militares, internacionales, parciales en el ámbito de la potestad reglamentaria, legislativas y de veto legislativo, entre otras), debiendo establecerse cuáles ejercerá directamente el Jefe de Estado y las que requerirá el refrendo del Jefe de Gobierno y/o del Consejo de Ministros. Respecto de las atribuciones del Jefe de Gobierno se establece, por ejemplo, la conducción del Gobierno y del gobierno interior; la conducción de las relaciones internacionales; proponer nombres de Ministros de Estado; ejercer la potestad reglamentaria y las atribuciones legislativas directas y constituyentes, entre otros. Estos planteamientos son complementados con otros en materia de redefinición de funciones del Congreso, sistema de elecciones, etcétera.

⁴ Ver texto íntegro del acuerdo en: <http://www.ignaciowalker.cl/2012/01/334/>

Finalmente en este ámbito, la candidatura de Marco Enríquez-Ominami (presidenciales 2013) propone un régimen político semipresidencial o semiparlamentario, donde el Presidente ejerce la Jefatura del Estado, de las Fuerzas Armadas y de las relaciones exteriores, en tanto que la Jefatura del Gobierno queda en manos de un Primer Ministro con facultades ejecutivas como en un régimen parlamentario o semipresidencial⁵.

1.3.3. Parlamentarismo

La adhesión hacia regímenes parlamentarios como alternativa de cambio de nuestro sistema político ha encontrado un considerable apoyo en intelectuales públicos y científicos políticos que a partir del *mainstream* disciplinar y la emergencia de una crítica a la fragilidad política latinoamericana encuentran en la superación del presidencialismo la vía para dar cuenta de las falencias de la democracia chilena.

En esta línea, para Godoy el hiperpresidencialismo chileno solo ha generado una situación de conflicto permanente entre el Congreso y el Presidente, con una natural pérdida de eficacia del Congreso a la luz de sus limitadas facultades, traduciéndose esto en un continuo desprestigio de la institución parlamentaria. Como consecuencia de lo anterior, la existencia de un vacío en la intermediación política entre el Estado y la sociedad por medio de partidos políticos parlamentarios se suple mediante el ejercicio de conducción política de carácter autoritario, cerrado y excluyente del Presidente de la República (Godoy 1990).

Otros académicos como Arend Lijphart se inclinan hacia opciones parlamentarias para el caso chileno atendiendo a un efecto institucional que este genera: la moderación política (Lijphart 1990). El punto de Lijphart es que dado el sistema multipartidista moderado –como el chileno– un sistema parlamentario es más conducente a la cooperación entre los partidos y a la formación de coaliciones que un sistema de naturaleza presidencial, donde en la práctica se genera una dinámica en la cual el “ganador se lo lleva todo”.

Para autores como Valenzuela, las ventajas de un sistema parlamentario pasan principalmente por dejar de lado la necesidad de estructurar coaliciones amplias en torno a una opción presidencial bajo las reglas de juego de suma cero.

⁵ Véase la propuesta en esta materia del programa de la candidatura presidencial de Marco Enríquez-Ominami en el anexo de esta sección.

Sin la elección presidencial, las agrupaciones de distintos sectores podrían tener injerencia en la generación de coaliciones de gobierno, sin la necesidad de establecer una dependencia política de los liderazgos políticos coyunturales que encuentran su legitimidad en los niveles de adhesión popular, pero sin bases sólidas partidarias. En seguida, debido a que en un sistema parlamentario los incentivos para formar coaliciones de mayoría en el parlamento son muy altos, los actores políticos necesariamente convergerían hacia posiciones más moderadas. En la misma línea, al ser los partidos políticos orgánica de las relaciones políticas, se propendería a mayores niveles de coherencia ideológica y disciplina partidaria. Atendiendo a las dificultades para implementar un sistema estrictamente parlamentario, Valenzuela indica que un primer paso en este tránsito podría ser la eliminación de la segunda vuelta electoral, para que así el candidato más votado en la primera vuelta deba negociar su ratificación en el Congreso a partir de un programa político consensuado con la mayoría legislativa. Como complemento de lo anterior, Valenzuela también plantea la posibilidad de que el Presidente disuelva el Congreso si pierde un voto de censura (Valenzuela 2012).

1.4 Potestad legislativa: iniciativa legislativa exclusiva presidencial y *quórum*

En el ámbito de las competencias, controles y equilibrios entre los poderes clásicos hay varios temas relevantes, por ejemplo el nombramiento de altas autoridades, en especial las judiciales; la iniciativa de ley propiamente tal; dominio legal y potestad reglamentaria; el régimen de urgencias e insistencias; el veto presidencial, entre otros. Todos ellos de la mayor importancia, pero que no analizaré y que, por cierto, quedarán para el debate libre al interior de grupo. A continuación se revisarán dos asuntos, vinculados al ejercicio de la potestad legislativa que son la iniciativa legislativa exclusiva presidencial y los *quórum* de aprobación, modificación y derogación de normas constitucionales y legales, con especial énfasis en las LOC.

1.4.1. Iniciativa legislativa exclusiva presidencial

Se trata de una institución de larga data en nuestra tradición constitucional que solo es recogida por la Constitución actual (en términos casi idénticos a la Constitución de 1925 reformada). Una mirada a su evolución nos da cuenta no

solo de su centralidad para el presidencialismo, sino su carácter transversal por parte de presidentes de muy distinto signo político (Fermendois y García 2009).

La reforma de 1943, la primera a la Constitución de 1925, incorporó una serie de materias de iniciativa exclusiva del Ejecutivo. Como relata Silva Bascuñán, fue atribuido en amplios sectores de la ciudadanía a las iniciativas de los congresales, que, según sus críticos, se veían obsesionados por afanes demagógicos de conquista del electorado y se mostraban despreocupados de la suerte de los negocios del Estado y de sus finanzas:

La convicción de que, privando de derecho de iniciativa a los representantes populares en los órdenes administrativos y financiero, se daría un gran paso para su fortalecimiento, fue la idea central que inspiró la primera reforma de que fue objeto el texto de 1925. Mediante la ley 7.727, de 23 de noviembre de 1943, en efecto, impulsada vigorosamente por el Presidente Juan Antonio Ríos y por su Ministro de Justicia Óscar Gajardo Villarroel, se restringió la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos, reservándose con exclusividad al Presidente las materias indicadas en el inciso 3 agregado al artículo 45 (Silva Bascuñán 2000, p. 107).

En efecto, el ministro de justicia de la época sintetizaba el núcleo central del debate ante la Cámara de Diputados de la siguiente manera:

Si el factor económico es determinante para el éxito de un Gobierno, y por lo tanto para la felicidad de la ciudadanía, la marcha de las finanzas solo puede ser acertada cuando su dirección esté en una sola mano. La Constitución de 1925 trató de establecer un Ejecutivo fuerte, pero no advirtió que al planificar dentro de ella un sistema financiero débil, en que interfiere cada diputado y cada senador, su propósito resultaba estéril por la libre e ilimitada actual iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos. [...] El Ejecutivo se ve obligado a compartir la facultad administrativa con el Congreso [...] y ni el Ejecutivo ni el Congreso pueden llenar a conciencia su papel [...] El segundo, en los últimos 40 años, ha empleado la mayor parte de sus actividades, las está empleando aún hoy en ajustar y reajustar sueldos, y el primero no ha podido, con excepción de contados lapsos, entrabados por esas circunstancias, imprimir al progreso del país la aceleración metódica que reclama (Frei 1970, p. 37).

Más adelante, sería el Presidente Jorge Alessandri quien trataría una vez más de aumentar las facultades del Presidente de la República en esta materia. En el Mensaje con el cual envió el 24 de julio de 1964 al Congreso Nacional su proyecto de reforma constitucional, expresó:

Aquellas prácticas inconvenientes que antes ejerció el Congreso en la Ley de Presupuestos, se hace sentir hoy en día en todos los proyectos que el Ejecutivo somete a su consideración, especialmente en los de orden social, previsional, financiero, tributario y otros, aparte de que muchas veces los parlamentarios toman directamente la iniciativa de proyectos de ley sobre estas materias, que producen efectos aun peores. Cada proyecto es objeto de cientos de indicaciones que desnaturalizan su finalidad, que destruyen otras legislaciones vigentes y que involucran toda clase de materias absolutamente ajenas al proyecto mismo [...] Las consecuencias de todas estas iniciativas [...] y de los errores que puedan significar recaen sobre el Presidente de la República, a quien corresponde la administración financiera y económica de la Nación. Si este tiene la responsabilidad exclusiva de su manejo, lo lógico es que los parlamentarios no tengan derecho alguno de iniciativa en esta materia y que ella le pertenezca exclusivamente al Jefe de Estado (Silva Bascañán 2000, p. 19).

El proyecto enviado por su sucesor, Eduardo Frei Montalva, el 30 de noviembre de 1964, contiene una proposición análoga aunque más restringida que la aconsejada por el señor Alessandri. Este proyecto de reforma, que fuera detenido en el Senado, fue sometido al examen de una Comisión especial, en la cual no se alcanzó a analizar específicamente el punto (Silva Bascañán 2000, p. 109).

En la segunda iniciativa amplia enviada el 17 de enero de 1969 por el Presidente Frei Montalva se expresaron, en su exposición de motivos, criterios similares a los desarrollados en 1964:

La autoridad del Ejecutivo debe ser reafirmada en lo que concierne a la planificación del desarrollo y del control del proceso económico y, para este efecto, es necesario extender los proyectos de iniciativa exclusiva del Presidente de la República a todas las materias que incidan en los gastos fiscales y en el régimen de remuneraciones y de previsión del sector privado. La idea

tiene ya un lugar en la Constitución vigente, donde la llevó una reforma que patrocinó el Presidente Ríos. Pero su texto, la interpretación que de ella se ha dado y la experiencia recogida, hacen impostergable ampliarla en la forma que propugna. Es imperioso porque la eficacia de la gestión económica del Estado, a la que están ligados todos los sectores de la Nación, hace inevitable radicar esta responsabilidad en el Poder Ejecutivo, el que, por su estructura y la asistencia técnica de que dispone, está en situación de actuar con la coherencia y la continuidad que el Congreso Nacional no puede dar y que son esenciales en todos los países, pero especialmente en los que están en desarrollo como el nuestro (Piedrabuena 1970, p. 155).

Así, la ley N° 17.284 de 1970 dispuso claramente aquellas materias en las que el Presidente gozaría de iniciativa exclusiva; ellas no varían sustancialmente respecto de la regulación del actual Art. 65 de la CPR.

Finalmente, parece interesante concluir en este ámbito diciendo que en el informe de la comisión *ad hoc* de Bachelet, donde se citan algunos planteamientos en materia de régimen político, en la opción de mantener un presidencialismo flexible o moderado se establece expresamente el que debe revisarse el excesivo poder presidencial en cuanto a la iniciativa legislativa y las urgencias, particularmente en lo que respecta a las materias económicas y presupuestarias. Se trata de que seamos capaces, sin caer en la trampa que fueron en nuestra historia las leyes periódicas, de aprender de las formas de control presupuestario parlamentario que existen en otros países.

1.4.2 *Quórum*. El caso de las LOC

La rigidez constitucional, y que hoy exige como regla general un *quórum* de 3/5 para la aprobación, modificación y derogación de la mayoría de las normas constitucionales, es una técnica presente en el derecho comparado. Porque si bien no estuvo presente en la Constitución de 1925, hoy la evidencia que nos entrega el derecho comparado muestra que se trata de un aprendizaje relevante de las constituciones posteriores a la guerra, y tiene efectos positivos y moderados, que no inhiben la reforma constitucional (Elkins et al. 2010).

En un debate algo estático, parece interesante la propuesta de la candidatura de Andrés Velasco (primarias 2013): establecer dos procedimientos alternativos

para la aprobación de las leyes de reforma constitucional: (i) la aprobación por mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada Cámara y ratificación por el mismo *quórum* después de su renovación; o (ii) la aprobación por una sola vez de los 3/5 de los miembros en ejercicio de cada Cámara.

Por otro lado, la existencia de supramayorías legales, en particular el caso de las LOC, no solo son excepcionales en el derecho comparado, sino que ajenas a nuestra tradición constitucional. Su eliminación o revisión profunda “a la baja” parece sensata y estaría acorde, pues, con la democracia, nuestra tradición constitucional y el derecho comparado.

Hoy son 21 materias reguladas por estas, y se ha generado un debate interesante cuyos principales lineamientos describimos a continuación⁶.

Quienes son partidarios de su eliminación sostienen que dan derecho a veto a la minoría impidiendo el gobierno de la mayoría; con ellas se protege la regulación de la dictadura, sustrayéndola del debate político-legislativo; altera la igualdad política al darle más valor al voto de algunos por sobre los de otros; favorece el statu quo heredado, dando como ganador del debate a quienes tienen menos votos; y, combinada con la tendencia a los empates parlamentarios que produce el sistema binominal, los efectos de la supramayoría crecen⁷.

A favor de las LOC como técnica contramayoritaria se ha esgrimido que dan estabilidad a regulaciones sensibles cuyo exceso de modificaciones puede producir problemas; permiten el control político de la minoría impidiendo la tiranía de las mayorías; son un límite al enorme poder del Ejecutivo en materia legislativa; son justificaciones especiales asociadas, por ejemplo, a la autonomía de órganos de control del poder y a la imparcialidad frente al sistema político (Bulnes 1984).

Una versión más actual y moderada de defensa de las LOC sostiene que aquellas pueden servir fines legítimos en democracia de forma instrumental y sustituible, considerando entre otras variables: la rigidez constitucional; el sistema electoral y la distribución del poder en ambas Cámaras; el contexto autoritario de las LOC contra los beneficios de las supramayorías en abstracto; la existencia de justificaciones especiales para cada regulación en particular y existencia de arreglos institucionales sustitutivos; y la posibilidad de distinguir materias para reformas intermedias (Verdugo 2012 y 2014).

⁶ Particularmente interesante es el debate en curso entre Verdugo (2012 y 2014) y Jiménez, Marshall y Muñoz (2013) en la *Revista de Derecho* de la PUCV.

⁷ Véase, por ejemplo, Muñoz (2006) y Sierra (2011) para una mirada crítica y sistémica.

El PGNM en esta materia es claro: se deberá consagrar el principio de mayoría; siendo la mayoría absoluta el máximo *quórum* de aprobación y modificación de las leyes. Con ello se eliminan las LOC. Interesante es también la propuesta de Andrés Allamand (primarias 2013) donde se propone revisar el actual sistema de LOC, determinando cuáles deben ser esas leyes y, dentro de las mismas, determinar en forma precisa cuáles de sus normas deben tener esa categoría.

1.5 Forma de gobierno y sistema electoral para el Congreso

1.5.1 Situación actual. Evolución

En la Constitución de 1925 se adoptó un sistema electoral altamente proporcional (estrictamente proporcional) que generó una importante fragmentación política. Así, por ejemplo, entre 1932 y 1973, un total de 45 partidos lograron elegir al menos un diputado (Valenzuela 1985).

Respecto de la Cámara de Diputados, la Comisión Ortúzar se inclinó por un sistema uninominal, lo que se esperaba generaría estabilidad al sobrerrepresentar al centro político por sobre los extremos. Los encargados de efectuar una propuesta en esta materia fueron los comisionados Ortúzar, Guzmán y Diez, quienes propusieron una Cámara de 150 integrantes sobre la base de 150 distritos generados íntegramente en el sufragio popular directo, lo que fue acogido en el Art. 48 del anteproyecto. El Consejo de Estado lo rebajó de 150 a 120 (sesión 76), por considerar “perjudicialmente excesiva la primera cifra” (Silva Bascuñán 2000, pp. 49-50). Sin embargo, tras los resultados electorales obtenidos en el plebiscito de 1988, así como la cohesión electoral que demostraba la oposición política, llevó a la dictadura a desechar el uninominal e idear uno alternativo: el binominal.

A pesar de las diferencias en la generación del Senado que surgieron entre la Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado –aunque en ambos se propusieron fórmulas que implicaba integrar senadores por una vía diversa a las del sufragio popular directo–, también se estableció, respecto de los senadores elegidos popularmente, un sistema binominal.

El sistema binominal, sus objetivos, incentivos y consecuencias son sinónimo de controversia, aunque resulta indicativo el que hoy no existan fuerzas políticas en el Congreso que no aboguen por su modificación o reemplazo. Para sus críticos, buscaba asegurar una representación institucional para proyectar el legado de la

dictadura y, en todo caso, sobre la base de distritos (en el caso de la Cámara de Diputados) objetos de un grave *gerrymandering* que buscaba amplificar la votación del “Sí” en el plebiscito de 1988. Mayor consenso genera la posición de que su problema principal es trasladar la competencia entre bloques hacia el interior de los bloques, minimizando la competencia y, en algunos casos, eliminando las opciones al electorado.

1.5.2 Elemento sistémico: ¿es neutral el régimen político imperante?

Chile posee un régimen político hiperpresidencial. La literatura documenta una difícil combinación entre sistemas presidencialistas y sistemas electorales proporcionales. Ackerman sostiene, por ejemplo, que la forma “más tóxica de división de poderes” es la combinación constitucional de un Presidente popularmente elegido junto con un Congreso elegido por un sistema de representación proporcional (Ackerman 2007, p. 40). Los problemas de la combinación presidencialismo y sistema proporcional se amplifican cuando estamos frente a un Presidente que enfrenta una doble minoría.

En efecto, las formas de gobierno presidenciales requieren de una arquitectura legislativa que permita la generación de patrones claros de gobernanza en lógica oficialismo/oposición. Por el contrario, los sistemas proporcionales al bajar el umbral de acceso al escaño permiten que terceras fuerzas adquieran un rol decisivo al ejercer un poder de veto que muchas veces puede dificultar el proceso gubernamental. Si bien hoy existen algunos indicios de fragmentación en el sistema de partidos, el legislador debiera procurar no agudizar dicho fenómeno, sino que más bien propender a una fórmula electoral que logre una sinergia positiva con nuestro sistema político.

Ahora bien, parece existir consenso en que el presidencialismo puede ser combinado con un sistema proporcional moderado, aunque existe controversia respecto de cuál es el umbral de moderación de la magnitud de distrito (6, 7, 8). Cuan “tóxica”, en definitiva, sea la combinación de adoptarse un sistema que sea más que moderado, será una cuestión empírica y de las prácticas políticas que se vayan generando. Lo importante es que si efectivamente resulta ser una mala combinación, ello llevará a volver a repensar el sistema electoral (ahora hacia fórmulas mixtas o mayoritarias), o bien, con mayor probabilidad, el régimen político.

1.5.3 Propuestas en discusión (políticamente relevantes)

Hoy, el debate en torno al reemplazo al sistema electoral binominal para la elección de miembros del Congreso gira en torno al proyecto de ley presentado el día 6 de mayo por el gobierno de Bachelet (Boletín N° 9326-07). Dicha propuesta es usualmente contrastada, para efectos de perfeccionamiento en su tramitación legislativa, con las propuestas contenidas en el “acuerdo RN-DC” y, en menor medida, la propuesta del gobierno del Presidente Piñera (que a su vez era contrastada con la propuesta consensuada entre senadores RN y de la Concertación en julio de 2013)⁸.

Como es posible observar, se trata de fórmulas que han dejado fuera de discusión fórmulas mixtas o mayoritarias, pese a que como se ha mencionado anteriormente, son pertinentes de acuerdo con nuestro régimen político, y que fueron recogidas y propuestas en los programas de los candidatos Andrés Velasco (primarias 2013) y Andrés Allamand (primarias 2013), quienes, como sabemos, no ganaron sus respectivas primarias.

A pesar de las simpatías de este autor por fórmulas mayoritarias, una dosis alta de realismo lleva a describir, a continuación, y de manera breve, los elementos centrales de las fórmulas que están efectivamente sobre la mesa.

1.5.3.1 Proporcional Acuerdo DC-RN (2012)

Plantea la adopción de un sistema electoral de carácter proporcional en 30 distritos plurinominales de magnitud distrital variable entre un número de

⁸ Este acuerdo, comunicado el 9 de julio de 2013 por los senadores Carlos Larraín (RN) y Francisco Chahuán (RN), acompañados por los senadores Eugenio Tuma (PPD), Soledad Alvear (DC), Patricio Walker (DC) y Fulvio Rossi (PS) buscaba, entre otros aspectos, aumentar en 30 los cupos para la Cámara de Diputados, pasando de 120 a 150, y disminuir los distritos en el país de 60 a 29, de manera que se elijan entre tres y ocho diputados por distrito, mediante una fórmula proporcional que reparte los escaños por lista o pacto a través de una cifra repartidora D’Hont. La cantidad de diputados será ajustada cada 10 años, obedeciendo a criterios de cantidad de ciudadanos por distrito. A su vez, se anunciaron modificaciones para el Senado, donde aumentaban de 38 a 48 senadores, al incorporar dos nuevos senadores en la Región de Arica y Parinacota (actualmente esta región pertenece a la circunscripción de Tarapacá, que es la única que contempla dos regiones) y añadir ocho senadores nacionales elegidos de forma paralela a la elección de senadores regionales, con una duración de cuatro años. También se anunció un sistema de financiamiento público para los partidos políticos e implementar un límite a la reelección de parlamentarios, estableciendo un máximo de dos reelecciones para los diputados y senadores nacionales (12 años) y de solo un periodo de reelección para los senadores (16 años).

2, 4 y 6 representantes por unidad electoral. Se contempla un aumento de diputados pasando de este modo la Cámara a tener 134 representantes, y el Senado 44, con 16 circunscripciones senatoriales, donde cada región constituye una circunscripción, salvo la Región Metropolitana, que se divide en dos circunscripciones.

1.5.3.2 Proporcional Piñera (2013)

La propuesta mantiene en 120 el número de diputados, pero con una nueva distribución distrital que considera 30 distritos en lugar de 60, con una magnitud de distrito variable que oscilará entre 2, 4 y 6, dependiendo del número de habitantes por unidad electoral. En lo que respecta al Senado, se plantea fusionar las circunscripciones en aquellas regiones que poseen dos circunscripciones, de esta manera Santiago, Valparaíso, Maule, Biobío y La Araucanía, pasarían a elegir 4 senadores.

1.5.3.3 Proporcional Bachelet (2014)

El diseño propuesto plantea el aumento de la magnitud distrital pasando a ser este un número que varía desde 3 a 8 para el caso de los 28 distritos, y de 2 a 7 para el caso de las 15 circunscripciones senatoriales. Así, la nueva Cámara de Diputados pasaría a tener 155 miembros y el Senado 50.

II. Tribunal Constitucional

A continuación se presentan de manera breve ya no insumos sobre las diversas posiciones y propuestas de diseño institucional alternativo, sino solo cuatro claves respecto de la discusión en torno al Tribunal Constitucional, las cuales se refieren a: (2.1) la necesidad de enmarcar este debate en torno a una mirada sistémica sobre los mecanismos e instituciones contramayoritarios presentes en una Constitución; (2.2) la sobreteorización en torno al debate de la revisión judicial de leyes en el derecho comparado contra la más bien subteorización a nivel de la doctrina nacional; (2.3) la falta de evidencia empírica para enfrentar reformas en este ámbito; y (2.4) las propuestas específicas que en esta materia realiza el PGNM.

2.1 Debate sistémico en torno a mecanismos e instituciones contramayoritarias

El debate en torno al Tribunal Constitucional (TC) debe ser sistémico e inserto en este el uso de instituciones y mecanismos contramayoritarios en la Constitución. Algunos de ellos impactan negativamente el proceso democrático, no logrando balancear de manera adecuada el imperativo de una democracia constitucional: la mixtura entre el ideal regulativo del constitucionalismo –limitando el poder público para proteger los derechos y libertades individuales– y el ideal democrático –basado en el principio de mayoría–, y que transforma a la Constitución tanto en fuente de restricción como en habilitante, siendo ambas dimensiones inseparables y fundamentales.

A la Constitución actual no solo se ha incorporado a su “sala de máquinas” (Gargarella 2013) una serie de técnicas contramayoritarias –muchas de ellas desde el derecho comparado y, por lo mismo, con escasa biografía en nuestra tradición constitucional, lo que hace ser doblemente exigentes al examinarlas y evaluar su sentido–, sino que las ha aplicadas en dosis altas.

Esta mirada sistémica es relevante porque el tipo de bienes que persigue el control preventivo perfectamente podría conseguirse potenciándose los controles a posteriori del TC. Entender este debate de un modo más instrumental puede ayudar a acercar posiciones.

2.2 Sobreteorización en derecho comparado y subteorización nacional respecto de la revisión judicial

En el mundo anglosajón el control de la constitucionalidad de la ley tiene una tradición intelectual de varios siglos. Basta ver *El Federalista 78* (Hamilton, Madison y Jay 2001) –algunos buscan incluso antecedentes en el famoso Caso Bonham’s de 1610 redactada por Edward Coke–. El *Ulyses* de Elster (Elster 1989 y 2002); el carácter defensor de los momentos constitucionales en tiempos de política ordinaria de Ackerman (Ackerman 1991, 1995, 1998 y 2014); y el control tipo “antimonopolio” sobre el proceso político de Ely (Ely 1980), son todos argumentos contemporáneos que han continuado buscando justificar, y hacer compatible con el ideal democrático, el control de constitucionalidad de la ley. Obviamente han existido miradas críticas, pero más bien minoritarias, donde destaca Jeremy Waldron (Waldron 1999 y 2006) y Mark Tushnet (Tushnet 1999 y 2008).

En la tradición continental, al proponer la creación de un Tribunal Constitucional, Hans Kelsen ofrece razones de diseño institucional en dos textos clásicos (Kelsen 1995 y 2001). Sostiene que el legislador no debe ser su propio juez. El control constitucional no lo deben ejercer exclusivamente aquellos órganos que amenazan la Constitución, por lo que debe ser un tercero imparcial que actúe como legislador negativo (no positivo) quien resuelva las controversias que se susciten. Para Kelsen, el control constitucional tenía más que ver con cuestiones orgánicas que de derechos fundamentales, y proponía recetas institucionales específicas para asegurar sus fines. Sabemos que estas ideas de Kelsen han sido contrastadas con las críticas de Carl Schmitt. La polémica Kelsen-Schmitt sigue vigente hasta el día de hoy, aunque con las naturales evoluciones que han experimentado los tribunales constitucionales.

En suma, la revisión judicial de la ley no solamente las encontramos en diversas democracias desarrolladas, sino que incluso en algunos modelos en su fase preventiva (Ginsburg 2002).

En contraste con lo anterior, la fundamentación en torno a la existencia y necesidad de un Tribunal Constitucional para nuestro sistema jurídico se ha caracterizado más bien, y sin querer ser injusto con la doctrina existente hasta hace una década, con una de tipo descriptivo. Curiosamente la defensa argumental del TC parece más rica en el periodo anterior a su implementación con la reforma de 1970 (Frei et al. 1970; Piedrabuena 1970) que la que encontramos hoy. Eso ha ido cambiando a partir de los cuestionamientos progresivos a este, en particular a la jurisprudencia que ha generado⁹.

No deja de ser interesante, por lo demás, que pareciera tratarse de un debate más bien general al interior del *iuspublicismo*, donde los constitucionalistas que participaron de la creación del TC de 1970 hayan encontrado un continuo con el actual, manteniendo una cerrada defensa, la que es ideológicamente transversal. Como botón de muestra destaca, por ejemplo, la columna de 2014 del profesor Lautaro Ríos en el *Diario Constitucional* denominada “El Tribunal Constitucional. Disparen sin escrúpulos: la víctima no puede defenderse”¹⁰, criticando duramente

⁹ Un buen análisis del debate de los últimos años en Zapata (2008).

¹⁰ Ver en: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-tribunal-constitucional-disparen-sin-escrupulos-la-victima-no-puede-defenderse/>

los errores que en esta materia encuentra en el libro *El otro modelo* (Atria et al. 2013) incluida la defensa al control preventivo:

Ahora bien, la modalidad del control preventivo no es distinta ni contraria al control represivo o posterior. Se trata, simplemente, de evitar que un proyecto de ley que contiene vicios de inconstitucionalidad siga un curso que va a desembocar en una ley contraria a la Constitución. Siendo así que lo racional es corregir oportunamente ese curso desviado, a instancias del propio legislador.

2.3 Falta de evidencia empírica

Lamentablemente, en Chile la evidencia empírica en esta materia es escasa. Ello es un problema en la medida en que abre un espacio desmesurado a los falsos dilemas. Destaca, por ejemplo, el trabajo de Verdugo que, analizando la jurisprudencia en sede de control preventivo obligatorio del Tribunal Constitucional entre 2006 y 2009, muestra que se trata de una verdadera “toma de razón”, de escaso impacto y relevancia (Verdugo 2010). Asimismo, Gómez, recientemente, presenta evidencia que busca describir el impacto de las sentencias del TC de inaplicabilidad e inconstitucionalidad respecto de los tribunales ordinarios y superiores (Gómez 2013). Fernandois, al comentar el trabajo de Gómez (y sobre la base de la evidencia presentada por este último), concluye que aproximadamente 2/3 de las inaplicabilidades acogidas no están produciendo efecto concreto en la gestión judicial pendiente. La mitad de estos 2/3 es, por complicaciones procesales de diversa naturaleza, imputables a las partes, y la otra mitad directamente porque la Corte Suprema impone un criterio distinto en lo sustantivo al objetivo constitucional que se deduce de la inaplicabilidad acogida por el TC.

2.4 Propuesta del PGNM

Este programa constitucional de gobierno tiene una propuesta concreta respecto de reformas al TC, específicamente en materia de generación de sus integrantes como en materia de competencias (destacando la eliminación de ambos controles preventivos):

La Nueva Constitución debe hacerse cargo de que el Tribunal Constitucional es una institución contramayoritaria, pues tiene el poder de contra-

restar decisiones democráticas. Para ello, se propone una nueva generación del Tribunal Constitucional desde los poderes públicos democráticos, sin injerencia de la Corte Suprema, en número impar, eliminando el voto dirimente o de calidad de su Presidente. Con la finalidad de racionalizar el rol contramayoritario del Tribunal, se requiere reordenar sus competencias, fortaleciendo su comprensión como tribunal, resolviendo conflictos, por lo que se hace imperioso suprimir las competencias de control preventivo de constitucionalidad de normas, tanto del control preventivo obligatorio como facultativo. Asimismo, el Tribunal Constitucional tendrá una nueva competencia consultiva para, a petición de cualquiera de las Cámaras, examinar la necesidad de adecuación del derecho interno con motivo de la aprobación parlamentaria de tratados internacionales de derechos humanos.

Así, las propuestas en torno al mecanismo de designación de los integrantes del TC, como la eliminación de ambos tipos de control preventivo, obligatorio y eventual, marcarán sin duda buena parte de la discusión respecto del futuro del TC. Sobre lo segundo, esto es, avanzar hacia la eliminación del control preventivo obligatorio, especialmente en la medida en que las LOC sean eliminadas o disminuyan de manera importante su ámbito de competencia, no parece una cuestión controversial. La eliminación del control preventivo eventual no parece tan fácil debido a que junto a la posición tradicional que defiende con vigor este mecanismo, al transformarse en una protección sustantiva a la minoría política, es posible encontrar argumentos diferentes en la línea de que se busca garantizar condiciones de imparcialidad e igualdad política en el proceso legislativo.



Sesión 6

23 de junio de 2014

L. Sierra: Hoy iniciamos la última cuestión que nos ha convocado: el régimen político. La relación está a cargo de José Francisco García. La idea es tocar, en esta primera sesión, las cuestiones de régimen político distintas al Tribunal Constitucional y revisión judicial de la ley, dejando dichas cuestiones para la próxima sesión. Le damos la palabra a José Francisco.

J. F. García: A diferencia de mis antecesores, lo que traté de hacer fue presentar los distintos puntos de vista que están en la discusión. Traté de ser más bien descriptivo y minimizar los juicios de valor; no sé si lo logré finalmente. He sido selectivo y las comparaciones las hago solamente con la Constitución de 1925, para tener cierta perspectiva histórica.

La primera parte, llamada “la arquitectura del hiperpresidencialismo chileno”, contiene varios temas en materia de régimen político. Primero, se busca mostrar la evolución del “hiperpresidencialismo” chileno. Al comienzo no estaba persuadido de que la Constitución actual hubiera realmente exacerbado el sistema ya excesivamente presidencial que establecía la Constitución de 1925. Con Arturo Ferrandois escribimos un artículo sobre dos mecanismos importantes para sostener el hiperpresidencialismo (iniciativa legislativa exclusiva presidencial e ideas matrices), los que la Constitución actual, en lo esencial, mantuvo (Ferrandois, García 2009). Sin embargo, una relectura de otros textos y la comparación detenida de ambas Constituciones me llevó a la conclusión de que efectivamente es bastante marcado cómo la actual Constitución exacerbó nuestro presidencialismo. Segundo, sobre las críticas que se han levantado contra este: no me convence mucho el modelo semipresidencial y, en general, soy partidario de avanzar hacia un presidencialismo clásico, pero debo decir que los críticos del “hiperpresidencialismo” han levantado argumentos bien poderosos contra nuestro modelo presidencial y también contra sistemas presidenciales atenuados.

Respecto de las propuestas de reforma relevantes a nuestro régimen político, incluyendo las de presidencialismo atenuado, curiosamente, y esa es una crítica que yo hago, el PGNM es agnóstico respecto del régimen político. En cambio, si uno se va al documento elaborado por el equipo constitucional de la Nueva Mayoría, coordinado por Francisco Zúñiga y en donde se recogen distintas visiones de constitucionalistas afines, se ve claramente la tensión entre estas dos visiones: una muy parecida a lo que se hizo en Océanos Azules [candidatura de Eduardo Frei 2009] de presidencialismo atenuado o flexible, y otra consistente con un semipresidencialismo. En efecto, la propuesta de semipresidencialismo no es solamente una relación más o menos ordenada respecto de cómo dividimos las potestades entre Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, sino que se proponen otras cuestiones importantes en materia electoral, potestades de ambas Cámaras, etc. Al respecto, existen también algunas ideas menos conocidas del ámbito académico, que han querido avanzar el parlamentarismo en Chile: están las ideas de Óscar Godoy y las de Arturo Valenzuela, citados en mi relación, este último propone la alternativa parlamentaria con una transición, planteando como cuestión central terminar con la segunda vuelta presidencial.

Respecto de los “nudos gordianos” en materia de potestad legislativa, esto se inserta en un debate más amplio respecto de los controles recíprocos que existen entre los poderes clásicos. Creo que hay dos temas importantes de la potestad legislativa. El primero es la iniciativa exclusiva presidencial en materia de ley. Desde la Constitución de 1925 ha habido un consenso entre los Presidentes de los más distintos signos políticos de que era necesario quitarle la iniciativa de gasto al Congreso. Creo que ese consenso hoy sigue siendo mayoritario y transversal a nivel político y académico. La excepción puede encontrarse en la propuesta de la Nueva Mayoría relativa a avanzar hacia un presidencialismo atenuado, donde se plantea revisar esto, evitando caer en las malas prácticas de las leyes periódicas, atentos a la tradición constitucional chilena. Se plantea revisar modelos de los sistemas parlamentarios que nos permitan generar algún tipo de aprendizaje, de que es posible aumentar las potestades de gasto del Congreso bajo un buen sistema de control de estos. Basta mirar el modelo norteamericano. Mi sensación es que hoy nadie quiere tocar este tema, salvo de manera muy tímida. Esto es algo que está bastante arraigado; Jorge Tapia, por ejemplo, tiene un estudio muy interesante al respecto (Tapia 1960).

El segundo tema son los *quórum*, especialmente los legislativos. Un buen punto de partida, y que a veces se confunde en el debate público, es distinguir la

rigidez constitucional de las supramayorías legales, en particular cuando se propone volver al modelo de la Constitución de 1925 de reforma constitucional. Me parece que, en algún sentido, se desconoce la discusión en el derecho comparado, del período de la posguerra, donde la rigidez constitucional como técnica se va instalando como una regla más bien universal. Tom Ginsburg dijo aquí en el CEP que, a la luz del derecho comparado, y entendiendo que existen tradiciones jurídicas diferentes, nuestras reglas actuales de reforma constitucional son bastante estándar (Ginsburg 2014). Podemos discutir el detalle, por ejemplo minimizar la regla de 2/3, pero la idea de rigidez constitucional no es en ningún sentido anti-democrática como se ha buscado instalar. Quiero destacar que en el debate sobre rigidez constitucional, que tiende a ser bastante estático y polarizado, la candidatura de Andrés Velasco puso un poco de dinamismo y creatividad, proponiendo tener dos opciones: o los 3/5 actuales o una regla de mayoría absoluta con dos Congresos sucesivos, debiendo ser esos dos Congresos rápidamente ratificados.

Respecto de las leyes orgánicas constitucionales, parto de la base que, como técnica, son una rareza en el derecho comparado y también respecto de nuestra propia tradición constitucional. Entonces las propuestas en torno a su eliminación o revisión radical “a la baja” me parecen acertadas. En este tema, creo que Sergio Verdugo ha tratado de poner un punto sobre la mesa, cual es que la LOC es una técnica contramayoritaria que conversa con otras técnicas contramayoritarias, por lo que las LOC no pueden defenderse en abstracto, sino en un contexto acerca de los mecanismos contramayoritarios que pueden existir en la Constitución y los bienes que buscan protegerse, matiz importante respecto de la posición originalista de defensa de las leyes orgánicas constitucionales.

Finalmente, está el tema de una mirada sistémica respecto de cómo conversan el debate de cambio del sistema electoral con el régimen político. Hay bastante literatura que muestra que los sistemas presidenciales conversan mejor con sistemas electorales parlamentarios mayoritarios que con sistemas proporcionales. Hoy, las tres alternativas que están en juego (la propuesta del actual Gobierno de Michelle Bachelet, la propuesta del Gobierno de Sebastián Piñera y la propuesta DC/RN de 2012) buscan ser consideradas propuestas proporcionales “moderadas”. La pregunta es qué significa “moderado”, porque ahí no hay acuerdo. ¿En qué magnitud de distrito termina la moderación: seis, siete u ocho? De aprobarse la propuesta de Bachelet, la menos moderada de las tres, tendremos que ver cómo nuestro sistema presidencial conversa con dicho sistema proporcional. Debido a

que tendremos un nuevo sistema electoral proporcional antes de tener la discusión constitucional acerca del régimen político, la pregunta es qué pasará si en el futuro, y esto es una especulación, se produce una tensión entre un sistema presidencial y el sistema electoral parlamentario proporcional. Probablemente va a ser difícil corregir las tensiones pasando a un sistema mayoritario y vamos a tener que repensar el régimen político, y en ese escenario parece viable un sistema semipresidencial. Porque así como el sistema electoral no es un debate de principios, sino que es un tema más bien instrumental, la importancia de mirar sistémicamente la relación entre el régimen político y el sistema electoral parlamentario parece crucial.

Además, no deja de ser interesante que se generan dos polos. ¿Qué pesa más en la tradición constitucional chilena, el presidencialismo, que justifica mantener un sistema presidencial atenuado o no, o el multipartidismo, que busca ser recogido de mejor forma mediante un sistema electoral parlamentario proporcional? Una última reflexión en este ámbito dice relación con la irrelevancia de la alternativa mayoritaria. No deja de ser interesante que en el informe final de la Comisión Ortúzar se propuso un sistema uninominal de 150 distritos para la Cámara de Diputados, y el Consejo de Estado lo rebajó a 120 escaños argumentando, a tono con lo que plantean algunos hoy, que sería costoso y mal visto ante la opinión pública. Solamente una vez realizado el plebiscito del 1988 es que se genera la fórmula del binominal. Por lo tanto, el binominal no es un diseño de la Comisión Ortúzar. Se sostenía que un sistema electoral que apuntara a la moderación era positivo, lo que no es muy diferente de lo que sostuvo el candidato Andrés Velasco en su programa, al buscar la moderación en el sistema político con un sistema mayoritario con base uninominal. La candidatura de Andrés Allamand también propuso pasar del sistema binominal a uno mayoritario. A pesar de mi simpatía por fórmulas mayoritarias, con un fuerte componente uninominal como en la propuesta de Andrés Velasco, se trata en todo caso de propuestas que no tienen cabida hoy.

Respecto del Tribunal Constitucional, quiero dejar sobre la mesa cuatro puntos a modo de claves del debate. El primer punto tiene que ver con la necesidad de enmarcar este debate en torno a una mirada sistémica de los mecanismos e instituciones contramayoritarias. Creo que es bueno en este debate tener “los ojos bien abiertos”, como suele decir Patricio Zapata. En el fondo, cuando estamos introduciendo mecanismos e instituciones contramayoritarias, las tenemos que ir sumando, porque mi diagnóstico general sobre los déficits de la Constitución

actual dice relación con el exceso de mecanismos e instituciones contramayoritarias. Nuestra Constitución tomó muchos de estos mecanismos desde el derecho comparado y además los aplicó en dosis altas. En segundo lugar, está la sobreteorización en torno a la revisión judicial de las leyes en el derecho comparado y la subteorización que existe a nivel nacional. Lucas Sierra me hizo una observación muy buena respecto de quién tiene la carga de la prueba en materia de justificación de un Tribunal Constitucional. Comparto con él de que la carga la tienen las personas que lo proponen. Por eso, destaco algunas ideas de Lautaro Ríos; creo interesante como fenómeno el apego generacional transversal que hay por el Tribunal Constitucional en constitucionalistas que tienen 60 o 70 años de edad. Me parece interesante que la generación de juristas que construyeron, pensaron y diseñaron el primer Tribunal Constitucional, ven un continuo entre ese Tribunal y el actual. Sin embargo, fue una generación que no generó suficiente argumentación, a mi juicio, para justificar y defender el rol del Tribunal Constitucional. Ese vacío lo ha hecho visible Fernando Atria en particular, quizás a partir del libro de Patricio Zapata (Zapata 2008).

Un tercer punto, aunque de carácter general, pero con particular relevancia en este debate, es la falta de evidencia empírica que tenemos. Por ejemplo, a mí me persuadió el trabajo de Sergio Verdugo que analiza la jurisprudencia de control preventivo obligatorio del TC, concluyendo que no ha generado los bienes públicos que se esperaba. Verdugo califica dicha jurisprudencia como una “toma de razón” (Verdugo 2010). Por otro lado, el libro de Gastón Gómez trata de vincular las sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad con los tribunales ordinarios, lo que resulta interesante desde una perspectiva cuantitativa (Gómez 2013). Sobre la base de la evidencia levantada por Gómez, Arturo Fernandois ha intentado entregar alguna cuantificación acerca del bajo impacto de las sentencias de inaplicabilidad del TC en la justicia ordinaria y en los tribunales superiores de justicia. Y no hay mucha más evidencia.

Finalmente, quisiera destacar que en el programa constitucional de la Nueva Mayoría, a diferencia de otras candidaturas, se encuentra una propuesta bien concreta en materia de Tribunal Constitucional. Ella se refiere tanto a su generación, como también a sus potestades, eliminando completamente ambos tipos de control preventivo. Lo interesante respecto del debate sobre eliminar los controles preventivos dice relación con la dimensión sistémica del mismo. En principio existe bastante acuerdo en eliminar el control preventivo obligatorio; pero no respecto

de eliminar el control preventivo eventual. Me parece interesante el hecho de que quienes abogan por mantener el control preventivo eventual podrían decir que mantenerlo depende más bien de la mejor fórmula de protección de los bienes que se están protegiendo por medio de este mecanismo, pudiendo pensarse, como han sugerido algunos, que reforzar los controles *ex post* del TC podría ser más valioso que mantener el control eventual. Así, un Tribunal Constitucional con incluso mayores poderes *ex post* (por ejemplo, pasar hacia un sistema de precedente obligatorio) podría, más que compensar, eliminar el control preventivo eventual. Creo que la mirada sistémica puede ayudar bastante a los que están tratando de pensar cómo se racionalizan los controles preventivos.

L. Sierra: Muchas gracias, José Francisco. Les sugerimos que dejemos el Tribunal Constitucional y sus controles para la última sesión y que en esta sesión nos dediquemos a: (i) presidencialismo: alguna forma atenuada de presidencialismo, semiparlamentarismo, semipresidencialismo, etc.; (ii) potestad legislativa y la relación entre los dos grandes poderes (Congreso y Gobierno), en materias de iniciativa de ley, en general, y sobre gasto, en particular; (iii) *quórum* para la potestad legislativa; y (iv) la relación entre sistema electoral y forma de gobierno. Francisco Zúñiga.

F. Zúñiga: Quería recoger un par de observaciones a lo expuesto por José Francisco García. La primera es que este debate del régimen político no es nuevo. Lo presenciamos a principios de la década de 1990 cuando la Cámara de Diputados conformó una comisión especial para estudiar el tema e, incluso antes, con el Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24), en que ya hubo una propuesta de régimen semipresidencial. Yo creo que hay un punto de inflexión y creo que hay que rescatar los aportes de Juan Linz, de Arturo Valenzuela, del propio Dieter Nohlen en esta materia, que, con diferencias, centran el problema en la gobernabilidad y estabilidad política de los sistemas. El diagnóstico de Valenzuela sobre la crisis institucional de 1973, a partir del bloqueo y el multipartidismo en un contexto presidencialista es elocuente (Valenzuela 1989); o lo propio acerca del pluripartidismo polarizado que identifica Sartori en el Chile del periodo 1970-1973. Las propuestas de la década de 1990 de manos de estos politólogos difieren de las propuestas anteriores formuladas por la sociología política o ciencia política de filiación francesa (J. Lambert, M. Duverger y G. Burdeau), que constataban, en clave de la sociología política de los años 1960, un régimen hiperpresidencialista (de Poder Ejecutivo predominante) y, por tanto, había que entrar con podadora a

reequilibrar la relación Gobierno-Presidente-Congreso. En cambio, las propuestas parlamentarias semipresidenciales o parlamentarias de la década de 1990 buscan fortalecer la gobernabilidad del sistema político y asocian la relación Gobierno-Parlamento al funcionamiento del sistema de partidos y a la conformación de coaliciones políticas con sistemas multipartidistas, los que requieren de incentivos adecuados para la cooperación. El libro de Valenzuela demuestra lo frágil que es políticamente un presidencialismo minoritario y que en lo formal-institucional es fuerte o de Poder Ejecutivo predominante. Creo que es el carril por el cual uno debería discurrir en la discusión sobre el régimen político. Creo que la reforma del 2005 agotó la veta de recortar poderes presidenciales y que tenemos que definir el marco de un régimen político adecuado a un sistema multipartidista en relación con un sistema electoral de representación proporcional, que está claro que no se aviene con la necesaria gobernabilidad de un régimen presidencialista. Para esta discusión entiendo que la reforma electoral al binominal es un hecho cierto, entonces, el desafío es cómo generamos un diseño institucional que permita conformar coaliciones políticas amplias, estables y responsables en la marcha del Gobierno y en la gestión de la administración. Si eso lo denominamos presidencial moderado, semipresidencial o parlamentario, creo que es una cuestión accesorio. Creo que lo esencial es dotar de gobernabilidad al sistema político.

L. Sierra: Gracias, Francisco. Sergio Verdugo.

S. Verdugo: No tengo una propuesta concreta, sino que tengo una prevención. En *El otro modelo* y *La Constitución tramposa* (Atria et al. 2013; Atria 2013) se plantea que tiene que haber distintas generaciones de reformas. La primera generación terminará con los frenos contramayoritarios para dar lugar al gobierno de las mayorías, y después, cuando se llegue al gobierno de las mayorías, se pasará a una etapa de reformas de segunda generación donde se discutirán otras modificaciones, como derechos fundamentales y régimen político. Se plantea, entonces, que el tema del régimen político sería un debate de segunda generación. Esa es una idea que debe ser rechazada. Si vamos a debatir acerca de una nueva Constitución, tenemos que debatir en conjunto ambas cosas porque los frenos contramayoritarios tienen mucho que ver con el sistema político. De hecho, el hiperpresidencialismo chileno actual tiene relación con la manera en que los frenos contramayoritarios han actuado respecto del poder del Presidente de la República. Imagínense un gobierno de mayoría donde además haya una iniciativa exclusiva, un control de gasto público muy fuerte, y poderes muy grandes del Presidente de

la República. Debe existir una mirada sistémica. Si uno quiere eliminar los frenos contramayoritarios, hay que reducir las facultades del Presidente de la República porque, de lo contrario, estaríamos en presencia de un sistema político capturado por un Ejecutivo predominante y sin mayores controles.

Es un error también distinguir esta discusión de otras discusiones relacionadas que son tan importantes como, por ejemplo, la relativa al problema de la rigidez constitucional. La distinción entre rigidez legislativa y rigidez constitucional es una distinción muy formalista. En esto Fernando Atria tiene un punto cuando llama a tratar el sistema binominal como un asunto constitucional, pese a estar regulado en una ley orgánica constitucional; el sistema binominal es parte de nuestra Constitución material. Hay varias reglas en las LOC que son parte de dicha Constitución material. Es evidente que el debate acerca de las LOC tiene que ver con el debate acerca de qué temas queremos que no sean disponibles por las mayorías simples.

No hay que reducir la discusión al debate sobre los arreglos institucionales por separado, sino que hay que tener una discusión sistemática y orgánica completa. De hecho, Kelsen, en su libro sobre la democracia, se mostraba favorable a la regla de supramayoría en sistemas políticos parlamentarios y en sistemas electorales proporcionales (Kelsen 1977). Yo no estoy necesariamente de acuerdo con esa afirmación, pero es útil para mostrar que de alguna forma la literatura (hay literatura después de Kelsen sobre estos puntos) suele analizar estos debates de forma integrada y no separada. No se debe discutir sobre supramayorías si no se tiene en consideración cuáles son las distorsiones que tiene la regla de mayoría dentro del Congreso. No se debe discutir estos problemas si no se tienen en consideración cuáles son, como decía Francisco Zúñiga, los incentivos que estos debates generan para la formación de coaliciones y cómo afecta esto, por ejemplo, en la teoría de la coalición mínima ganadora. Yo creo que en la literatura constituyente chilena, que se ha multiplicado este último tiempo, este análisis más sistemático está ausente.

L. Sierra: Gracias, Sergio. Jorge Correa.

J. Correa: No tengo certezas en esta materia. Lo primero es que, me temo, es bien improbable cambiar el presidencialismo chileno. Creo que es un debate, por ahora, académico. El alto desprestigio del Congreso Nacional hace francamente muy difícil un cambio en ese sentido. Habría que partir entonces por reforzar el Congreso, lo que conlleva gastar en él, y la sola discusión de cuál es el número de

parlamentarios –con la derecha esgrimiendo que no gastemos en el Congreso– a mí me da menos esperanza de que podamos partir por donde yo creo que sería la única partida posible. Por lo tanto, salvo que tengamos una crisis de esas enormes, en que se pueda hacer un replanteamiento y alguien se tome un vacío de poder, me parece que la cultura chilena y la impopularidad del Congreso hacen, de verdad, muy difícil que haya una atenuación real de los poderes del Presidente.

¿Podemos ir en esas condiciones a un sistema proporcional de elecciones parlamentarias? Vengo oyendo hace mucho rato esto del peligro de hacer coexistir un sistema proporcional con el sistema presidencial, porque un Presidente sin mayorías en el Congreso no va a garantizar la estabilidad. Pero si uno mira para atrás, apreciará que todos los Presidentes de la Concertación y el Presidente Piñera tuvieron minoría en el Congreso, salvo Michelle Bachelet por un par de meses al principio de su mandato, y nunca en la historia de Chile ha habido la estabilidad y la gobernabilidad que hubo en ese período de la historia de Chile. Entonces, ¿por qué esta idea de que los Presidentes que no tengan mayoría en el Congreso generarían ingobernabilidad? Yo creo que esa es una discusión académica o que se quedó pegada en 1973. Yo aprecio la gobernabilidad garantizada desde el año 1990, aun sin mayoría en el Congreso. Entonces, ¿por qué deducimos que un sistema proporcional no funciona con un sistema presidencial si la evidencia empírica dice que ha funcionado y ha demostrado, además, que las coaliciones se forman no en torno al Congreso Nacional, sino que en torno a las campañas presidenciales, y que la segunda vuelta obliga a tener coaliciones amplias? La tesis del peligro de combinar presidencialismo con proporcionalidad basada en el riesgo de Presidentes sin mayorías en el Congreso, como si ello fuera sinónimo de ingobernabilidad, la refuta la historia.

L. Sierra: ¿Y respecto de la iniciativa legislativa sobre gasto?

J. Correa: No tengo certezas en estas otras materias.

L. Sierra: Gracias, Jorge. Emilio Pfeffer.

E. Pfeffer: Creo que si se examina la evolución constitucional chilena a partir del texto de 1925, se observará que progresivamente los distintos Presidentes se fueron declarando prisioneros del Congreso. Al término de sus mandatos, especialmente en los discursos que se escuchaban los días 21 de mayo, se quejaban amargamente de que no habían podido cumplir sus compromisos por la oposición u obstrucción parlamentaria. Esa realidad estaba atizada por un pluripartidismo excesivo, consecuencia de un sistema electoral proporcional, lo que explica que

todos los Presidentes, como una reacción a ese fenómeno, reclamaran más prerrogativas con la finalidad de imponerse ante un Congreso en el que tenían frágil mayoría en alguna Cámara o simplemente eran minoría. Las reformas de 1943 y de 1970 se inscriben en la línea de fortalecer o vigorizar al Ejecutivo, porque se cree que por esa vía este podrá imponerse sobre el Congreso para que legisle a favor de su programa político. El texto de 1980, compartiendo ese diagnóstico, insiste en esa ingeniería institucional, la diseñada por Alessandri Palma el año 1925 y reforzada en 1943 y 1970. Su objetivo era fortalecer al Presidente justamente para buscar estabilidad, gobernabilidad y eficiencia en el sistema político. Por lo tanto, si se quieren recortar poderes presidenciales como una forma de configurar un presidencialismo atenuado, como ha sido sugerido, y de ese modo restablecer una suerte de equilibrio en la relación Ejecutivo-Congreso, en mi opinión debe definirse previamente cuál va a ser el rol y las enmiendas que queremos hacerle al Congreso. Porque reducir el poder presidencial no solo debe tener el propósito de hacer más protagónicos a los diputados y senadores en su rol legislativo e incrementar la dignidad y prestigio de los parlamentarios; junto con ello, debe preservarse la eficacia de la acción gubernamental. Restarle al Presidente facultades en materias de iniciativa legislativa exclusiva, del control de las urgencias, limitar el veto, entre otras, son medidas que no garantizan por sí mismas el objetivo buscado. ¿Tendrán como efecto en verdad fortalecer al Congreso? ¿No será mejor que en forma previa este perfeccione su tarea legislativa y se lo dote de una asesoría técnica adecuada, para que tenga una respuesta ágil frente a los problemas cada vez más complejos y que demandan soluciones prontas por la ciudadanía? Creo que es un suicidio institucional restarle poder al Ejecutivo en su condición de colegislador sin antes garantizar que el Congreso no incurrirá en los mismos déficits históricos que ha mostrado, porque ello puede traducirse en una grave afectación de la estabilidad institucional.

Los reclamos que provienen del Congreso por sentirse disminuido y la negativa evaluación ciudadana de su desempeño no necesariamente son producto del diseño y funcionamiento del sistema institucional. Tampoco me parece que el sistema proporcional sea la única causa de esos males; en eso coincido con lo que ha expresado Jorge [Correa]. La estabilidad y la moderación en el sistema político son bienes valiosos, y al contrario de lo que en general se afirma, puede ser un activo, ya que puede ser conveniente que el Presidente se vea forzado al diálogo o a la negociación política cuando no tenga mayorías claras. Por esto, la

lógica de la existencia de eventuales bloqueos de poder no es en sí misma inde-seable, y tales bloqueos serán la muestra de su incapacidad, de la ineficacia de su accionar político, del hecho de que su programa de gobierno no está en sintonía con la expresión política que ha quedado materializada en el Congreso y tendrá que adecuarlo. Ahora, el sistema electoral como medio para mitigar esos efectos no puede ser utilizado como una herramienta de ingeniería política que impida forzosamente el surgimiento de los partidos y de corrientes políticas, pero tampoco debe promoverlos ilimitadamente. De allí que un sistema proporcional que garantice ciertos mínimos de representación no puede *per se*, en mi opinión, representar una amenaza para el presidencialismo chileno.

El gran desafío en este punto radica en cómo fortalecemos la acción del Congreso, lo que no pasa por restarle atribuciones al Presidente trasladándolas de un órgano a otro. El desafío es incrementar el poder técnico que debe tener el Congreso para que dialogue con la ciudadanía y el Ejecutivo, porque a partir de ese diálogo, unido a la deliberación política, va a poder imponer su mayoría frente a la del Gobierno. Pero mientras eso no ocurra, un mero trasvasije de potestades y facultades será totalmente ineficaz.

L. Sierra: Gracias, Emilio. Una pregunta: asumiendo que se refuerza el Congreso en materias técnicas, con asesorías, etc., ¿tú relativizarías la iniciativa exclusiva en materia de gasto?

E. Pfeffer: No. Creo que históricamente el gran problema que ha existido en materia de gasto público es el clientelismo electoral, que podría incrementarse a partir del ejercicio de una facultad que obviamente el parlamentario va a ejercer con fines de ser reelegido indefinidamente. Abrir ese cauce es alentar la demagogia y la irresponsabilidad. Ese riesgo podría mitigarse en parte si se quiere reconocer un grado menor de intervención parlamentaria en el gasto público, estableciendo, por ejemplo, un límite a la reelección o exigencias que impliquen un mayor patrocinio de parlamentarios para que puedan proponer legislación de gasto en ciertos casos. Pero, en general, el gran activo del régimen presidencialista chileno –la eficacia y estabilidad que ha demostrado en los últimos veinticinco años– ha sido justamente porque los parlamentarios no han tenido mucho protagonismo en esa materia.

L. Sierra: Gracias, Emilio. Profesor Avilés.

V. M. Avilés: Desde hace muchos años se viene discutiendo en el ambiente académico la idea de atenuar el presidencialismo vigente en Chile. Las razones,

en general, tienen que ver con la falta de comprensión ciudadana sobre la labor que realiza el Congreso, lo que ha significado un paulatino alejamiento de la ciudadanía de la actividad política y de los partidos políticos. A esto se suma el subsecuente descrédito de la democracia representativa, con los peligros que implica. A esas razones históricas sobre la necesidad de atenuar el actual presidencialismo, se sumó, dramáticamente en los últimos años, la discusión sobre el sistema electoral, puesto que existiría un sentir ciudadano que pone en duda la legitimidad del actual sistema de generación de parlamentarios. Acá coincido con José Francisco [García] en cuanto a la relevancia de estudiar esto de modo sistémico. Me parece que la tendencia actual es hacia asociaciones más flexibles y, evidentemente, un sistema electoral proporcional va a ser un buen aliciente para que las asociaciones sean flexibles, atomizadas y menos estables. Creo que no vamos a visualizar partidos políticos de larga permanencia en el tiempo, como hemos tenido hasta ahora.

En segundo lugar, me parece que en este escenario de un sistema electoral proporcional existe mayor peligro de dar demasiado poder a pequeños grupos “bisagras” en la toma de decisiones políticas, que podrían tener la posibilidad de forzar decisiones, incluso por sobre las posiciones mayoritarias. Susan Rose-Ackerman, por ejemplo, habla también de peligros de corrupción en esta combinación de sistemas proporcionales con un gobierno presidencial (Rose-Ackerman 1999). Fue en este contexto que la propuesta de Renovación Nacional y la DC, en el año 2012, trató en conjunto la reforma al sistema electoral y la reforma al sistema de gobierno.

A propósito de la pregunta de Jorge [Correa]: ¿Por qué ahora y no antes? Creo que tiene que ver con una situación sociológica y cultural actual. Existe un alto nivel de disociación: los partidos políticos no son percibidos como instancias de participación válidas, ni son valoradas por la mayoría de la población. Todo indica que habrá un sistema proporcional electoral y, en ese escenario, la pregunta es qué mecanismos tiene nuestro sistema constitucional para hacer frente a una eventual crisis de gobierno. Si el Parlamento no está involucrado de alguna manera en la función administrativa o en la función de gobierno, y si no existen fusibles institucionales, como existen en los sistemas del derecho comparado en sistema semipresidenciales, la verdad es que temo que podamos llegar a una situación de crisis institucional a la cual el sistema no pueda responder con facilidad. Esta es una opinión ciertamente bastante catastrofista, pero sin la necesidad de llegar a

ello, me parece que las razones históricas para pensar al menos una atenuación del sistema presidencial siguen siendo válidas. Por tanto, las razones coyunturales de esta reforma al sistema electoral para pensar en una atenuación del presidencialismo, o derechamente un sistema semipresidencial, creo que son más que razonables de analizar en instancias como esta.

L. Sierra: Gracias, profesor Avilés. Hay una tensión entre lo que ha dicho Víctor Manuel [Avilés], José Francisco [García], Emilio [Pfeffer] y Jorge [Correa] sobre la relación entre el sistema electoral y la forma de gobierno, y sobre la posibilidad de que una forma de gobierno presidencialista pueda convivir con un sistema de mayor proporcionalidad. Jorge [Correa] lo ha ejemplificado con lo que ha pasado en estos últimos veinte años. Sin embargo, Emilio [Pfeffer] nos recordó que el gran lamento de los Presidentes Alessandri, Frei Montalva y Allende, era que el Congreso no los dejaba gobernar. Entonces, ¿cuál es la diferencia entre esa época y la época post 1990, cuando la falta de mayoría, a diferencia de antes de 1973, no ha impedido la gobernabilidad?

J. Correa: La diferencia radica en que ya no hay proyectos intransables. Al menos, no los hubo en los gobiernos de la Concertación ni en el de Piñera.

L. Sierra: Eso plantea una enorme interrogante. Patricio Zapata tiene la palabra.

P. Zapata: Acogiendo la invitación a una reflexión más sistémica, la primera dificultad es distinguir aquello que sería constitutivo de nuestra realidad como comunidad de aquello que lleva largo tiempo en funciones. La semana antepasada yo hablaba de distinguir el armazón de la armadura; supongo que si uno usa una armadura durante mucho tiempo la gente puede llegar a pensar que esa es tu estructura porque no te conocen sin esa armadura. ¿Qué cosas de nuestro paisaje constitucional serían, digámoslo así, cuestiones de nuestro cuerpo? ¿Y qué cosas serían un corsé? Pues no porque lo hayamos usado por largo tiempo deja de ser un corsé. Ahora, evidentemente, un uso muy prolongado aboga en favor de cierta prudencia a la hora de hacer cambios. Por ejemplo, la semana pasada hablábamos de centralismo y yo no haría un alegato de que se trata de un rasgo de nuestra esencia o de nuestra chilenidad, sino que sigo pensando que es un corsé. Ahora bien, como lleva tanto tiempo y hay tantas prácticas y hábitos involucrados, un cambio abrupto sería probablemente desastroso. Asimismo, no creo que alguien pueda decir que el presidencialismo sea parte de nuestra esencia intrínseca y profunda; pero es una cuestión que lleva un tiempo tan prolongado que seguramente ha permeado.

Lo que sí me parece que es parte de nuestro ser es el hecho de que somos un país donde hay una cierta diversidad política o ciertas familias ideológicas. Creo que esta es una cuestión que se expresa desde mediados del siglo XIX con mucha fuerza y ni siquiera los intentos más sanguinarios pudieron poner fin o destruir esa realidad. Desde hace demasiado tiempo tenemos dos derechas (una más conservadora y una más liberal), dos izquierdas (una comunista y una socialista, o socialdemócrata) y tenemos dos centros (uno más laico y uno social cristiano). Chile es un país donde hay familias políticas que tienen un cierto arraigo, aun en los tiempos de la posmodernidad. Lo que ocurrió con el intento de ingeniería pura que fue el binominal, en el sentido que buscaba crear dos grandes fuerzas, demuestra que la realidad fue más fuerte y se pudo mantener la expresión de los comunistas, los radicales, los demócratacristianos, la derecha liberal, la derecha conservadora, haciendo el uso más óptimo posible de los pactos, subpactos, omisiones, blindajes y los acuerdos tácticos estratégicos. Entonces, para mí manda mucho la historia y esta realidad social y, por eso, pienso que un sistema electoral en Chile –no estoy hablando de Estados Unidos ni de Inglaterra– debería darles expresión razonable a esas diferentes familias.

Hay cosas que pueden ser instrumentales a primera vista, pero que si uno las mira más de cerca son tremendamente sustantivas. Yo cometí el error de muchos, de escribir sobre las leyes orgánicas constitucionales durante diez años, y de tanto hacerlo perdí de vista el monstruo que había debajo de la sábana. Si yo estoy dispuesto a aceptar rigidez para las cuestiones más fundamentales en la Constitución, ¿por qué tendría tan pasivamente que haber aceptado que para el 60 o el 80 por ciento de las cosas medianamente importantes la minoría tenga poder de veto? Entonces, es instrumental hasta por ahí no más. Creo que, a estas alturas, el estudio ya está hecho sobre el efecto que ha tenido, en los últimos quince años, el peaje que le cobró a nuestra democracia este constante poder de veto de una minoría en prácticamente todas las cosas. En el año 1991 estudié el porcentaje de las leyes que tenían un componente orgánico y era como el 10 por ciento; en el año '95 volví a hacer el ejercicio y ya era el 23,8 por ciento; y luego el año 1999 iba como en 34 por ciento. Casi no había ley importante que no tuviera al menos un par de artículos orgánicos, ya que, como ustedes saben, el Tribunal estableció después que podía haber orgánico incluso en aquello que no había sido aprobado como orgánico, porque podía haber orgánico de oficio. Por lo tanto, hemos llegado a un monstruo y creo que esa discusión no es puramente instrumental. Entiendo

lo que dice Sergio [Verdugo] en el sentido de no echar abajo ciertos resguardos si lo que va a quedar en pie va a ser un presidente portaliano gigantesco, pero aquí hay cambios que hay que hacer por una cuestión de legitimidad urgente.

Finalmente, creo que es hora de decir que hay resguardos para las minorías más legítimos que otros. En Chile no faltan resguardos para las minorías: sobran. Nos hemos ido deshaciendo de algunos, como los senadores designados, pero siguen habiendo muchos. Entonces, si este tema nos preocupa, defendamos, por ejemplo, un sistema bicameral, del cual yo he hecho la defensa, porque creo que en ese mecanismo tan antiguo hay una sabiduría muy profunda. El que gana las elecciones no se lleva la pelota para la casa porque, al menos, en una de las Cámaras, la mitad de los parlamentarios va a reflejar el pasado y no el presente. Asimismo, descentralicemos políticamente para que no tengamos todo el poder concentrado en un solo espacio.

Los que han pensado cómo proteger a las minorías han llegado a soluciones bastante más legítimas que tener ley de *quórum* para todo o que tener sistemas electorales inadecuados o senadores designados. Entonces, es la hora de que todo esté sobre la mesa; lo que pediría es que no le atribuyamos carácter de endémico o estructural a cosas que quizás son corsé. Respetemos aquello que parece ser efectivamente expresión de un alma nacional, el alma de Chile.

L. Sierra: Gracias, Patricio. Enrique Navarro.

E. Navarro: En el ámbito del régimen político creo que Chile tiene una larga tradición presidencial, como efectivamente se ha señalado. El ejemplo de los gobiernos del siglo XIX, que prácticamente rigieron sin mayor contrapeso, ha generado toda una literatura de nuestros historiadores y, en general, admiración. Ha habido sí revisionismo en el último tiempo, pero escaso. El pseudo parlamentarismo que vivió Chile también ha sido objeto de análisis y de críticas. Les hago presente que la Constitución de 1925, que surge como un texto para fortalecer al Presidente de la República, fue rechazada por los dos grandes partidos de la época: el Partido Radical y el Partido Conservador, que en sendos proyectos en los años cuarenta y cincuenta fueron partidarios a su vez de restablecer el régimen presidencial. Esto demuestra que no había una relación de adhesión entre los partidos políticos mayoritarios y el régimen presidencial. Sin embargo, como también sabemos, el sistema entró en crisis. La Constitución de 1980 vuelve a reanudar esta idea de fortalecimiento de las facultades del Presidente de la República: tenía una larga tradición del año 1943 al año 1970. Sin embargo, el 2005

se dio una reformulación del rol del Presidente y del Congreso; por lo pronto, un Presidente que dura cuatro años, sin reelección, con amplias atribuciones fiscalizadoras de la Cámara, incluyendo los mecanismos de interpelación y acusaciones –que, en mi opinión, se han ejecutado razonablemente en estos años, pero que pueden significar armas muy fuertes para un grupo que eventualmente enfrente al Presidente–. Además, hay instituciones que no se han ocupado, como es la del Ministro coordinador.

Entonces, diría que en la revisión del régimen chileno, la idea de atenuar el sistema presidencial es algo que ha sido objeto normalmente de estudios teóricos, pero creo que también tiene que compararse y analizarse con la realidad que tenemos. En ese sentido, me parece, desde 1990 en adelante Chile ha tenido una estabilidad institucional y eso debe ser un buen ejemplo a seguir. Sin embargo, soy partidario de que, en algunos casos, haya un mayor rol del Congreso: en el procedimiento legislativo, en temas de urgencias y otros. Pero, en general, creo que el régimen político chileno es bastante estable y, por tanto, esta “crisis” creo que más bien dice relación con un “enfermo imaginario”.

L. Sierra: Gracias, profesor Navarro. Julia Urquieta.

J. Urquieta: Me permito discrepar. Yo creo que efectivamente no hay ningún “enfermo imaginario” sino que, por el contrario, tenemos un enfermo bastante detectado. Se ha expresado por la ciudadanía; un 62 por ciento de este país se pronunció no solamente por un cambio a la Constitución, sino que por una nueva Constitución. Me ha tocado participar en la discusión a propósito del sistema binominal y resulta que la práctica y la experiencia concreta nos dice que todo aquello que la Constitución de 1980 pretendió evitar, no lo pudo hacer. Se pretendió evitar un sistema multipartidista, pero en todas las discusiones en la Comisión de Constitución, la mayoría de los académicos y expositores coinciden en que hoy día en Chile existe el multipartidismo. Por tanto, lo que pretendió impedir la Constitución de 1980 sobre la base del binominalismo, no lo pudo impedir. La gran mayoría considera hoy que es insostenible el sistema binominal y que es necesario pasar a un sistema proporcional. Por tanto, respecto de la pregunta de si es posible convivir con un sistema presidencial y con un sistema proporcional, yo creo que eso es lo que la gran mayoría del país quiere.

Ahora, la Constitución de 1980 pretendía darnos estabilidad, por todo lo que había pasado en la crisis del año 1973, pero hoy la gran mayoría piensa que esa Constitución no es legítima y no resuelve los problemas del país. ¿Por qué

se está por su cambio? Porque no se puede hacer de la Constitución una camisa de fuerza, como la Constitución de 1980 pretendía ser, llevando a que la fuerza social de los movimientos sociales terminara explotando. El problema es –y aquí discrepo de los que muchos señalan sobre la estabilidad de estos últimos veinte años– que lo que tuvimos fue una camisa de fuerza donde las minorías, como nuestro caso, estuvimos excluidas del Parlamento por el sistema binominal. Si no hubiera sido por un pacto, nosotros no habríamos podido haber llegado al Parlamento, y la primera vez que llegamos, después de veintitrés años, lo hicimos con tres parlamentarios y solamente en el periodo posterior, también producto de un acuerdo, pudimos aumentar a seis nuestra fuerza –una fuerza que tiene más de un 5 por ciento–. O sea, es un sistema antidemocrático que permitió la exclusión de una fuerza política.

Entonces, el problema es que existía y existe un mecanismo de veto, que impide que las grandes mayorías puedan expresarse. La Constitución no puede ser reformada si no contamos con los *quórum* –como se ha visto con el cambio al sistema binominal, que se tuvo que hacer sobre la base de un acuerdo–. El Tribunal Constitucional se ha transformado en un verdadero mecanismo de veto, como se ve en el caso de la televisión digital, que demoró más de cinco años en el Parlamento y ahora los que no están de acuerdo van al Tribunal. El Tribunal Constitucional se utiliza como un mecanismo para lograr un objetivo después de que se discute por años en el Parlamento, se va al Tribunal para tratar de obstruir.

Creo, entonces, que de lo que realmente se trata es cómo logramos tener una Constitución realmente democrática, que nos identifique a todos, donde puedan quedar establecidos los derechos de los ciudadanos y donde haya un régimen presidencial. Si bien muchos han planteado la posibilidad de un sistema parlamentario, creo que en la tradición democrática chilena es difícil aceptar un sistema que no sea el presidencial. Ahora bien, uno ve en el Parlamento que las facultades efectivas de los parlamentarios son cada vez más reducidas. Por ejemplo, cuando se trata de hacer una moción parlamentaria, no se puede hablar de gasto, pero tampoco se pueden hacer mociones que incidan en aspectos fundamentales del país, porque son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Entonces las mociones parlamentarias consisten hoy en temas de menor partida, y no hay ningún parlamentario que pueda lucirse al respecto.

El problema de fondo es cómo poder construir una Constitución que sea capaz de darle forma a una sociedad democrática, que sea expresión de las ma-

yorías y donde realmente no exista un mecanismo que se transforme en un veto que impida que sectores importantes de la ciudadanía puedan expresarse debido a que una minoría considera que son peligrosos para la sociedad.

L. Sierra: Gracias, profesora Urquieta. Luis Cordero.

L. Cordero: Hay algunas cosas que dijo Jorge [Correa] que me parece son rebatibles. Creo que el presidencialismo genera tres problemas que son particularmente severos. Lo primero es que un sistema presidencial vertical como el chileno, donde los destinos y el éxito del Gobierno no dependen del rol del Congreso, lo que hace es generar parlamentos irresponsables. Es decir, cuando el éxito de una política pública no depende fundamentalmente del Congreso, sino que depende directamente del Gobierno, se genera un descrédito del Congreso. Bajo el ejemplo de Jorge [Correa] sobre cuando Bachelet tuvo mayoría por algunos meses, uno debiera preguntarse si tenía algún sentido para los parlamentarios el ejercer, en ese momento, la mayoría en el Congreso; es decir, si el éxito del Gobierno dependía de ellos o, más bien, si era gratis ser díscolo. Lo que demostró el tiempo es que lo que beneficiaba a los parlamentarios era ser irresponsable con el Gobierno, porque este igualmente iba a seguir avanzando. Eso es relevante porque si uno mira los datos, hay un par de cosas que se escribieron hasta antes de la reforma del 2005: del total de leyes que se publicaron, cerca del 88 por ciento eran iniciativas legislativas que habían comenzado en el Ejecutivo y aproximadamente el 12 por ciento era iniciativa de los parlamentarios. Además, los proyectos de ley de los parlamentarios que se aprobaban se dividían fundamentalmente en dos: erección de monumentos y aumento de penas de delitos.

El efecto que eso genera, y esto también desde la evidencia del diseño institucional del presidencialismo, es que curiosamente el Congreso tiene una sola ley importante en su relación con el Gobierno: la Ley de Presupuestos. Por tanto, el incentivo es fundamentalmente el siguiente: si los parlamentarios no tienen iniciativa en materia de gasto, tienen pocas materias de su competencia, y si además tienen que negociar persistentemente con el Gobierno, el momento más relevante para los parlamentarios termina siendo la Ley de Presupuestos. Esto por una razón muy simple, que es que en las Comisiones Mixtas de Presupuesto la estrategia es forzar al Gobierno a negociar determinadas partidas y por eso, irónicamente, una buena cantidad de políticas públicas dependen de glosas presupuestarias y no de leyes permanentes. La pregunta es si esto es bueno y la respuesta probablemente es que es muy malo, entre otras cosas porque la mayoría de la regulación pública

no se hace en términos deliberativos, sino que se hacen glosas presupuestarias que ni siquiera se publican en el Diario Oficial. Además, los parlamentarios han extendido su criterio de control político hacia el Gobierno por medio de la Ley de Presupuestos. De hecho, la discusión que existió entre el Presidente Piñera y el Congreso respecto de cuáles eran las condiciones o las obligaciones de información respecto de algunas de sus ofertas programáticas, tuvo que ver con eso, y el Tribunal Constitucional reconoció que la Ley de Presupuestos era probablemente el más efectivo de los mecanismos de control que tiene el Congreso frente al Presidente.

¿Por qué pasa esto? En parte, por el sistema presidencial vertical que tenemos, que genera además una segunda consecuencia: el Presidente de la República tiene un incentivo de manejar la Administración como un régimen de botín. Curiosamente eso puede ser bueno o malo; no es tan evidente que sea malo. Pero el problema que genera es que un conflicto en un servicio público cualquiera termina siendo inmediatamente un problema del Presidente de la República. Además, el depender de manera directa del Presupuesto genera una mayor concentración de las políticas públicas dependientes directamente del Ejecutivo. Esto es relevante porque uno debería plantearse, en el contexto de la discusión de diseño institucional, que es si uno modera el presidencialismo cuánta responsabilidad traslada entonces al Congreso. Probablemente el área más razonable para hacer ese test sea en materia de gestión presupuestaria. Creo que si se trasladan equilibrios de responsabilidad hacia el Congreso, entonces tiene sentido moderar el sistema presidencial; pero moderar el sistema presidencial sin tener en consideración el rol que cumple el Presupuesto es, en el fondo, tener una cierta ilusión al final del día.

L. Sierra: ¿Cuál sería la derivación de eso en términos de forma de gobierno?

L. Cordero: Creo que hay que alivianar la regla de iniciativa exclusiva del Presidente. Creo que, en principio, uno podría tener los resguardos en la lógica de la norma de 1943 que tiene una segunda derivada, que es la autonomía constitucional de la Contraloría. No hay ninguna razón democrática, en mi opinión, para sostener que el Parlamento no podría tener iniciativa en algunas cuestiones que tienen incidencia en el gasto. La respuesta de algunos podría ser que los parlamentarios serían irresponsables, pero esto depende del rol del Congreso en materia de gestión presupuestaria. Si se hace extensivo un régimen de equilibrio, ahí tiene entonces algún sentido alivianar esa regla, porque permite salir de esta trampa de la erección de monumentos y de aumento de penas, y trasladar algún

nivel de responsabilidad de la gobernabilidad al Congreso y no dejarlo solo en manos del Presidente.

L. Sierra: ¿Sería eso compatible con una forma de gobierno presidencialista, sin avanzar hacia otra forma de gobierno?

L. Cordero: Sí, pero creo que aquí hay una discusión que probablemente no está completamente sincerada y es si el presidencialismo que tenemos es un presidencialismo sostenible o lo que uno quiere es una moderación del presidencialismo, que puede ir desde un presidencialismo moderado puro hasta un semipresidencialismo. Si uno se queda en una alternativa binaria –hay o no hay presidencialismo– lo que uno no va a ver es que en la estructura de los “fierros” es donde está la discusión más relevante respecto de los efectos del régimen político. En mi opinión, uno puede tener un sistema presidencial con moderación presupuestaria, trasladando responsabilidad al Congreso, y probablemente moderar también el rol del Presidente en la gestión del Congreso.

L. Sierra: Gracias, profesor Cordero. Sergio Verdugo.

S. Verdugo: En los años 1990 Peter Siavelis planteó que hay una paradoja en el sistema presidencial chileno, que consiste en que tenemos Presidentes con mucho poder y muy moderados (Siavelis, Valenzuela 1991). ¿Qué es lo que explica politológicamente este hecho? Hay toda una literatura que intenta contestar esta pregunta. Algunos autores sostienen que se explica debido a la cooperación legislativa dada por los frenos contramayoritarios relacionados con las reglas de la transición política chilena. No digo que debamos de modo necesario mantener esas reglas, ya que probablemente es tiempo de revisar varias de las que todavía permanecen vigentes, pero estas generan un efecto en la moderación de los Presidentes. Por eso, no estoy de acuerdo con la afirmación que hacía Patricio Zapata, en el sentido de que hay cosas elementales que hay que revisar antes de pasar al debate sobre el régimen político, siguiendo, de alguna forma, la tesis de *El otro modelo* y de *La Constitución tramposa* (Atria et al. 2013; Atria 2013).

El debate sobre el régimen político tiene necesaria relación con el debate acerca de los arreglos contramayoritarios; quiero explicar por qué creo que este es un debate instrumental. Los arreglos contramayoritarios no son un fin en sí mismos, sino que persiguen fines ajenos al instrumento mismo. Son dependientes de esos otros fines y, por tanto, son sustituibles por otras herramientas que incluso pueden ser más eficaces, dependiendo del caso. Las reglas contramayoritarias, en especial las supramayorías, son instrumentos que sirven para limitar el poder en atención

a fines específicos, siendo sustituibles por otros. Es importante no perder de vista esos fines. Patricio Zapata, en su artículo sobre “La nueva Constitución y el bien común” (Zapata 2014), tiene un párrafo muy destacable donde sugiere que las instituciones que vienen de la Constitución de 1980 pueden tener un valor interesante independiente del reproche a la legitimidad de origen de la misma. Uno de los ejemplos que mencionaba [Patricio] Zapata es el del Banco Central y su autonomía constitucional, ya que uno de los instrumentos para protegerla es la supramayoría de la ley orgánica constitucional. La mayoría de la literatura chilena dice que esto no tiene ningún parangón afuera, pero la verdad es que ello no es así. Jon Elster, en un artículo sobre dispositivos contramayoritarios, lo pone como ejemplo, argumentando que la autonomía de la definición de la política monetaria es una de las razones para tener dispositivos contramayoritarios (Elster 1993).

En la literatura sobre democracia hay excepciones a la regla general de la mayoría simple, donde se proponen reglas supramayoritarias. Rousseau, por ejemplo, era favorable a las supramayorías en determinados casos. En general, la mayoría simple es la que tiene que regir y tienen que existir muy buenas razones para que haya supramayoría en casos excepcionales. Tenemos que ponernos de acuerdo en cuáles son esos casos, atendidos los fines que queremos proteger y promover. En consecuencia, tenemos que tener un debate, que no es instrumental, para ponernos de acuerdo en torno a los fines y, después, tenemos que tener un debate instrumental para ponernos de acuerdo sobre los instrumentos para proteger dichos fines.

L. Sierra: ¿Pero te estás refiriendo a la supramayoría legislativa o constitucional?

S. Verdugo: Yo no hago la distinción: me parece que este es un debate que no admite dicha distinción. El sistema electoral binominal hoy está fuera de la Constitución, pero todos sabemos que forma parte de la Constitución material y hay muchas reglas del sistema político que son importantes que están en leyes orgánicas constitucionales. Podemos cuestionar si se justifica o no una Ley Orgánica para las Fuerzas Armadas, o para el Tribunal Constitucional –órgano que tiene sus atribuciones extensamente desarrolladas en la Constitución–. ¿Necesitan de una Ley Orgánica? Hay algunos criterios que podemos identificar para contestar esta pregunta. Uno de ellos tiene que ver con que hay algunos órganos cuya autonomía queremos mantener, porque están amenazados por el poder político, como lo son, fundamentalmente, los órganos de control (Contraloría General de

la República, Tribunal Constitucional, etc.). Podemos definir algunas reglas claves para esos órganos que pueden estar en la Constitución o en una Ley Orgánica.

Lo importante es discutir el instrumento una vez que nos pongamos de acuerdo en torno a cuáles son esos fines. Es verdad que la literatura democrática valora la regla de mayoría, señalando que es la única que asegura la neutralidad y que es capaz de proporcionar la igualdad política entre los ciudadanos. Pero esa literatura reconoce, al mismo tiempo, la existencia de excepciones. El mismo Sadurski –que es uno de los que más ha desarrollado los valores de igualdad en la regla de mayoría– reconoce que su teorización no tiene por objetivo proponer correcciones institucionales concretas, y que existen otras formas de legitimar los procesos de toma de decisiones (Sadurski 2008). Böckenförde da un ejemplo elemental para la supramayoría: la rigidez de ciertas reglas que aseguran la posibilidad de que las minorías puedan ser elegidas el día de mañana; es decir, todas aquellas reglas que garantizan la alternancia en el poder (Böckenförde 2000). Se han planteado muchas consignas en torno a que la mayoría simple tiene que ser la que prime para todas las materias, pero eso no nos permite identificar los fines que queremos proteger. Entonces, pongámonos de acuerdo primero en esos fines, porque discutir acerca de los instrumentos antes que los fines conlleva un peligro: que el Presidente tendrá demasiado poder legislativo sin mayores contrapesos.

L. Sierra: Gracias, profesor Verdugo. Jorge Correa.

J. Correa: Una aclaración a lo dicho por Luis Cordero. Yo no me he mostrado partidario de mantener el presidencialismo. He dicho que es muy improbable que cambie el presidencialismo, que es distinto: es un juicio de realidad, no un deseo.

Quisiera destinar algún tiempo al debate Navarro-Urquieta. El enfermo, ¿cuán enfermo está y de qué? Me parece que este tipo de debates corre un grave riesgo, que es que los especialistas veamos sobre la mesa una oportunidad de reforma constitucional, incluso de nueva Constitución, y que nos engolosinemos trayendo las infinitas cosas que hemos leído y nuestras propias preferencias. Pero hacemos poco juicio de realidad. Creo que debemos convenir en el diagnóstico de la enfermedad, porque la derecha tiene en esto un poder de veto, o una legítima carta que jugar –como quieran ponerle–. La tesis Navarro, por llamarla así, dice que este no es más que un “enfermo imaginario”, que esto es una desgracia que nos tocó porque el país se voló de nuevo, pero hay que esperar que esto pase. Creo

que si la tesis Navarro es la tesis de la derecha, y a lo mejor la caricaturizo –con las correspondientes disculpas–, pasará que la derecha va a esperar diciendo “dejemos que esta cuestión se diluya porque, en realidad, no hay ninguna enfermedad”, o “no necesitamos ninguna reforma, y lo que tenemos que hacer es salir lo más indemnes posible, ojalá no haciendo ningún cambio”. Lo más probable es que en ese escenario –en el cual alguien quiere hacer todas las reformas y el que tiene el poder final trata de que sean las mínimas, pero donde no hay un diagnóstico de si el enfermo está enfermo y cuán enfermo está– no salgamos con una nueva Constitución o con una reforma sustantiva inteligente.

Yo concuerdo con Julia Urquieta de que la demanda por una nueva Constitución es popular, pero agrego también que es notablemente inespecífica. Me parece que lo que hay es una demanda que galopa en un malestar que, por ahora, está informe, es un malestar contra las élites en general y, en particular, contra las élites políticas, que han concentrado un exceso de poder. Creo que en eso sí ha acertado la Nueva Mayoría en llamarlo una crisis de desigualdad. Y en lo político, creo que es una crisis contra el elitismo, cuyo argumento más popular es que esta es la Constitución de Pinochet. Pero esa argumentación no nos lleva a ninguna parte en términos de identificar de qué podría estar enfermo el enfermo y cuán enfermo está. Si es un pecado de origen, entonces, ¿le sacamos la firma, le ponemos otra y eso es todo lo que hay que hacer con la Constitución? No; pienso que hay que hacer un cambio sustantivo de la Constitución, pero ¿para dónde? Creo que la Nueva Mayoría ha echado a andar con mucha fuerza ese caballo, pero todavía no tiene ninguna claridad respecto de qué es lo que quiere cambiar.

Yo quiero arriesgar una respuesta: lo que está enfermo en la institucionalidad chilena es el Congreso Nacional –está enfermo de desprestigio–. Para mí, la campanada fue el movimiento estudiantil, con un Gobierno que no era capaz de manejar el conflicto y los parlamentarios decidieron no hacerlo tampoco. A los gobiernos les suele ocurrir que no son capaces de manejar los conflictos, pero para eso están los congresos que tienen una representación más plural. Cuando el Congreso dijo que no iba a recibir a los estudiantes, en ese minuto yo entendí que el Congreso era incapaz de hacerse cargo de los problemas políticos. La primera vez que se le pedía seriamente que se hiciera cargo de un problema político, el Congreso Nacional lo esquivó. Si este fuera un diagnóstico compartido, la pregunta es: ¿cómo lo prestigiamos? Porque no podemos vivir en un sistema político donde dependemos únicamente de la capacidad del Gobierno de manejar

el orden público, los conflictos nacionales y de solucionar los problemas. A mí me parece, y en esto comparto plenamente con Patricio Zapata, que hay un problema de desprestigio por el sistema electoral; básicamente porque no hay suficiente competencia, y porque la cancha está cargada y el sistema de las supramayorías termina de cargarla en una dirección.

La pregunta más difícil de responder es si un mayor poder en manos del Congreso lo va a prestigiar o va a terminar por hundir toda la institucionalidad. Porque, claro, si me dicen que al Congreso Nacional de 1990 debía dársele más poder, siendo franco, yo no habría dudado en promoverlo. Pero la propia *capitis deminutio* del Congreso Nacional ha hecho que este no sea capaz de ejercer bien el poder que se le otorga. Hay poco prestigio y muy poca prestancia en él, por lo que no sé si va a poder administrar bien las mayores atribuciones que se le den.

L. Cordero: Una interrupción. ¿Eso será un problema del presidencialismo?

J. Correa: Claro, la falta de poder del Congreso es un problema del presidencialismo. La pregunta es si eso tú lo vas a remediar con más poder del Congreso hoy o si eso provocaría más crisis porque no lo va a administrar bien.

L. Sierra: ¿Y dónde deberíamos empezar a caminar para solucionarlo? ¿En el sistema electoral binominal?

J. Correa: Sí, el cambio debe empezar por un sistema electoral competitivo, que pueda devolver prestigio al Congreso; y así, entonces, se le podría entregar sustantivamente más poder. Con el actual sistema yo no lo haría, porque creo que es más bien un riesgo de deterioro de la institucionalidad, que no va a lograr prestigiar al Congreso, sino que va a arrastrar más instituciones al mismo deterioro.

L. Sierra: Lo interesante es que esa es una discusión legislativa y no constitucional, a menos que aceptemos esta distinción entre Constitución “formal” y “material”.

J. Correa: Cualquier cosa que sea supramayoritaria es una discusión constitucional; el resto es una distinción formal de especialistas. La Constitución, al final, es la supramayoría.

L. Sierra: ¿Podemos hacer esta distinción entre constitución “formal” y “material”? ¿Tiene sentido?

J. Correa: No, no es material. La Constitución en Chile hoy es el texto de la Constitución y todas las leyes orgánicas constitucionales, que no pueden ser reformadas por simples mayorías y que entonces obviamente son Constitución.

L. Sierra: Gracias. Profesor Avilés, tiene la palabra.

V. M. Avilés: Quisiera formular algunas preguntas. Le quería preguntar a Julia [Urquieta] si su planteamiento es que existe un problema con el modelo de democracia constitucional, con la idea de supremacía constitucional o, derechamente, con la forma en que está conformado en Chile el Tribunal Constitucional. En el caso de Sergio Verdugo, le quisiera preguntar si, en su opinión, la segunda vuelta presidencial es una institución contramayoritaria, porque tengo la impresión de que gran parte del carácter moderado que tiene el Presidente obedece a la necesidad de ganar esa elección. A propósito de la conversación de si hay un enfermo, me parece que quien diseñó el sistema electoral binominal pensaba que se iban a crear dos grandes bloques, probablemente con dos partidos al interior de cada uno de ellos. Hoy la realidad muestra que hay muchos partidos y claramente el sistema no está funcionando como se esperaba y se ha vuelto al multipartidismo de la tradición chilena. Pero Patricio [Zapata] dijo algo que me llamó la atención, respecto de que es complicado plantear reformas sistémicas, pues es una buena forma que no se reforme nada. Le pregunto, entonces, si estamos hoy discutiendo una nueva Constitución, ¿no es esa la instancia para hacer estos análisis sistémicos?

L. Sierra: Gracias, Víctor Manuel Avilés. Gastón Gómez.

G. Gómez: Ha habido una interesante puesta en la mesa de preocupaciones, muchas de las cuales comparto, por ejemplo, por qué repensar el tema del régimen político, no solo con las cuestiones de sistema electoral o con la realidad de la vida política. La historia de Chile, cada cincuenta o sesenta años, grafica un problema crucial que termina casi en una guerra civil. La Constitución de 1833 surgió a partir de una guerra civil en el año 1930, la Constitución de 1925 surgió de la guerra civil de 1891 y de la crisis de 1925, que terminó prácticamente con una guerra civil, que luego desató una corrección del sistema parlamentario y la aparición de un régimen presidencial que se vio como corrector de los vicios del sistema anterior. En 1973 prácticamente tuvimos una guerra civil feroz y un golpe militar, con las consecuencias que todos conocemos, y de ahí salió nuevamente un modelo de solución para el problema que conducía hacia el régimen presidencial. Salvo la revolución de 1891, nuestras soluciones siempre han sido encontrar una especie de gran caudillo político con un inmenso poder para solucionar los problemas de capacidad de acuerdo y diálogo político en la sociedad. Ahora, como ya llevamos casi treinta años, nos quedan unos veinte o más, y el temor a una nueva confrontación fratricida no es menor. Entonces, el papel de las ideas en este debate

es fundamental; repensar lo que está sucediendo, aun a riesgo de lo que impone la realidad. En este sentido, me preocupa poco lo que pasa con la realidad, porque creo que el papel nuestro es más bien iluminar, aportar, tratar de abrir espacios para que haya salidas.

Estoy de acuerdo con lo que dice Patricio Zapata. Le pedimos al régimen político y al Congreso que ocupe una función o que tenga un poder que, como decía Jorge [Correa], no lo tiene. Por consiguiente, tratamos de pensar que tendríamos que construir un nuevo sistema o un régimen de gobierno distinto. Pero eso no es así. Naturalmente, una nueva estructura política va a modelar otras prácticas, otros hechos, otras coaliciones y otras formas institucionales, de manera que tampoco me preocupa mucho aquello.

Yo traería a colación la experiencia francesa. Siempre he sido un declarado partidario del régimen parlamentario, y tengo la impresión de que la forma en que el régimen presidencial francés entró en la vida política francesa es un dato ilustrativo e interesante para lo que nos acontece. El régimen francés lo introdujo De Gaulle, con el propósito de corregir el parlamentarismo exacerbado de la Cuarta República que era, simplemente, un régimen de asamblea. Entonces, se percibió que frente a un régimen de esa naturaleza, con coaliciones inestables, era fundamental tener un gobierno presidencial que articulara y que pudiera darle continuidad al orden político y coherencia a la acción, sin por ello abandonar la naturaleza cercana al parlamentarismo. Construyeron entonces un sistema extraordinariamente fino, delicado y complejo, y que, si bien no viene al caso defenderlo aquí, sí creo que la experiencia inversa nos ayuda a repensar el papel del Congreso en Chile. Es decir, de qué manera podemos solucionar los vicios del presidencialismo, introduciendo al Congreso en una función distinta de la que hoy tiene. Esa función, a mi juicio, es la de ser responsable de gobernar. Ni la Ley de Presupuestos, ni el poder mayor o menor de veto, ni las urgencias u otra de esas cuestiones, va a traer la solución, como tampoco lo va a hacer un régimen electoral más proporcional.

Creo que si no le damos al Parlamento un rol institucional y una responsabilidad pública seria, no va a traer ninguna gota de prestigio adicional. En un régimen semipresidencial se la da la función de hacer un gobierno y participar en la construcción de las políticas. He terminado por convencerme de introducir un cambio que signifique darle al Congreso un rol y una responsabilidad pública en la formación de un gobierno, lo que solo puede darse en un régimen semipre-

sidencial. Creo que hay ahí, en esa sabiduría francesa de introducir aspectos del régimen presidencial para fortalecer el régimen parlamentario, una enseñanza respecto de lo que podemos hacer para fortalecer al Congreso al interior de un régimen presidencial.

L. Sierra: Gracias, Gastón. José Ignacio Martínez.

J. I. Martínez: Quería traer a colación algunos aspectos que me parecen importantes, y que forman parte de la teoría constitucional clásica, contrastada con algunos elementos propios de lo que pasa en la realidad. Quería destacar que resulta muy llamativo que cuando se da origen al principio de separación de poderes, quienes lo formulan (Locke, Montesquieu) parten con una evidente preferencia por los parlamentos, como órganos clave dentro del sistema constitucional. Y es llamativo cómo hoy, si uno analiza lo que ocurre en la realidad, tanto en los sistemas parlamentaristas como en los presidencialistas, los congresos claramente han ido perdiendo un rol en favor del poder Ejecutivo, que se han transformado, en todos los países del mundo, en el poder clave. Tanto es así, que incluso en los sistemas parlamentaristas se ha tendido a debilitar el parlamentarismo con mecanismos destinados a fortalecer, precisamente, al Ejecutivo. Por eso vemos sistemas parlamentaristas como el alemán que introducen la moción de censura constructiva, que hace prácticamente inviable la posibilidad de derribar a un gobierno, cuestión que ha sido copiada por otros sistemas constitucionales, como el español. En cierta forma, uno puede pensar que el semipresidencialismo también implica un fortalecimiento de la figura del poder Ejecutivo, dejando al Presidente en una situación especial.

Quería también hacer alguna referencia respecto de que muchas veces nosotros, los profesores de derecho, caemos en la tentación de girar en torno a mitos y leyendas. Por ejemplo, esto de que pareciera existir una especie de axioma entre sistema proporcional y el sistema parlamentario, y entre sistema mayoritario y presidencialismo. A mí modo de ver, el más estable de los sistemas constitucionales de Occidente, el Reino Unido, tiene un sistema parlamentarista con un sistema uninominal mayoritario, y eso no le ha impedido ser un modelo de estabilidad. Por otra parte, no puedo dejar de recordar mis clases con el profesor Lautaro Ríos, quien acudiendo a la doctrina clásica del derecho constitucional, nos enseñaba ese axioma (estamos hablando de la época de los años 1980, en plena dictadura) que dice “a mayor representatividad, menor estabilidad y a menor representatividad, mayor estabilidad”. En la práctica esto ha ido en detrimento de los Congresos en prácticamente todos los sistemas constitucionales.

Por último, quería hacer una referencia a lo que decía Jorge Correa, respecto de este debilitamiento del Congreso, su falta de rol político, y contrastarlo con lo que ocurre hoy en Chile y en muchos otros países: la bandera de las reivindicaciones sociales no está siendo asumida por los partidos políticos. Hay claramente un problema de representación en los partidos políticos. Pero tengo también la siguiente duda: hoy, quienes parecieran enarbolar las banderas de los descontentos en todas las sociedades democráticas, son grupos antisistémicos, y no sé si ellos estén verdaderamente enarblando a su vez las banderas de la democracia representativa.

Refiriéndome a lo que decía Patricio [Zapata], me parece muy interesante lo de respetar las tradiciones y los aspectos culturales. Pero creo que eso debe pasar por asumir los errores del pasado, por hacer un análisis respecto de esa experiencia. Eso, sin perjuicio de que no me cierro en absoluto al debate sobre el sistema proporcional como a la forma de gobierno. Creo que es importante considerar los aspectos culturales, lo que hace muy difícil, por lo menos para mí, la aceptación de un sistema parlamentarista en Chile, pero sí veo, perfectamente, la posibilidad de avanzar hacia un semipresidencialismo. Respecto del debate sobre el sistema electoral, también creo que hay que tomar en consideración las experiencias del pasado, y me declaro un ferviente partidario del sistema uninominal mayoritario.

L. Sierra: Gracias, profesor Martínez. Víctor Manuel Avilés hizo tres preguntas, y quiero dar la palabra a quienes fueron dirigidas: Julia Urquieta, Sergio Verdugo y Patricio Zapata.

J. Urquieta: Creo que, efectivamente, hay que revisar el rol del Tribunal Constitucional. Respecto del rol preventivo que juega en términos de leyes orgánicas constitucionales, cabe preguntarse en definitiva qué va a primar: ¿la representación democrática del Parlamento, o este poder de veto que tiene el Tribunal? También hay que revisar su composición; hoy sabemos que representa a un determinado sector y que hay una tendencia claramente marcada que lo ha politizado. Todo esto, ciertamente, ha llevado a que dudemos de su efectivo control de constitucionalidad, ya que prima lo político por sobre lo realmente constitucional.

L. Sierra: Gracias, Julia. Sergio Verdugo.

S. Verdugo: Respecto del rol de la segunda vuelta presidencial en la moderación del Presidente de la República: sí, juega un rol de moderación, ya que el candidato presidencial tiene un incentivo para buscar una coalición político-electoral de apoyo más grande y, por tanto, tiene que pactar. La literatura que estuve

revisando acerca de la paradoja de Siavelis tiene más que ver con la cooperación legislativa, y la documentación se relaciona con los pactos con la oposición legislativa. La pregunta no es excluyente; se trata de una razón integradora, ya que la moderación se debe a varios factores.

L. Sierra: Gracias, Sergio Verdugo. Patricio Zapata.

P. Zapata: Víctor Manuel [Avilés] me preguntaba cómo separar las discusiones particulares sobre el sistema electoral de la discusión general sobre el sistema político, siendo que las conexiones son evidentes, lógicas y conocidas. Siento que es absolutamente urgente, para que el Congreso cumpla un papel importante y relevante en las discusiones constitucionales que vienen, que comience por hacerse este ejercicio elemental de autosanación. Yo comparto mucho lo que se ha dicho acá respecto de que no sé si todas las enfermedades están en el Congreso, pero las manchas más feas están ahí. El hecho de que en los últimos tres años, cuatro de las figuras más importantes de la derecha, que eran senadores (Longueira, Allamand, Chadwick y Matthei), hayan saltado al primer guiño del Senado a un ministerio, y ahora lo hiciera Ximena Rincón y antes Carolina Tohá, nos tiene que decir algo de esta institución.

Creo que la razón por la cual el Congreso absorbe más fuego y más toxicidad es, entre otras cosas, porque es el balcón más visible de nuestra elite. Además de todos los otros problemas importantes que estamos viviendo en la medida en que nos acercamos a los veinte mil dólares per cápita, yo siento que a esta elite santiaguina, blanca, de clase media alta, heterosexual, católica y de cincuenta años, que se las arregló para manejar este buque durante ciento ochenta años con relativa eficiencia y eficacia, la está pillando lo que a los mexicanos les pasó en 1917, a los bolivianos en 1952, y a los argentinos y a los peruanos: ya no pueden pretender ser los dueños del país. Yo siento que ese fenómeno cultural está ocurriendo a la manera chilena. El porqué se demoniza tanto el sistema binominal y se le atribuyen tantos males es porque es el sistema de selección de la elite más visible. Cualquiera que haya estudiado nuestros Congresos sabe que es mucho mejor que los demás Congresos y, sin embargo, recibe las peores calificaciones, lo que nos tiene que decir algo respecto de que no es un problema tan banal; tienen que haber causas profundas. Yo, por lo menos, no aceptaría que el Congreso chileno es peor que el Congreso argentino.

L. Sierra: Gracias, Patricio. Enrique Navarro.

E. Navarro: Quiero hacer una precisión respecto del enfermo y de la enfermedad. Con ello me refería a las relaciones exclusivamente entre el Congreso y el

Presidente de la República. No sé si mis posiciones representan a un determinado sector ni a quién representan, porque yo, gracias a Dios, no represento a nadie más, solo me represento a mí mismo. Eso me da mucha libertad, como diría don Miguel de Unamuno, para no estar “escindido” o “partido” y no tener que justificar lo injustificable.

Creo que el cambio total de un sistema a otro hay que analizarlo profundamente de acuerdo con la tradición chilena, pensando en cincuenta y en cien años más. Cuando veo que se le atribuyen a la Constitución muchas cosas, que genera grandes situaciones y efectos, me parece un despropósito. Pienso que la Constitución es un texto acotado y todo el resto dice relación con situaciones de carácter legislativo. Yo no estoy de acuerdo con la posición de que la ley orgánica es parte de la Constitución, yo me estoy refiriendo solo al texto constitucional que, creo, tiene que ser sintético y preciso.

Estoy de acuerdo con Jorge Correa en lo que plantea sobre la crisis de la representatividad. Probablemente está asociado al régimen electoral, respecto del cual estoy de acuerdo que tiene que haber un sistema de mayor proporcionalidad, como los distintos modelos que se establecen también en el derecho comparado. Pero a mí me parece que eso no dice relación con el texto constitucional; creo que eso es aplicación de la legislación infraconstitucional. El punto esencial es: ¿cómo busco un adecuado equilibrio, cómo puedo ejercer facultades fiscalizadoras? El Congreso creo que no ha hecho nunca –en los últimos veinte a veinticinco años– un ejercicio cabal de sus atribuciones, que las tiene en la Constitución. A eso me refería yo, y en ese sentido creo que la “enfermedad” no es la que se diagnostica y hay que ponerse bien de acuerdo en ese punto.

L. Sierra: Gracias, Enrique. José Francisco García.

J. F. García: El escritor mexicano Enrique Krauze en su libro *Redentores* (Krauze 2011) muestra básicamente el flagelo que comentó Gastón [Gómez], de que nosotros estamos buscando a nuestros redentores o en la iglesia católica o en estos caudillos. Ahora, cuando uno mira la última literatura sobre lo que han sido las reformas constitucionales latinoamericanas, no solamente en las democracias radicales, hay tres constantes. La primera es que un Presidente muy popular es quien lidera el cambio constitucional. La segunda constante es la mayor concentración de los poderes del Presidente marcados por reelección, casi indefinida, y mayores potestades legislativas. Una tercera constante es utilizar mecanismos de democracia plebiscitaria. Es curioso que pensemos que nuestro debate va a estar

aislado del debate continental. Pero lo que nos ha mostrado la poca evidencia es que estas constantes son muy curiosas, porque la idea de democratizar y de conseguir mayores reformas sociales en Latinoamérica equivale a darle más poder al Presidente de la República. Si bien da la sensación de que estamos aislados de esto y que vamos en la línea contraria, la historia latinoamericana en los últimos diez años es precisamente la inversa.

L. Sierra: Muchas gracias a todos. Nos vemos el próximo lunes.



Sesión 7

30 de junio de 2014

L. Sierra: Buenas tardes. Esta es la última sesión de “Régimen político”. Hoy nos vamos a dedicar a la guinda de la torta: el Tribunal Constitucional y el control de las potestades legislativas y administrativas. Les proponemos un esquema de discusión con preguntas: ¿se necesita un Tribunal Constitucional? Si se necesita, ¿de qué forma? ¿Como un órgano distinto, tal cual está hoy, o como una sala en la Corte Suprema u otra modalidad? Respecto de su competencia, ¿se necesita la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad? ¿Debería tener solo competencia *ex post* o también preventiva? Respecto de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, ¿cuál debiese ser el efecto de la sentencia del Tribunal en la Corte? Tenemos la palabra pedida por el profesor Navarro.

E. Navarro: Quiero analizar algunas ideas generales respecto de la jurisdicción constitucional. Voy a referirme a ella no solo desde la perspectiva académica, sino también desde la experiencia que me correspondió vivir en el Tribunal.

Primero: esto es un modelo que se ha establecido a partir del año 1920, que ha tenido un desarrollo importante en Europa, en la antigua Europa Oriental, en Asia y en África. Me parece, y así lo publiqué en un artículo hace años, que los antecedentes remotos pueden encontrarse en un discurso del Presidente Balma-ceda, del 20 de abril de 1891, donde manifestaba la necesidad de que existiera un órgano que resolviera los conflictos entre el Presidente, el Congreso y los tribunales, y, en tal sentido, recomendaba crear un ente compuesto por tres integrantes designados por el Presidente, tres por el Congreso y otros tres por los tribunales, lo que es bastante parecido a lo que tenemos hoy (Navarro 2012, p. 384). Es decir, manifestaba la necesidad de un órgano que resolviera conflictos institucionales, como el de la Ley de Presupuestos, que motivó la guerra civil. Lo mismo se ve en la experiencia de la reforma del año 1970, donde se señaló, por los legisladores y por el Presidente Frei Montalva, la necesidad de contar con un órgano que resol-

viera las controversias durante la tramitación de la ley, de manera que el imperio de la Constitución quedara suficientemente resguardado. Es un retroceso cuando, en 1973, la Junta de Gobierno estima que este órgano era “innecesario”, que es justamente lo que hoy día estamos escuchando por parte de algunos.

Lo segundo se refiere a la importancia que le correspondió al Tribunal, a fines de la década de 1980, respecto de las decisiones sobre las leyes políticas. Se trata de sentencias que han tenido un amplio reconocimiento en la doctrina, en la jurisprudencia y en el ámbito internacional, en el sentido de que el Tribunal Constitucional tuvo la valentía de dictar decisiones y exigir la necesidad de órganos electorales y jurisdicción electoral para los primeros procesos electorales, y no solamente para la elección parlamentaria como lo decía el texto, haciendo una interpretación pro sistema republicano y democrático.

Respecto de la reforma del año 2005, debe tenerse presente que, en cuanto a la integración, se tomó el modelo italiano y no es, por tanto, una integración excéntrica. En segundo lugar, en el ámbito de las atribuciones, si uno lo compara con otros tribunales, no es cierto que el Tribunal tenga exceso de atribuciones. Los Tribunales europeos, por ejemplo, conocen de los amparos contra sentencias de los tribunales, una labor esencial que implica centenares de decisiones.

Sobre el rol del control preventivo, yo haría una distinción respecto de las Leyes Orgánicas, sobre las cuales siempre he sido de la tesis que deben ser objeto de una interpretación restrictiva. El modelo de las Leyes Orgánicas obviamente se puede discutir, si es conveniente o no, si esos *quórum* son adecuados –porque esto está tomado de los modelos francés y español, con otros *quórum*–. Sin embargo, creo que es muy importante mantener el requerimiento durante la tramitación de los proyectos de ley, que es el origen del Tribunal chileno en 1970. Las decisiones de estos requerimientos, por lo demás, han sido escasísimas: si uno ve desde el 2006 en adelante, han sido muy pocos los requerimientos de parlamentarios, y esas decisiones han sido esencialmente formales. Pensemos en el caso Transantiago¹, donde la decisión fue respecto de un decreto y se estableció simplemente la necesidad de una ley de subsidio, o en el caso Subcontratación² y el concepto de empresa, en que no hubo una decisión respecto del fondo, sino solo en cuanto a que se trataba de una ley que era de iniciativa exclusiva presidencial.

¹ STC Rol N° 1.153-2008, de 30 de septiembre de 2008.

² STC Rol N° 534-2006, de 21 de agosto de 2006.

Respecto de la inaplicabilidad, me parece que hay que ver cómo funciona con más detención, ya que todavía es poco estos cinco o seis años. En la situación del caso concreto, probablemente hay que analizar cómo se desencadenan, con precisión, los efectos de ese precepto y sus alcances contrarios a la Constitución, para diferenciarlo de lo que antes conocía la Corte Suprema. La inconstitucionalidad propiamente tal ha significado nada más que cuatro decisiones.

En tal sentido, soy partidario, primero, de insistir que es necesario un Tribunal Constitucional como también es necesario otro tipo de órganos en esa misma línea, como la Contraloría. Me parece que la integración se puede perfeccionar, pero obviamente no creo conveniente que se elimine la designación de los ministros por parte de la Corte Suprema. No lo digo porque yo fui designado por la Corte, previo concurso público, sino porque le da una visión más institucional, como es la que proponía Balmaceda y lo hace la Constitución italiana. En cuanto a la competencia del Tribunal, creo que, por ejemplo, debería controlar otro tipo de normas que no están hoy día sujetas a la revisión, como son los reglamentos de las Cámaras, que no tienen control y que eventualmente podrían discutirse vía nulidad de derecho público. Lo mismo respecto de las contiendas de competencia. Si ustedes leen una obra sobre el Presidente Allende, de Joan Garcés, el Presidente Allende instaba precisamente a que todas las contiendas de competencia entre autoridades administrativas y jurisdiccionales fueran resueltas por el Tribunal Constitucional (Garcés 2013). Creo que eso debería establecerse eliminando la diferencia entre las competencias que tiene el Senado y las que tiene el tribunal, según si el tribunal es superior o inferior. Por último, creo que también podría establecerse una acción de los particulares para el caso de los actos administrativos, como los decretos o reglamentos, donde hay esencialmente requerimientos por el Presidente, si la Contraloría lo rechazó por inconstitucional, o por un cuarto de la Cámara o por la mayoría de la Cámara. Me parece que ahí podría abrirse un mecanismo de mayor flexibilidad, porque hoy solo hay acción popular para el caso de la inhabilidad de los ministros de Estado y, para el caso de la inconstitucionalidad, los partidos políticos, por lo que debería analizarse un mayor alcance de las vías para acceder a la jurisdicción.

Por último, quiero señalar que, en mi experiencia, en el Tribunal no hay intervención ni influencias políticas. Por lo menos, yo nunca recibí una llamada por teléfono (no sé si porque o no conocían mi teléfono o porque funcionaba en otra sede), nunca vi que el Tribunal estuviera cruzado por decisiones según la

“precalificación” ideológica. En mi caso, voté a favor y en contra de todos los Gobiernos con los cuales me tocó estar, y a favor y en contra de determinadas leyes. Hay un estudio sobre cómo votan los jueces constitucionales y se ven bastantes alianzas: yo, por ejemplo, aparezco en muchas decisiones votando con los ministros Vodanovic y Viera-Gallo. Asimismo, hay decisiones unánimes (caso Transantiago o caso Subcontratación) y otros casos que fueron rechazados casi por unanimidad. Si bien en los temas valóricos hay divisiones, incluso en esos temas hay personas que, en una determinada posición, pueden ser conservadores o viceversa; esto es muy variable según la materia.

En suma, por lo menos en mi experiencia, el Tribunal es un órgano importante en la resolución de los conflictos, que no se encuentra teñido por grandes enfrentamientos o contiendas políticas. Me parece que la experiencia del Tribunal es importante analizarla y cuantificarla, con datos objetivos. Creo que es conveniente ver sus competencias de acuerdo con lo que ha ocurrido en la realidad. En el caso de la inaplicabilidad, que constituye más del 85 por ciento de las acciones, creo que es muy interesante el trabajo que hizo Gastón Gómez sobre sus efectos (Gómez 2013). Pero hay que hacer la siguiente precisión: en general el Tribunal, salvo el caso Gómez Montoya (donde evidentemente hubo un pequeño conflicto)³, declara que si rechaza la acción de inaplicabilidad, eso no produce mayor efecto en el caso concreto; pero si acoge la acción de inaplicabilidad, significa que el Tribunal no la puede considerar en esa gestión en concreto. Ahora, si el Tribunal, por el juego de las normas, determina que eventualmente esa disposición no es la que debe resolver, no está entrando necesariamente en contradicción con la decisión del Tribunal Constitucional. Me parece que este es un punto relevante, como ocurrió, por ejemplo, en algunos casos como Isapres, en los cuales el Tribunal Constitucional acogió la acción de inaplicabilidad, pero el tribunal de la instancia determinó que por norma transitoria no era aplicable la disposición en la litis. En general, las relaciones entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional son bastante normales, precisamente porque en Chile no tenemos la experiencia de los amparos, que es uno de los temas que ha generado más desavenencias entre los tribunales.

Me parece que hay que hacer un análisis, en un contexto histórico y estadístico, en relación con las atribuciones del Tribunal, especialmente del control

³ STC Rol N° 1801-10-INA, de 12 de abril de 2011.

preventivo, analizando la conveniencia o no de sus competencias, pero también teniendo presente que el Tribunal, en general, resuelve independientemente de las posiciones *a priori* que se pudiera pensar que tienen determinados ministros.

L. Sierra: ¿Podrías precisar cuál sería el carácter restrictivo de la intervención preventiva del Tribunal?

E. Navarro: Creo que las Leyes Orgánicas deberían ser las mínimas posibles. En segundo lugar, deberían interpretarse restrictivamente, en el sentido de que solo lo sean aquellas disposiciones que eventualmente, y por excepción, tengan esa naturaleza. Por ejemplo, en las atribuciones de los tribunales, solo la que le fijó la competencia al tribunal para conocer tal o cual materia, y solo ese inciso o esa parte de ese inciso debe ser orgánica y nada más. Creo que podemos discutir si es conveniente que existan Leyes Orgánicas en abundancia. Creo que su interpretación debe ser restrictiva y acotada, salvo respecto de situaciones en las que el tribunal de oficio declara inconstitucionalidades, pero que se deben a situaciones motivadas y evidentes. Por ejemplo, en el caso de la Unidad de Análisis Financiero⁴, en que el legislador no había, de alguna manera, cumplido con la decisión del Tribunal, el TC entonces determinó, por unanimidad, declarar la inconstitucionalidad. Creo que la perspectiva del control preventivo debe ser interpretada restrictivamente, solo para los casos que lo establece el constituyente, lo cual es una tendencia que ha resaltado el Tribunal en los últimos fallos.

L. Sierra: Gracias, profesor Navarro. Profesor Fermandois.

A. Fermandois: Voy a asumir el rol de provocar el debate, lo que tiene la contingencia de tener que asistir eventualmente a una hora y media de posibles refutaciones posteriores. Me parece indispensable que el Tribunal Constitucional preserve, en un diseño futuro, el control preventivo eventual detonado por una minoría de las Cámaras, respecto de un proyecto de ley en tramitación; y tengo seis razones al respecto.

La primera es una razón ontológica; apunta a la pregunta: ¿qué es la Constitución? Si es una norma dotada de supremacía, como el juez John Marshall en febrero de 1813 se preguntó al redactar su famoso fallo, entonces estamos obligados a construir mecanismos institucionales que materialicen esa supremacía constitucional. Si la Constitución carece de esta supremacía, o si se afirma que está dotada de supremacía, pero no establecemos los mecanismos para materializarla,

⁴ STC Rol N° 389, de 28 de octubre de 2003.

entonces se transforma en un decálogo espiritual de recomendaciones para los actores institucionales, y deja de ser una norma jurídica.

La segunda razón es práctica: apunta a la necesidad de evitar los costos inmensos que tendría incubar inconstitucionalidades en los proyectos de ley, para que después, una vez vigentes como ley, el sistema político-jurisdiccional se haga cargo de depurarlos. Los que hemos ejercido la profesión sabemos lo costoso y los padecimientos de depurar una norma inconstitucional. Naturalmente es más eficiente hacerlo, siguiendo los principios básicos del derecho administrativo, mientras se está tramitando como proyecto.

La tercera razón es una razón de justicia: así como en una discusión democrática, al tramitar un proyecto de ley común, las opiniones discrepantes son discrepancias políticas y son todas válidas, cuando se discute sobre la constitucionalidad de una norma estamos hablando de controversias. Se trata de una discrepancia respecto de una norma superior que exige que alguien resuelva quién está en lo correcto y quién está errado. Cuando la discusión es meramente política, el sistema político, sin pronunciarse sobre el acierto o desacierto intrínseco de las opiniones, tiene el mecanismo democrático de solución: la mayoría de votos. En cambio, cuando estamos discutiendo sobre la constitucionalidad, debido a que es un pacto entre mayorías y minorías, y dado que exhibe supremacía, la discrepancia es en realidad una controversia. Por eso, como el profesor [Enrique] Navarro recordaba, el Art. 78 de la Constitución de 1925 ya incluía este control, a sugerencia del promotor de esa reforma –el Presidente Frei Montalva–, y recogiendo la experiencia europea se reconoció la necesidad de un árbitro que resuelva esas controversias. Creo que singularizar las controversias de constitucionalidad tiñéndolas de una sola inspiración filosófico-jurídica es equivocar el camino de la decisión trascendental que se va a tomar. La Constitución, sus tribunales y su control preventivo están para resolver las controversias donde quiera se encuentre el requirente, políticamente hablando. Recuerdo la sentencia Rol N° 12, de 1972⁵, del Tribunal Constitucional antiguo, en que el Presidente Allende recurrió al control preventivo del mismo Tribunal para defender su Ley de Presupuestos; recuerdo la sentencia Rol N° 33⁶, donde, en un control preventivo forzoso, se produjo aquel fallo tan celebrado que forzó la calificación electoral del plebiscito de 1988; y

⁵ STC Rol N° 12, de 17 de enero de 1973.

⁶ STC Rol N° 33, de 24 de septiembre de 1985.

recuerdo el requerimiento en el caso llamado Directores de Empresas Públicas, en que parlamentarios de la Concertación estimaron violentada la Constitución y así lo acogió el Tribunal por faltarle la aprobación con *quórum* calificado al proyecto. Es, por tanto, un cálculo muy pequeño asumir que se va a estar en una sola posición política frente a este control preventivo eventual.

La cuarta razón es estadística, y es la referida por el profesor [Enrique] Navarro en su alusión al libro de Gastón Gómez. La inaplicabilidad no está funcionando adecuadamente, y no lo está haciendo porque dos tercios de las inaplicabilidades acogidas, luego de un largo y costoso proceso –aunque, dentro de todo, breve en comparación con la justicia ordinaria, pero no inferior a un año–, no están produciendo un efecto en la justicia ordinaria y en la jurisdicción común. Un tercio se explica por las más variadas complicaciones procesales y otro tercio porque la Corte Suprema exhibe criterios jurídicos que antagonizan con el sentido de la sentencia emanada del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en el fallo referido al Art. 595 del Código Orgánico de Tribunales⁷, el Tribunal declaró la inaplicabilidad de la palabra “gratuitamente” y la derogó por nueve votos a cero, pero la Corte Suprema rechazó el recurso de protección de aquel abogado de turno sosteniendo que el recurrente debía demandar al Estado para cobrar los honorarios respectivos, interpretación que evidentemente no calza con el sentido de justicia que tenía esta derogación. Si la inaplicabilidad estuviera funcionando, a lo mejor nuestra opinión podría ser distinta, como bien funciona el *certiorari* como recurso constitucional en Estados Unidos, con resultados concretos, patentes y vinculantes.

La quinta razón es histórica: el control preventivo no es una invención malfética de la Constitución de 1980, como tantas otras instituciones a las que se ha acusado de tales, pero que son neutras en su formulación, como lo es el control preventivo. El mecanismo contramayoritario del Tribunal y su control preventivo ha existido incluso desde antes en Chile y ha existido en algunas de las democracias europeas más respetadas.

Por último, la razón democrática. Me preocupa la tendencia, más allá de nuestras fronteras, de algunos sistemas democráticos que han sido objeto por sus fuerzas políticas dominantes de un desmonte progresivo de los pesos y contrapesos que equilibran el ejercicio del poder. Uno de los desmontes preferidos es menoscabar el trabajo de los órganos jurisdiccionales, de las Cortes Supremas o de

⁷ STC Rol N° 1254-08-INC, de 29 de julio de 2009.

sus Salas Constitucionales, o, derechamente, de los Tribunales Constitucionales. La razón democrática consiste entonces en que debemos pensar en suficientes pesos y contrapesos que hagan de aquel principio tan antiguo lanzado en 1768 por Montesquieu –la separación de poderes– sea una realidad. Hay sistemas democrático-constitucionales que están cuestionando la separación de poderes y en esa lógica está también la aspiración de un control político total, eliminando toda atribución relevante del Tribunal Constitucional o del control de legalidad de la Contraloría y otros mecanismos. Esta razón democrática –que obviamente daría para mucha discusión– creo es el complemento final a por qué pienso que el control preventivo eventual del Tribunal, no así la inaplicabilidad y no así el control preventivo forzoso, es esencial en un futuro sistema democrático.

L. Sierra: Gracias, profesor Fermandois. Profesor Pfeffer.

E. Pfeffer: A la pregunta de si se necesita un Tribunal Constitucional, creo que uno tiene que fijar una posición en relación con la supremacía constitucional y su eficacia. ¿Queremos realmente defenderla o no? ¿Queremos negarles a las minorías el derecho a defender la Carta Política que ampara y protege a todos, a mayorías y minorías? Si creemos verdaderamente en la supremacía constitucional, esta se debe defender preventiva y represivamente, en todo momento y lugar, pues resulta contradictorio aceptar solo el control *a posteriori* y negar el control preventivo eventual, facultativo, a pretexto de que se trata de un órgano contramayoritario, pues las mayorías también están obligadas a respetar el ordenamiento superior. La existencia de un Tribunal Constitucional se justifica porque precisamente está llamado a racionalizar los conflictos políticos, a encauzarlos, a darles una solución aplicando las normas jurídicas que los gobiernan. Carecería de sentido; en tal caso pareciera más conveniente reasignarle las competencias del control represivo de la ley a la Corte Suprema, para que actúe por medio de una sala especializada, si se decide restarle al Tribunal Constitucional el rol que actualmente ejerce de resolver preventivamente el conflicto jurídico-político. Esto último, de paso, evitaría los conflictos que se han advertido en la relación entre la Magistratura Constitucional y el Poder Judicial, aunque en mi opinión son más ficticios que reales. Como parto de la base de que existen abonados fundamentos para entender que la supremacía constitucional es un valor esencial en un Estado de derecho democrático, en donde todos los actores tienen que estar ceñidos al marco constitucional, creo que debe mantenerse un control preventivo eventual, no obligatorio, con excepción de las normas de los tratados internacionales por

el sistema de incorporación que tienen estas en nuestro derecho interno y por las dificultades que implican la eventual posterior declaración de inaplicabilidad de algunas de sus disposiciones frente a los compromisos que el Estado de Chile hubiera asumido ante la comunidad internacional.

En ese sentido, la cuestión que debiera preocuparnos, si se quiere mantener un Tribunal Constitucional, es la adecuada definición de su estructura orgánica: el número de integrantes, los requisitos (porque incluso se escucha que debería no solo estar integrado por letrados, lo cual implicaría transitar hacia un tribunal que ya no es plenamente de derecho), si admitimos o no la reelección de sus miembros (lo que podría entrar en contradicción con el deber de ingratitud, que me parece esencial respecto de los órganos que hacen los nombramientos), cuál será el estatuto de incompatibilidades, la generación, etc. Todas estas cuestiones se pueden revisar para dotar a esta magistratura de la mayor legitimidad democrática posible, a fin de contrarrestar la crítica de que se trata de un órgano burocrático contramayoritario.

No debemos perder de vista que estamos frente a un tribunal que ejerce un control de normas, y todas estas deben someterse, en último término, a la Constitución, por ello postulo perfeccionar el control preventivo eventual para dotarlo de mayor legitimidad democrática, estableciendo requisitos de procesabilidad que garanticen una discusión previa y un debate real sobre el mérito constitucional en las instancias políticas o fijando el momento u oportunidad para formular el requerimiento. En la misma línea, las competencias deberían ampliarse al control de los reglamentos de las Cámaras y a los acuerdos que adopten órganos autónomos (por ejemplo, los del Banco Central y de otros órganos con autonomía constitucional o incluso legal) para configurar una suerte de reclamo, no de ilegalidad, sino que de inconstitucionalidad directo ante el Tribunal Constitucional. Creo que se debe potenciar su rol principal de control de normas, tanto en su proceso de gestación como en lo que se refiere al control constitucional de su aplicación.

En ese mismo sentido, se debe estudiar cómo idear un mecanismo que implique fortalecer el efecto decisorio de la sentencia del Tribunal: por ejemplo, por la vía de instaurar un precedente o implementar un mecanismo que permita al propio Tribunal establecer un control respecto del cumplimiento de sus fallos. De ese modo, se pondría coto a algunos de los problemas que se han evidenciado en la relación entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En mi opinión, estos problemas se han sobredimensionado, porque salvo el caso Gómez Montoya

ya mencionado, los jueces del fondo han tenido múltiples salidas para aplicar la norma declarada como inaplicable en un sentido distinto al que le asignó el Tribunal al momento que declaró inaplicable el precepto, o para resolver la gestión pendiente basándose en una norma o hipótesis fáctica distinta a la considerada por la Magistratura Constitucional cuando esta falló, lo que no significa, en mi opinión, transgredir el efecto y la sentencia dictada en sede de inaplicabilidad.

En síntesis, la reducción o supresión de competencias del Tribunal, como se plantea al eliminar el control preventivo, debería hacernos reflexionar si conviene mantener al Tribunal Constitucional o eventualmente suprimirlo y traspasar el control represivo de la ley a la Corte Suprema.

L. Sierra: Gracias, profesor Pfeffer. Profesor Figueroa.

R. Figueroa: Creo que habría que precisar la pregunta de si se necesita un Tribunal Constitucional en dos alternativas. Por una parte, habría que distinguir si estamos hablando del control de la jurisdicción constitucional destinado a proteger derechos fundamentales, o a cautelar la supremacía constitucional frente a normas que infrinjan derechos fundamentales y, por otra, si nos referimos al rol de un Tribunal Constitucional para resolver conflictos de competencia u otras funciones especiales. Imagino que, respecto de la primera función, nadie piensa que no debe existir, en un régimen democrático, un órgano que se encargue de velar porque una ley no vulnere derechos constitucionales. Entonces, preguntaría si la jurisdicción constitucional debe permanecer en un Tribunal Constitucional que ejerza una serie de funciones especiales, o si esas funciones especiales deben desaparecer y quizás entregar la jurisdicción constitucional a los tribunales ordinarios bajo un control difuso. Y, entonces, habría que especificar si queremos un control difuso o concentrado, lo que es una buena pregunta, porque creo que la inaplicabilidad es incompatible con un sistema concentrado, pues creo que es propia de un sistema difuso.

Creo que la inaplicabilidad está destinada a funcionar cuando quien inaplica es también quien aplica las normas y decide la contienda. Pero si se toma la institución de la inaplicabilidad, que es una herramienta del juez, y se le entrega a un órgano especial distinto que no aplica ni resuelve la contienda, se produce lo que está pasando en Chile y que Gastón [Gómez] ha documentado. Creo que aquí hay una invención que consiste en la combinación entre dos modelos de justicia constitucional: el modelo concentrado (europeo continental) y el modelo difuso (estadounidense). En Chile se combinó la inaplicabilidad del control difuso con

un órgano especial, que no resuelve contiendas, propio del modelo concentrado europeo continental, y eso es un severo error y los datos que hay lo acreditan. Entonces, habría que discutir si vamos a necesitar el Tribunal bajo un sistema difuso o bajo un sistema concentrado y, si es concentrado, cuál sería el mecanismo de control que no sea la inaplicabilidad.

Aprovecho de hacer un comentario al profesor [Arturo] Fermandois: ninguna de las razones que él dio tienen alguna relación con justificar el control preventivo. Primero, de la lógica de Marshall no se sigue que el control deba ser preventivo, como afirma el profesor Fermandois, considerando que en EE.UU. el control es represivo. Segundo, que sea costoso tampoco creo que tenga relación con que el control deba ser preventivo. Tercero, el problema del control preventivo es que es posible que no sepamos qué problemas presenta con una norma o disposición, ya que normalmente el problema aparece cuando la norma se aplica, a menos que se trate de una norma obviamente inconstitucional, que dijera, por ejemplo, que los blancos o los negros no tendrán derechos fundamentales. Entonces, esto afecta la segunda y la tercera razón dadas por el profesor Fermandois.

Las otras tres razones tampoco me hacen mucho sentido. Arturo [Fermandois] dice que se justifica el control preventivo porque la inaplicabilidad no funciona, pero es evidente que una cosa no implica la otra: uno podría corregir el control represivo para que funcione sin necesidad de tener o conservar el preventivo. La razón histórica tampoco es una razón para tener control preventivo. Finalmente, con la razón democrática, de pesos y contrapesos, volvemos a la pregunta original: podemos separar la resolución de competencia de la jurisdicción constitucional y no tenemos por qué tener un control preventivo, ya que podría ser un control *a posteriori*, que vea si, en la aplicación práctica, una ley está generando alguna vulneración de derechos fundamentales. Eso puede que no tenga nada que ver con conflictos de competencia o contiendas.

L. Sierra: Gracias, profesor Figueroa. Sergio Verdugo.

S. Verdugo: Primero, un pequeño comentario metodológico: el profesor Enrique Navarro citó estudios cuantitativos para medir alianzas entre ministros. Me parece que las conclusiones que se pueden sacar de ellos son limitadas, debido a que, en general, tienen muchos problemas metodológicos. Es difícil calificar los votos pues, entre otras razones, hay un excesivo *copy/paste* de parte del Tribunal, y hay diferentes atribuciones (cada una con un contexto distinto). Los estudios cuantitativos no permiten sacar conclusiones tan tajantes, y no reemplazan los

estudios cualitativos, porque al final son los grandes casos emblemáticos los que dividen al Tribunal y a la sociedad. No obstante, hay algunas inferencias modestas que se pueden extraer de dichos estudios cuantitativos. Primero, que existen alianzas, pero ellas son débiles y no se presentan en todos los casos. Segundo, los nombramientos no siempre son buenos predictores del voto de los ministros, pero tienen una relativa certeza en casos que dividen políticamente. Tercero, es alto el número de casos donde no hay interés político y las alianzas entre los jueces no responde a los nombramientos, lo que contamina la muestra de sentencias relevantes políticamente. Algunas atribuciones, como la del Art. 93 N° 16 de la Constitución, sobre el control de los decretos supremos, permiten distinguir de manera más simple la preferencia política de los ministros, pero eso no ocurre respecto de todas las atribuciones del Tribunal Constitucional. Por eso, estos estudios deben ser mirados con cautela.

En cuanto al mejor diseño de control constitucional, y al igual que Rodolfo [Figuerola], coincido en que hay distintos tipos de críticas: hay críticas generales a la existencia del Tribunal Constitucional y otras específicas a las atribuciones que este posee. Me interesa el debate más específico acerca de qué arreglos institucionales queremos tener respecto del debate del control preventivo. En general, las críticas no distinguen el control preventivo obligatorio del eventual y eso es un error, porque son dos controles que tienen una naturaleza completamente distinta y cada una tiene sus méritos. Además, las críticas generales a la justicia constitucional se suelen mezclar con las críticas a los arreglos específicos y no permiten hacer estas distinciones.

El control preventivo obligatorio, en general, creo que ha sido bastante poco eficaz, en especial en dos tipos de casos. Primero, cuando se formula una cuestión de constitucionalidad, donde un parlamentario presenta una reserva de constitucionalidad, ya que, en estos casos, el Tribunal Constitucional se hace cargo de la duda de constitucionalidad planteada durante el procedimiento legislativo mientras ejerce el control obligatorio. En este control se defrauda el *quórum* para presentar un requerimiento en el control eventual, ya que basta que un parlamentario haga una reserva de constitucionalidad durante la tramitación de un proyecto de ley y que ese proyecto sea calificado como orgánico, para que después el Tribunal tenga que pronunciarse. En segundo lugar, el control obligatorio produce sentencias interesantes cuando el Tribunal tiene un interés propio o algún interés extraordinario respecto de las causas. A mí me parece que el control preventivo

obligatorio cumplió un ciclo y no tiene mucho sentido mantenerlo, pero tiene que ser separado del debate respecto de la supramayoría.

Sobre el control preventivo eventual, creo que es una institución que ha servido propósitos importantes y que tiene que ser defendida hoy día, sin perjuicio de un posible ajuste. Los argumentos que se han dado para su defensa, en general, son bastante tradicionales en el derecho comparado, donde el control preventivo eventual se manifiesta de distintas formas con varios matices. Hay una cuestión democrática interesante de analizar que tiene que ver con la adopción de reglas de submayoría. Vermeule sostiene que las reglas de submayoría, es decir, aquellas que permiten hacer alteraciones en el proceso legislativo con una minoría (o sea, con una regla inferior a la mayoría simple), pueden tener beneficios importantes para la democracia. Es distinto de la regla de supramayoría, porque en dicha regla la minoría bloquea a la mayoría en su intento por cambiar el *statu quo*; en cambio, en la regla de submayoría, la minoría puede promover cambios al *statu quo* (Vermeule 2004). A mi juicio, la regla de submayoría tiene un especial valor cuando se trata de casos preliminares o procedimentales que no dicen relación con cuestiones sustantivas de aprobación o reprobación de un proyecto de ley, y que son bastante frecuentes en arreglos específicos. La principal bondad de esta regla es que la minoría le pide rendición de cuentas a la mayoría: la obliga a argumentar muy bien su posición y se promueve el *accountability* de las mayorías. Si queremos una Constitución normativa, que haya un debate constitucional, y que la mayoría utilice razones constitucionales para justificar sus proyectos, la regla de submayoría que permite llevar los casos al Tribunal Constitucional es una regla que puede fortalecer la democracia deliberativa, si es que entendemos la democracia deliberativa como mejorar los fundamentos entregados por ambas partes en el debate. Si uno comparte una tesis de democracia deliberativa o de una democracia plural, probablemente no puramente mayoritaria, esta idea hace sentido. Aunque Vermeule no está pensando en el control preventivo eventual chileno obviamente, sino en un nivel de abstracción mucho mayor, me parece que su idea es aplicable.

Por último, me interesa hacer un comentario respecto del control preventivo obligatorio que se ha defendido para los tratados internacionales. Se dice que los tratados internacionales comprometen la responsabilidad internacional del Estado y, por lo tanto, deberían estar sometidos al control preventivo obligatorio para impedir la antinomia entre el sistema doméstico y el régimen internacional. Sin embargo, esta no es una buena idea, porque muchos tratados internacionales

contienen normas cuya aplicación es de difícil predicción. En estos casos, el control preventivo obligatorio no es una herramienta eficaz para impedir en abstracto la generación de la inconstitucionalidad futura. Los vicios que tiene el control preventivo obligatorio hoy día se van a trasladar al problema de los tratados, por lo que se va a agravar el problema en vez de corregirlo.

L. Sierra: Gracias, profesor Verdugo. Profesor Jorge Correa.

J. Correa: Me parece que estamos ante un debate complejo. A las seis razones señaladas por Arturo Fermandois uno podría fácilmente oponer otras seis razones que destaquen los peligros que entraña para una democracia un sistema contramayoritario con una Constitución de textura abierta. Baste con decir que ello conlleva que un Tribunal Constitucional asuma en definitiva el poder constituyente, que sustituye la soberanía popular. Todos conocemos ese debate y frente a él, me parece, no hay salidas fáciles ni argumentos que cierren la discusión.

Como juicio de realidad, me temo que terminaremos manteniendo el Tribunal Constitucional con algunos cambios en las reglas sobre la composición, que no creo que modifiquen demasiado la situación. No creo que insistir en cosas orgánicas vaya a mejorar mucho las prácticas de clientelismo o de procurar nombramientos que mejor aseguren votos partisanos –una cuestión que está fuertemente arraigada todavía en la cultura de la élite política chilena respecto de nombramientos en órganos–. Lo más probable también es que terminemos suprimiendo el control preventivo obligatorio, lo que no me parece un avance muy relevante, aunque lo comparto.

A mi juicio, en esta materia podemos hacer un análisis más sofisticado y ofrecer algunas propuestas que podrían tener mayor recepción que en materias más políticas, pues esta es una cuestión en la que se escucha más la voz de los especialistas.

En primer lugar, la existencia de un Tribunal Constitucional, si persiste y creo que va a persistir, es una razón más para una Constitución más bien procesal que sustantiva, es decir, más poblada de reglas acerca del ejercicio del poder que de derechos, pues estos últimos típicamente se expresan por medio de normas indeterminadas que llevan a que los debates legislativos devengan en debates de constitucionalidad ante el TC, al que luego sus detractores acusan de transformarse en una tercera cámara, sin la legitimidad para ello.

En materia de control abstracto, quiero confesar que es especialmente difícil para un Tribunal –por lo menos en el ejercicio del cual yo fui testigo– prever los

efectos que produce una ley nueva, particularmente cuando, por ejercerse de oficio la facultad, se carece del debate de las partes. Recuerdo muchos casos de control preventivo obligatorio en los cuales la discusión estaba zanjada hasta que alguien dijo “pero esta ley si se aplicara a este caso entonces no produciría los efectos que prevemos, sino estos otros”, y uno comenzaba recién a prever un efecto que no había previsto. Entonces, me parece difícil que un Tribunal, sin debate previo o sin una ley que haya tenido algún efecto, pueda prever un efecto contrario a la Constitución, particularmente en el control preventivo obligatorio.

El control preventivo tiene además dos consecuencias muy complicadas. Primero, que las sentencias estimatorias tienen un marcado efecto contramayoritario, pues dejan sin validez un texto recién aprobado por el Congreso: ese es el efecto contramayoritario más fuerte que uno puede imaginar. Pero, además, tiene un segundo efecto que tiene que ver con lo que el Tribunal Constitucional ha entendido por precepto legal. Me parece que es correcto que el Tribunal entienda la noción de precepto legal como lo hace (menos que un artículo, menos que una ley), pero ello produce que las sentencias estimatorias dejan sin valor una parte de la ley, manteniendo el resto su valor y vigencia. Ello suele acarrear complicaciones extraordinarias, porque lo que queda vigente suele producir efectos distintos a lo que se había previsto con el complemento que no alcanza a regir. La vigencia de una ley truncada suele traer aparejado problemas de interpretación y de efectos no deseados ni previstos.

En materia del control concreto: si bien Rodolfo [Figuerola] dice que podríamos volver perfectamente al que ejercía la Corte Suprema, no debemos olvidar las muchas y poderosas razones por las cuales se generó, hace menos de diez años, un consenso transversal para quitarle esa facultad a la Corte Suprema. No me parece que esas razones hayan cambiado tan significativamente como para decir que si volviera esta facultad a la Corte Suprema, no van a repetirse los mismos problemas que nos llevaron a radicarla en el TC.

La inaplicabilidad tiene un valor potencial o teórico muy potente: la idea que, siendo un control contramayoritario, no tiene el efecto drástico de suprimir de los libros un texto legal, sino solo de hacerlo inaplicable para un caso concreto. Esto podría o debería producir un efecto secundario, cual es el de generar un debate en el legislador respecto de aquel precepto que por una o dos veces se ha declarado inaplicable. Esa ventaja no se ha producido en el caso chileno, pero uno podría pensar en un efecto deliberativo que pudiera provocar la inaplicabilidad

que podría ser particularmente rica. Es bien poco lo que se ha verificado si uno mira los efectos en el Legislativo de las declaraciones de inaplicabilidad.

El problema del control concreto es que quien lo ejerce no ejerce jurisdicción concreta; me parece que algunos de esos problemas son superables. Uno de los problemas centrales es que el Tribunal Constitucional tiene que apreciar el efecto que el precepto va a producir en la situación concreta; pero no controla que ese efecto sea el que en verdad produzca, pues eso lo decide el juez del fondo. Varios de esos problemas de especulación se originan porque el juicio o gestión en la que se pide inaplicar el precepto no ha avanzado lo suficiente para poder predecir razonablemente los efectos que la aplicación del precepto impugnado puede producir. Ello puede generar una falta de coincidencia entre lo que el TC supone y el efecto que el precepto en verdad produce, y, en muchos casos, esa falta de coincidencia se verifica porque, al momento de decidirse la inaplicabilidad, en la gestión pendiente no se ha producido prueba o porque no hay deliberación suficiente acerca del punto en cuestión. Entonces, al Tribunal Constitucional le resulta difícil en muchos casos prever el efecto que el precepto impugnado producirá. Esto puede solucionarse reservando los requerimientos de inaplicabilidad a las etapas avanzadas de los juicios o momentos en los cuales el precepto pueda resultar decisivo.

Hay también casos en los cuales lo que le importa al Tribunal Constitucional no le importó al tribunal del fondo, toda vez que lo que debe juzgarse es diverso, y por ende no hay debate suficiente o pruebas sobre las cuestiones más relevantes al juicio de inaplicabilidad. Frente a eso, cabe pensar si no debería producirse alguna forma de prueba en el Tribunal Constitucional. Estoy pensando, por ejemplo, en los casos Isapres, en los cuales la pobreza o riqueza del recurrente es relevante para saber si se menoscaba en su derecho a elegir, mientras que esa condición es irrelevante para el juez del fondo al decidir si fue ilegal o arbitraria el alza del plan. Por ejemplo, en un caso que me tocó redactar, había que especular cuál era el efecto que producía la reducción de un precio que estaba contratado y no había prueba alguna sobre eso. Frente a esos problemas hay fórmulas que podrían mejorar el recurso de inaplicabilidad si se mantiene en el Tribunal Constitucional.

Hay otras dificultades del control concreto que son más complicadas de resolver; como lo es la de poder predecir el efecto que el precepto va a producir en la gestión concreta, debido a que el precepto legal puede ser interpretado de varias maneras; solo algunas de las cuales pueden calificarse de contrarias a la

Constitución. En esos casos, el Tribunal Constitucional se ve en la disyuntiva de especular anticipadamente cuál de las varias inteligencias posibles del precepto va a preferir el juez del fondo: si la interpretación A o la interpretación B. Si le da la interpretación A, va a producir un efecto contrario en la Constitución. Si da la B, no va a producir un efecto contrario en la Constitución. En esto, el Tribunal Constitucional ha usado todo tipo de respuestas. Ha declarado inaplicable el precepto porque una de sus interpretaciones puede derivar en un efecto contrario a la Constitución; ha declarado que no puede aplicarse en el sentido de producir tal efecto, declarando que solo si se le aplica en este sentido es contrario a la Constitución y prohíbe ese efecto; ha declarado que no va a declarar inaplicable el precepto por una razón de deferencia hacia el juez, porque él puede interpretarlo conforme a la Constitución y es parte de su deber; ha dicho que es un problema de interpretación legal y que por lo tanto no va a entrar al asunto. Y, lo que es peor, ha dicho en varios casos que todas las fórmulas anteriores son posibles y que va a escoger entre ellas, caso a caso, la que le parezca para dar eficacia al derecho; esto equivale a decir que el derecho es el criterio del juez, el mismo que resulta imposible de prever. El Tribunal Constitucional tiene estas cinco doctrinas y ha dicho que puede aplicar la que quiera para darle eficacia al fallo; esto equivale a la supresión del derecho. Debido a que el Tribunal no se decide entre estas alternativas y, lo que es peor, las declara todas posibles (lo que equivale a decir que la Constitución establece lo que, en cada caso, él resuelva), me parece aconsejable que el legislador opte por una de ellas. Entre ellas, tengo razones para preferir la de la interpretación conforme, aunque invade las atribuciones de los tribunales de justicia. Lo importante, sin embargo, es definir una de ellas, pues no es conveniente que estas cinco doctrinas estén ahí flotando en el aire y el Tribunal pueda cambiarlas o mantenerlas todas como igualmente válidas.

Comparto con Sergio [Verdugo] que el efecto más atractivo del control preventivo es el efecto que produce en la deliberación del Congreso. Porque la mayoría duerme mientras la minoría opina, hasta que alguien de la minoría dice “esto es contrario a la Constitución” y entonces, quienes están en la mayoría, ponen atención y buscan fórmulas alternativas que no sean contrarias a la Constitución, dándole un sentido al debate entre mayorías y minorías que suele perderse.

Aun así, me parece que hay que buscar fórmulas más suaves de control preventivo, y no se saca nada con declaraciones acerca de que el Tribunal solo debe declarar inconstitucionales las leyes en casos de ostensible inconstitucionalidad,

porque lo que sean los casos ostensibles va a ser siempre interpretable. Yo buscaría corregir los vicios o defectos contramayoritarios privilegiando el control concreto, aunque mejorando el mecanismo, pero sin sacarlo del Tribunal Constitucional. Mantengo la esperanza de que pueda haber un diálogo entre las sentencias estimatorias de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional y el Congreso Nacional. Me hago la esperanza que este pueda estar más atento y presto a corregir los defectos de inconstitucionalidad que los fallos de inaplicabilidad advierten, antes que las mismas leyes sean declaradas inconstitucionales.

Por último, exploraría lo que ha hecho el mundo anglosajón con el control que deriva en la inconstitucionalidad del precepto, ya sea el preventivo, ya sea la inconstitucionalidad después de las inaplicabilidades. Estos mecanismos más suaves del mundo anglosajón presentan dos fórmulas que podrían ser interesantes para el caso chileno. La primera es el modelo canadiense de la cláusula de *notwithstanding*, que permite al Congreso Nacional insistir en la fórmula legislativa objetada por el Tribunal si reúne un determinado *quórum*, al modo como la Constitución permite los decretos de insistencia para salvar las objeciones de legalidad de la Contraloría. Eso supone que el Tribunal Constitucional tenga un fuerte prestigio, porque de lo contrario el Congreso Nacional se vería atraído a insistir con más frecuencia de lo conveniente y entonces la Constitución pasa a ser un decálogo moral, como decía Arturo [Fermendois], y no realmente una Constitución con imperio jurídico.

Una segunda fórmula que me parece más atractiva todavía es aquella de las sentencias manipulativas por la que han optado en general los sistemas europeos, lo tengan consagrado o lo hagan por vía de creación jurisprudencial. Esto es, que la sentencia declare que un precepto es inconstitucional y, en una de sus variantes, otorgue al legislador un periodo determinado para salvar la inconstitucionalidad que se ha advertido. Eso supone que la regla declarada inconstitucional permanezca por un breve tiempo en los libros, lo cual puede ser un sacrilegio en la lógica de Arturo [Fermendois], pero, pienso, que no es un sacrilegio desde la lógica de que lo contramayoritario también es problemático. Tiene la gran ventaja de que no es el Tribunal Constitucional el que, por la vía de sastrería jurídica, crea un nuevo precepto, sino que es el legislador quien queda apercebido de hacerlo dentro de un plazo, bajo la amenaza de la derogación. Hay muchos casos en los cuales la extracción de la palabra o de la frase declarada inconstitucional produce un enredo que es mayor que el que se quiere solucionar.

El Tribunal Constitucional que solo puede suprimir necesariamente legisla, pues deja vigente una norma sin una de sus partes. Me parece que quien tiene que solucionar el problema legislativo de inconstitucionalidad es el legislador, fórmula que resta dramatismo en la crítica contramayoritaria. Pero hay que darle un plazo para que solucione el problema. Esto podría crear mayor riqueza en el diálogo entre el Tribunal Constitucional y el legislador.

L. Sierra: Gracias, profesor Correa. Profesor Bassa.

J. Bassa: Hay un par de definiciones previas que creo importante considerar. Por de pronto, esta diferencia en materia de interpretación constitucional genera ciertas controversias, pero no sé si todas estas tienen, efectivamente, carácter jurídico, al punto que requieran ser resueltas por un Tribunal. La Constitución es una norma jurídica, pero también es un pacto político que tiene un contenido político importante y que está construida, además, a partir de enunciados normativos abiertos e indeterminados. Desde esa perspectiva, el problema no es identificar un órgano que resuelva todas y cada una de las diferencias que genere la interpretación de la Constitución durante, por ejemplo, el proceso legislativo, o durante la aplicación de la ley. Por el contrario, se trata de establecer criterios a partir de los cuales sea posible identificar qué conflictos tienen relevancia constitucional y cuáles no. Porque hay un montón de cuestiones, particularmente aquellas que se suscitan durante el proceso legislativo, que tienen una connotación más bien política, no constitucional. Desde esa perspectiva, uno bien podría entregarle, incluso al propio Parlamento, la facultad de resolver sus conflictos políticos y, en forma complementaria, entregarle a un órgano jurisdiccional la resolución de aquellos conflictos que sí alcancen relevancia jurídica.

Se trata de un asunto de vital importancia para la legitimidad del sistema constitucional, porque una controversia durante el proceso legislativo deriva de diversas lecturas de la Constitución, la que obedece no solo a distintas escuelas de interpretación constitucional, sino también a las diferencias ideológicas propias de la política. Si se asume que tras el enunciado normativo es posible solo una lectura correcta de la Constitución, efectivamente todos los conflictos que deriven de su interpretación serán de carácter jurídico. Pero sabemos que todo enunciado normativo tiene un contenido abierto, que deja un espacio importante para una interpretación que, en definitiva, tiene una dimensión creadora de Derecho, una dimensión política. Desde esta perspectiva, podemos acordar que toda controversia jurídica sea resuelta por un tribunal; pero en este dilema específico, el desafío está

en identificar cuáles son las controversias jurídicas. Para operativizar lo anterior, primero es necesario tener claro qué protege un Tribunal Constitucional: si es aquello que se encuentra amparado por el modelo de democracia constitucional, o bien el contenido de una Constitución en particular (que es lo que pareciera haber hecho el TC últimamente: ser el defensor de la Constitución de 1980, antes que de la democracia constitucional).

Por último, me parece importante que este nuevo diseño del Tribunal Constitucional contemple un estatuto de los ministros y ministras, que establezca sus inhabilidades, causales de implicancia y recusación para evitar episodios como el que involucró a los Ministros [Enrique] Navarro y [Raúl] Bertelsen hace algunos años. Asimismo, creo que es necesario revisar los requisitos constitucionales para ser ministro: la incorporación de políticos profesionales al Tribunal pudo haber sido un error, por cuanto los últimos años muestran cierta tendencia a la politización de su actividad, que se suma a la persistente crítica a su déficit de legitimidad, en particular en su dimensión de legislador negativo.

L. Sierra: Gracias, profesor Bassa. Profesor Zúñiga.

F. Zúñiga: Me parece encomiable el ejercicio de Arturo Fernandois y de Jorge Correa, a la hora de enlistar cuestiones problemáticas o cuestiones que podrían importar al enderezar el control de constitucionalidad. Con cierto pudor, como abogado litigante, voy a hacer omisión de todas ellas.

Me parece importante preguntarse acerca del control público del poder, en particular del control constitucional, a propósito de si el TC es un tribunal o no. Hace ya varios años que he sostenido que el Tribunal se debate entre una Escila y un Caribdis, entre ser tribunal o no ser tribunal. Creo que el principal problema del Tribunal, en su inserción con su poder público y con la Corte Suprema, es que no tiene una autocomprensión propia acerca de su rol como tribunal dentro del sistema político. Se ponía el ejemplo de la persistente irrelevancia en sede de inaplicabilidad del control concreto, lo cual tiene que ver con que el Tribunal nunca tomó la decisión de no hacer control hipotético, sino hacer control de interpretaciones contenidas en decisiones judiciales, porque eso significaba entrar en la lógica de conflicto con la Corte Suprema y con el Poder Judicial. Obviamente, si yo hago control sobre aplicaciones hipotéticas que podrían resultar contrarias a la Constitución, mis decisiones están condenadas a la irrelevancia y no va a haber efecto indirecto casatorio o revocatorio de las decisiones del Tribunal Constitucional al hacer el control concreto. Creo que hay ahí un problema que no sé cómo se

aborda; no sé cómo el Tribunal logrará tener una autocomprensión de tribunal y cómo se toma en serio a sí mismo, más allá de su mecanismo de generación o de los altos y bajos de su composición. Solo a partir de una autocomprensión judicial del propio TC es posible defenderlo con algún argumento sólido.

Segundo, quería hacer un pequeño recuento acerca de cómo, en el pasado, se ha examinado la cuestión relativa al control público del poder. La Carta de 1925 preveía en el Art. 86 la acción de inaplicabilidad, en el Art. 87 los tribunales de lo contencioso-administrativo, y no preveía controles asignados a una Contraloría General de la República ni un control de legalidad. Esto se introduce por la vía legal el año 1927 con motivo de un conjunto de reformas modernizadoras de la Administración y su fiscalidad; y solo en la reforma de 1943 se incorpora a la Constitución el control preventivo de legalidad, cuando ya el control judicial de la Administración era una quimera. La evolución de ese control de legalidad en la Contraloría se encamina a un control absolutamente exorbitado (de primer y segundo piso), fuera de todo cauce, ejerciendo en ocasiones, bajo la apariencia de un control de legalidad o bajo la apariencia contradictaminadora, verdaderas funciones judiciales. En suma, una cuestión compleja atingente a un elemento central del Estado de Derecho. La Contraloría, ha dicho uno de nuestros colegas, es un pequeño monstruo dentro del Estado, ejerciendo todo tipo de funciones y atribuciones, lo que es consecuencia de un funcionamiento absolutamente patológico en nuestro sistema institucional, desde el minuto que la Constitución de 1925 queda incumplida en su desarrollo. Sucede que la Constitución actual mantiene ese mismo orden de problemas acerca del control público de la Administración y de los poderes públicos: una Contraloría con ese tipo de control público del poder y el Tribunal Constitucional. Me refiero naturalmente a una paradójica mantención del Tribunal (antes de la reforma del 2005), a pesar de la “leyenda negra” acerca de un Tribunal Constitucional dominado por mayorías en bloque y la asignación de responsabilidad al Tribunal respecto de la crisis institucional que se genera después de su decisión en materia de las tres áreas de la economía.

Creo, entonces, que el desafío es mirar el control público del poder desde perspectivas distintas, no renunciar a la posibilidad de incrementar el componente judicial de este control y poder. Creo que los tribunales de lo contencioso-administrativo son absolutamente necesarios en esta perspectiva como tribunales de fuero común. Creo que resulta también indispensable ser capaces de repensar la relación que el Tribunal Constitucional debe tener con el Poder Judicial, porque

de lo contrario el control concreto está muerto. Como bien señalaba Sergio Verdugo, el control preventivo obligatorio es una toma de razón no muy relevante. Por último, se mete desde fuera, desde el derecho internacional de los derechos humanos, un novísimo control que busca injertarse en el sistema de control público del poder; me refiero al control de convencionalidad. Siendo franco, esto yo lo veo con pavor en sus lecturas más extremas en los países vecinos, que han adoptado el control de convencionalidad tanto desde el Sistema Interamericano como de las jurisdicciones nacionales hacia el Sistema Interamericano. Se dice que el control de convencionalidad se soporta sobre el “*corpus iuris* interamericano”. ¿Qué es eso? Además viene a significar que es absolutamente innecesario el control de constitucionalidad, porque es un control superpuesto y difuso.

En suma, creo que tenemos que ser capaces de mirar esta cuestión de la manera más completa posible, tratar de racionalizar el rol de la Contraloría dentro de nuestro sistema político institucional y lograr un Tribunal Constitucional que supere el Escila y Caribdis de su autocomprensión, pasando a ser un tribunal. Cuando uso el término “racionalizar”, no se trata de jibarizar, sino de entender para qué sirve la toma de razón como control preventivo de juridicidad de los actos de la administración y si el control preventivo de constitucionalidad efectivamente sirve de algo, esto es, si es relevante. Porque de lo contrario el Tribunal Constitucional va a seguir siendo quien preste muletas al gobierno u oposición cuando las necesite. El TC va a seguir siendo tironeado al campo de la política, donde todos sabemos quienes ganan finalmente y el Tribunal no lo hace. Creo que el caso Posnatal parental⁸ es un tremendo ejemplo de cómo una sentencia del Tribunal Constitucional en materia de control preventivo puede ser perfectamente inútil y cómo el gobierno puede usar al Tribunal Constitucional para apoyarse en esas muletas y seguir caminando, especialmente (y aquí vuelvo a un tema que discutíamos en la sesión anterior) cuando nuestro sistema presidencial es minoritario. Creo que muchos de estos conflictos políticos no serían conflictos constitucionales y, por tanto, la Constitución no sería usada como un parapeto defensivo de posiciones de poder de privilegio si hubiese un sistema político en que los gobiernos tuviesen sólidas mayorías parlamentarias y en que hubiese efectiva posibilidad de alternancia en el poder.

⁸ STC Rol N° 2025-11-CPT, de 20 de julio de 2010.

L. Sierra: Gracias, profesor Zúñiga; tiene la palabra el varias veces aludido Arturo Fermandois.

A. Fermandois: Yo diría que hay dos preguntas: ¿cuándo emerge el conflicto constitucional? Y, segunda pregunta, ¿existe tal distinción entre el control abstracto (que sería el preventivo) y el control concreto (que sería el represivo)? ¿Existe, en la realidad, esa diferencia conceptual que nos permitiría resolver estos problemas?

Respecto de en qué momento emerge el conflicto, lo que se ha dicho, y con la experiencia de Jorge Correa, nos motiva una reflexión. Tomándome del profesor [Rodolfo] Figueroa, se dice que el conflicto solo aparecería una vez que se aplica la norma, y por lo tanto el control preventivo estaría en una zona de ilusionismo, y habría un despropósito con un control preventivo meramente hipotético al tramitarse el proyecto. Creo que esto no es necesariamente así. Existe al menos una zona importante donde el conflicto perfectamente emerge durante la tramitación del proyecto, puede ser identificado de manera nítida, y requiere de una resolución. Un ejemplo aquí es el caso de control preventivo del proyecto de ley de Unidad de Análisis Financiero (UAF)⁹, que le permitiría ingresar a las cuentas corrientes sin autorización judicial previa, con sacrificio de la bilateralidad a la audiencia del afectado. Aquí la Magistratura objetó la racionalidad y justicia de un precepto que sacrificaba la bilateralidad de la audiencia sin una razón de urgencia realmente poderosa. Si uno revisa el caso UAF, concluye fácilmente que existe un conflicto abstracto entre la dimensión de la racionalidad y justicia del procedimiento como contrapunto a un sacrificio de la bilateralidad de la audiencia. En el reciente caso de People Meter (2012 y 2013)¹⁰, donde el precepto venía prohibiendo del todo a los concesionarios de televisión contratar los servicios de medición de audiencia en línea, me pregunto: ¿debemos esperar la aplicación de la norma para entender y comprobar que hay un conflicto que puede afectar determinadas garantías constitucionales? Recuerdo, en términos positivos, la actitud del Tribunal Constitucional cuando el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional llegó a manos del Tribunal (2002), en control preventivo de un tratado por primera vez, y el Tribunal no lo declaró inconstitucional, sino que simplemente sostuvo que,

⁹ STC Rol N° 198, de 4 de enero de 1995.

¹⁰ People Meter I (2012): STC Rol N° 2358, de 9 de enero de 2013; People Meter II (2013): STC Rol N° 2509-13, de 24 de septiembre de 2013.

para ratificarlo, era necesario modificar la Constitución –que fue lo que sucedió unos años después–¹¹.

En el caso de las inconstitucionalidades de forma, que son responsables quizás de dos tercios de los conflictos de control preventivo, cabe preguntarse: ¿requiere necesariamente esperar la aplicación posterior de un precepto que nació viciado de forma? Imaginemos esta clase de vicios: eventualmente por infracción a la iniciativa económica exclusiva, o supongamos un extremo que no ha sucedido afortunadamente en Chile, como un problema de conteo de votos, de *quórum*, o bien un problema de intervención irregular de la cámara revisora, o problemas con la comisión mixta. Definitivamente no son estos problemas que deban esperar una aplicación de la norma, como se ha planteado, para admitir la intervención del Tribunal, porque el conflicto constitucional es nítidamente anterior.

Respecto de la segunda pregunta, sobre si hay distinción sustantiva entre control concreto y abstracto de constitucionalidad, creo que esto es lo más interesante y además está en desarrollo. A pesar de que el Tribunal insiste de modo permanente en que existe un control concreto (aquel en el cual el precepto legal de acuerdo con las circunstancias de su aplicación puede detonar la inconstitucionalidad o no), en los momentos en que se le ha llevado a la disyuntiva de realmente aplicarlo y vincularse por su razonamiento concreto, en mi opinión, suele no hacerlo y recurre a razonamientos abstractos. Si uno analiza las sentencias de inaplicabilidad, estas aparecen vinculándose a la situación concreta, pero en realidad es un control abstracto, cercano del que tradicionalmente siempre se hizo por la Corte Suprema, para bien o para mal. Entonces, en ese contexto tampoco vamos a legitimar el control represivo, supuestamente concreto, si en realidad en las sentencias se están haciendo disquisiciones meramente abstractas en la aplicación de la norma.

En respuesta al profesor [Rodolfo] Figueroa: respecto de los argumentos cinco y seis (histórico y democrático), efectivamente, no es que solo ellos y en sí mismos justifiquen la existencia del control preventivo del Tribunal Constitucional. Son una réplica a la demonización que se escucha de estos controles, en cuanto a que serían una creación muy torcida de la Constitución de 1980. No son argumentos conceptuales intrínsecos para una justificación primera de este control, pero sí un complemento circunstancial en abono del primero de ellos, el ontoló-

¹¹ STC Rol N° 346, de 8 de abril de 2002.

gico, en medio de una inaplicabilidad muy débil. Un último comentario respecto del planteamiento de Jaime Bassa, sobre que habría distintos tipos de conflictos (unos políticos y otros más jurídicos): muy interesante, pero eso no excluye que necesitemos algún grado de control preventivo.

L. Sierra: Gracias, profesor Fermandois. Profesor Soto.

S. Soto: Respecto del control eventual, creo que hay que poner atención en un aspecto que, a mi juicio, solo el Tribunal Constitucional puede solucionar: aquellos conflictos que se producen por vulneración del procedimiento legislativo. Es decir, contiendas por vulneración de normas constitucionales que regulan el proceso de formación de la ley. Ese es una especie de control concreto, porque hay una actuación o una decisión del Congreso que puede haber vulnerado una norma de procedimiento. Entonces la pregunta es quién la resuelve. ¿Dejamos que sean las mayorías en el Congreso las que la resuelvan? Eso es lo que ocurrió hasta antes de 1970 con la regla que exige respetar las ideas matrices en los proyectos de ley. Esta regla está incorporada en los reglamentos de las Cámaras desde hace mucho tiempo, pero solo se tornó eficaz cuando el Tribunal Constitucional, en sus primeros fallos, la hace exigible. Antes no era una norma eficaz, y la verdad es que todos sabemos que existían cientos de leyes misceláneas, no obstante eran contrarias a las normas que regían y regulaban el procedimiento legislativo. A mi juicio, las leyes misceláneas eran jurídicamente inconvenientes, permitían una serie de transacciones y, en fin, todas las otras críticas que sabemos se les hicieron.

Lo mismo en la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. En el caso Posnatal, que hacía mención Francisco Zúñiga, personalmente tengo un interés muy particular: fui del equipo de abogados que defendió al Gobierno, así como Francisco [Zúñiga] fue del equipo de abogados que defendió al Senado. Lo cierto es que si no hubiera habido un órgano como el Tribunal Constitucional que zanjara si el aumento de un subsidio era o no de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, ¿quién y cómo lo habría hecho? ¿Votando? En la votación la mayoría es la que decide la solución. ¿Y la minoría? La única garantía que tiene la minoría es la garantía procedimental; que el procedimiento, cualquiera que este sea, se respete. Por eso en esos casos es importante la existencia de un tercero, que venga a salvar y a solucionar la controversia. Ahí no veo que haya una fórmula distinta a un Tribunal Constitucional que se pronuncie *ex ante*, porque después de la aprobación de la ley creo que las inconstitucionalidades eventuales de forma ya

no deberían ser posibles de declarar. En esto sigo en parte la doctrina de la Corte Suprema norteamericana, es decir, publicada la ley se sana todo el procedimiento y, por lo tanto, no hay posibilidad de inconstitucionalidad de forma. Antes de la publicación, en cambio, frente a vicios del procedimiento, creo que sí debería haber un Tribunal que juegue un rol.

Acerca del control de constitucionalidad preventivo y abstracto sobre cuestiones de fondo: creo que es necesario mantenerlo, pero al mismo tiempo reglamentarlo con miras a restringirlo a ciertos momentos. También podría exigirse “preparar la vía”. Antiguamente, por la vía jurisprudencial, se fueron exigiendo las reservas de constitucionalidad o la votación en contra. Yo creo que uno puede regular de modo más claro esta forma de preparar la vía para el control abstracto durante la tramitación de la ley, por ejemplo estableciendo momentos en que se pueda requerir. A mí me parece razonable que no se requiera hacia el final de la tramitación, porque el tribunal ahí juega ese rol, que decía Jorge [Correa], de “sí o no”. Se trata de un rol donde la decisión no tiene otra salida que mantener en el proyecto el artículo impugnado o eliminarlo. Pero si es que se requiere, como se hizo en el caso Rentas Vitalicias¹², entre Cámara y Cámara o en algún otro momento legislativo alejado de los últimos trámites, la deliberación política puede intentar dar solución al asunto controvertido si es que el Tribunal acoge el requerimiento. Por tanto, creo que hay reglas procedimentales que pueden atenuar los efectos criticados del control preventivo eventual.

Para terminar, respecto de la inaplicabilidad: creo que tenemos que tener paciencia, llevamos ocho años con la inaplicabilidad siendo conocida por el Tribunal Constitucional. Mi impresión es que en cinco años más la percepción de la inaplicabilidad puede ser distinta, porque habrá mayor entendimiento de este recurso, más sentencias y, por eso mismo, mayores espacios de influencia del Tribunal Constitucional. Creo que, por el momento, lo que sí se puede hacer es regular los efectos de la inaplicabilidad mucho más de lo que están hoy, en que no están regulados con una densidad razonable en ninguna parte. Es decir, con nuestra tradición formalista, el juez que conoce la gestión pendiente solo sabe que le “inaplicaron” la ley y punto final. Tal vez el legislador podría regular más dichos efectos para que el juez de fondo entienda qué es lo que debe y lo que no

¹² STC Rol N° 334, de 21 de agosto de 2001.

debe hacer con ello. Me parece que por ahí podríamos avanzar sin necesariamente volver a la situación previa al 2005, que fue de la que quisimos escapar.

L. Sierra: Gracias, profesor Soto. Manuel Antonio Núñez.

M. A. Núñez: Me pregunto si pudiera ser útil plantearse la reflexión sobre si necesitamos un Tribunal Constitucional que cumpla roles que ya cumplen otros órganos constitucionales. Si uno mira la lista de atribuciones del Art. 93, se va a encontrar con que tiene atribuciones que son exclusivas, en el sentido de que no las puede ejercer ningún otro órgano constitucional, y hay otra categoría de atribuciones que son compartidas. Creo que la pregunta por la necesidad del Tribunal es respecto de aquellas atribuciones que son compartidas. Si el Tribunal controla decretos supremos, controla decretos promulgatorios, tiene el control de constitucionalidad y tiene una suerte de control contencioso administrativo, entonces uno podría preguntarse qué sentido tiene esa atribución con un sistema de justicia administrativa operando.

Asimismo, si uno examina la estructura de la inaplicabilidad en la reforma del 2005, por lo menos para aquellos casos en que la inaplicabilidad no es control del legislador –aquí se hablaba de la inaplicabilidad del control del legislador–, la verdad es que si la inaplicabilidad es lo que dice hoy el Art. 93 N° 6, eso es control, no de la ley, sino que de los efectos constitucionales o inconstitucionales que produce una determinada gestión judicial –control de ejercicio de la jurisdicción–. Se trata de una atribución que quedó superpuesta con la atribución general de jurisdicción del Art. 76 y no es exclusiva del Tribunal. Por tanto, si no es una atribución exclusiva, uno tiene que preguntarse qué sentido tiene esa inaplicabilidad. Miren, por ejemplo, lo que ha pasado entre el año pasado y este año con el Art. 5° del Código de Justicia Militar, en que ya derechamente muchos juzgados de garantía no lo están aplicando. Nos guste o no, están haciendo este control de convencionalidad que no le gusta a Francisco Zúñiga, pero sin requerir de inaplicabilidad. Miren la práctica que ha habido del 2005 hacia atrás con normas que luego, desde el 2006 en adelante, llegaron al Tribunal Constitucional, como la ley de servicios eléctricos, el Art. 450 del Código Penal y el Art. 2331 del Código Civil. Uno puede llegar a la conclusión que antes los mismos tribunales, los civiles, los juzgados con competencia en lo criminal, hacían algo parecido. De aquí nace otra razón para preguntarse por aquellas atribuciones que son yuxtapuestas. Creo que hay que racionalizar esto, sobre todo respecto de la inaplicabilidad, donde, además, falta el hilo que tenía antes cuando se entendía que era consecuencia

de la superintendencia directiva correccional y económica de la Corte Suprema. Hoy, como no es consecuencia de nada, resulta ser que el destino de los fallos de inaplicabilidad es el que todos sabemos.

La pregunta se traslada ahora a aquellas atribuciones que serían exclusivas. Hay unas de las que no se ha hablado acá y, por tanto, presumo que no están en disputa, que son las que tienen que ver con las causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, las inhabilidades, los casos en que el Tribunal informa, o cuando declara la inconstitucionalidad de un movimiento u organización. Otra de la que no se ha hablado acá, y creo que es importante, es la atribución de pronunciarse sobre contiendas de competencia. Creo que es importante reforzarla, porque sabemos que la que ejerce y la que está en manos del Senado no sirve prácticamente de nada, si no se le da una cosa juzgada que vaya más allá, pues hoy tiene solamente cosa juzgada para la causa en la que se pronuncia. Fueron tres o cuatro casos en la década de los años 1990 y la polémica nunca terminó. Si la resolución de las contiendas de competencia que hoy están en manos del Senado se trasladasen al Tribunal Constitucional, y a esas decisiones se les diera un efecto equivalente al que la Ley Orgánica de la Contraloría le da a los dictámenes, resultaría que los fallos de contiendas de competencia serían realmente útiles. Significaría, por ejemplo, responsabilidades administrativas para funcionarios que no se ajustasen a los criterios de ordenación de competencia que emanan del Tribunal Constitucional.

Otra atribución que sería exclusiva sería la del control de los tratados. No tanto el control del tratado en cuanto a normas, sino en cuanto a las obligaciones que asume el Estado. Uno siempre entiende que están controlando normas, pero yo creo que es útil ver dicho control como el control de los límites de las obligaciones que pueda asumir, en un marco constitucional, el Estado. Por último, también debiese quedar en el Tribunal Constitucional y, quizás, fijarse allí una atribución propiamente exclusiva: el control de constitucionalidad de las leyes vigentes con efectos anulatorios o derogatorios, pues eso sería algo que excede a la Corte Suprema.

Quisiera insistir en esto: qué sentido tiene que un Tribunal haga lo que ya hacen otros órganos constitucionales. Con eso pasaríamos un filtro a buena parte de las atribuciones del Art. 93.

L. Sierra: Gracias, profesor Núñez. Profesor Avilés.

V. M. Avilés: ¿Por qué tener un organismo más contramayoritario en la Constitución, como podría entenderse el Tribunal Constitucional? La res-

puesta es, simplemente, para resguardar la supremacía constitucional, pues es una opción válida. Pero gran parte del problema que marca el debate sobre el Tribunal Constitucional en Chile tiene que ver también con el entorno en que se ha dado. Para muchas personas, el origen del cuestionamiento al Tribunal Constitucional es que ha debido defender una Constitución que *per se* se estima ilegítima. Dejando de lado esa objeción histórica, la cuestión es avalar al Tribunal Constitucional bajo una nueva Constitución, donde se hayan evaporado estas dudas sobre la actual Constitución. Desde ese punto de vista, mi tendencia inicial sería, más bien, a ser cuidadosos en establecer cambios en esta etapa y evaluar este Tribunal que, por lo demás, ha tenido una vigencia de 40 años en Chile, con un poco más de historia en la aplicación de una Constitución que pueda llegar a generar más adhesión.

Hay otros vicios que han acompañado el trabajo del Tribunal durante estos años, como las dudas iniciales sobre su composición –gran parte de las cuales ya han sido superadas–. Además, la excesiva tendencia interpretativa de aludir permanentemente a los redactores del texto constitucional original también afectó el debate sobre cualquier evaluación del trabajo realizado por el Tribunal Constitucional. Por ello, creo que la discusión sobre si se debe eliminar la institución debe esperar, para hacer un debate más frío sobre el Tribunal Constitucional.

Más allá de la posible eliminación del Tribunal Constitucional como ente, hay ciertos elementos prácticos que me hacen creer que, al menos respecto del control represivo concreto del Tribunal, se debiese volver atrás, devolviendo dicha facultad a la Corte Suprema y volver a la situación previa al año 2005. Básicamente, las razones serían los problemas que generan estas sentencias de las que se ha hablado –“considerativas” como las llaman algunos– en que el Tribunal, por deferencia al legislador, declara aplicable el precepto, pero en el entendido de una determinada interpretación o cualquiera de las otras variaciones que explicó muy bien Jorge Correa. Se genera así un problema entre dos órganos con competencia constitucional: el Tribunal Constitucional y el que tiene que resolver el conflicto concreto. Esa posibilidad de que los criterios no coincidan y que, finalmente, la Corte Suprema no dé aplicación efectiva al criterio establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional, genera un problema que afecta la certeza jurídica, y creo que la incertidumbre jurídica, especialmente en materia constitucional –donde la norma por esencia debe ser clara y entendible por todos los ciudadanos– es un problema grave. En consecuencia, mi inclinación es evaluar en el mediano plazo

—no en el corto plazo— la vuelta de la atribución del control represivo concreto a la Corte Suprema, manteniendo el control represivo abstracto en un Tribunal Constitucional.

Me parece que el control preventivo eventual, como ya se ha dicho, tiene las ventajas de evitar ciertos problemas, por ejemplo en materia de tratados internacionales, de incorporar normas que finalmente van a ser declaradas inconstitucionales. La posibilidad que exista este control preventivo evita gran parte de los costos que tiene la situación represiva y tardía. En cuanto al control preventivo obligatorio, me parece que el debate de las leyes orgánicas constitucionales y la reducción del espacio de estas normas contramayoritarias va a arrastrar por defecto estas instituciones.

L. Sierra: Gracias, profesor Avilés. Profesora Miriam Henríquez.

M. Henríquez: Respecto de si se necesita un Tribunal Constitucional, creo que, en general, todos han partido del supuesto que, para que exista una Constitución normativa y suprema, necesariamente tiene que haber una garantía de parte de un Tribunal Constitucional. Me llama la atención que el ejemplo que se esgrima para respaldar la necesidad de un Tribunal Constitucional sea la Constitución de Estados Unidos y que se aluda al fallo *Marbury v/s Madison* del año 1803, pues justamente el control norteamericano es un control represivo y judicial difuso. Por otro lado, me parece necesario cuestionarse por qué no contar con un control judicial difuso. Me parece que esta reflexión ha estado ausente en este debate. Insisto, si pretendemos que el principal efecto del control de constitucionalidad sea la inaplicación de la norma inconstitucional, debido a que el control de la aplicación de las normas lo realizan principalmente los tribunales de justicia y no el Tribunal Constitucional, la necesidad de control se podría formular en el contexto de una gestión pendiente. Ahora, si pensamos en un control normativo donde el efecto sea la validez o la invalidez de la norma, claramente los tribunales de justicia no estarían en condiciones de declarar esa invalidez, pero sí, insisto, de declarar la inaplicabilidad.

Suponiendo que no existe consenso en torno a reconocer constitucionalmente el modelo de control judicial difuso, yo preferiría que el Tribunal Constitucional ejerciera un control represivo más que un control previo. ¿Qué ocurriría, entonces, con el control previo obligatorio de ciertas normas como, por ejemplo, aquellas contenidas en leyes orgánicas constitucionales? Me parece que si la propuesta de contenido de una nueva Constitución va de la mano con la modificación del

sistema binominal y de la eliminación o la reducción del ámbito de las leyes de *quórum* reforzado, claramente no existiría necesidad de un control previo y obligatorio de constitucionalidad de este tipo de leyes.

En relación con las infracciones, es decir, cuando existen vicios en el procedimiento de dictación de las normas, de no existir un control previo de constitucionalidad quizás la opción sería la declaración de inconstitucionalidad. No sería viable para las infracciones la inaplicabilidad porque la misma, reitero, es un control de la aplicación de las normas. Aquí sería útil la inconstitucionalidad, en cuyo supuesto habría que desligar la inaplicabilidad de la inconstitucionalidad.

En relación con el control represivo de constitucionalidad de los tratados, estimo que es improcedente e inconveniente, considerando los compromisos que asume el Estado de Chile a nivel internacional, además de que los tratados no tienen el carácter de preceptos legales. En relación al vínculo entre el TC y la Corte Suprema y los demás tribunales de justicia, nuestra Constitución actual dice que la sentencia del Tribunal tiene efecto de cosa juzgada y es inapelable, pero no señala un efecto obligatorio y vinculante para los demás órganos; quizás sea necesario que la nueva Constitución establezca tal efecto. Desde esa perspectiva, no sería acomodado a nuestro sistema de fuentes y a nuestra forma de concebir el derecho que se le atribuya a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el valor de precedente constitucional vinculante.

L. Sierra: Gracias, profesora Henríquez. José Ignacio Martínez.

J. I. Martínez: Quería recordar un texto que leí años atrás, en el que se preguntaba por qué existen los tribunales constitucionales, y la respuesta que daba un profesor, me parece que Pérez Royo, la encontré divertida: tienen tribunales constitucionales los países que han tenido mala salud constitucional. Es una reflexión que me parece muy interesante, y que podría también explicar por qué algo que no parece natural como sistema de control judicial existe en sistemas constitucionales como el nuestro. Desde luego, en la comparación de nuestros sistemas de control de constitucionalidad con los sistemas anglosajones hay diferencias esenciales, entre otras cosas porque esa mala salud constitucional no solo no se ha dado, sino que porque, además, han sido ellos los que han elaborado y desarrollado los sistemas admirados de justicia constitucional, como el norteamericano. Otra cosa interesante es la idea de suprimir el control *a priori*. No estoy diciendo por ahora sí o no, pero es interesante que aquello que da origen a los tribunales constitucionales, y que está en los planteamientos

originales de Kelsen, sea precisamente lo que se pretenda sacar de la órbita de las competencias del Tribunal Constitucional.

Sobre el rol de nuestro Tribunal: a raíz de un proyecto de investigación sobre la deferencia y el margen de apreciación que estamos trabajando con el profesor Manuel Núñez, uno comprueba que nuestro Tribunal es muy deferente. Hay una serie de criterios de interpretación que se han mencionado acá (la intervención conforme, la presunción de constitucionalidad, etc.) que demuestran que el Tribunal no solamente es deferente, sino que, incluso, en algunos casos, a lo mejor hasta tímido –y en eso puede que Francisco Zúñiga tenga mucha razón: su rol no pareciera estar muy asumido–.

Respecto de los conflictos entre el Tribunal y el Poder Judicial: el gran problema de muchos de los tribunales constitucionales en los sistemas comparados es que no forman parte del Poder Judicial. Recuerdo que en los años 1990 en España se produjo una situación kafkiana: dado que el Tribunal Constitucional español tiene a su cargo el recurso de amparo (tutela derechos fundamentales), uno de los derechos más invocados es el de la tutela judicial efectiva, lo que llevó a que el Tribunal Supremo, hartado de los fallos en contra de las decisiones del Tribunal Constitucional, acudiera al Rey pidiéndole que ejerciera su función de mediador entre las instituciones para resolver un conflicto que está promovido por la propia estructura de un sistema de control de dos cabezas. Por ello, es probable que si uno decidiera seguir adelante con la idea de un Tribunal Constitucional habría que pensar seriamente en una solución como la alemana: entender que el Tribunal Constitucional forma parte del Poder Judicial, y que por debajo habrá salas especializadas o tribunales supremos especiales por materias.

Por último, una reflexión sobre algo que mencionaron Manuel Núñez y Jorge Correa. El problema de la inaplicabilidad, como está diseñada hoy, es que implica necesariamente un control de interpretación de la norma, porque lo que se controla son los efectos constitucionales que puede tener su aplicación. Todo acto de la aplicación de una norma supone necesariamente la interpretación, de manera tal que estamos en una especie de zapato chino. Desde luego, al tener un órgano que no forma parte del Poder Judicial, me imagino la molestia que debe significar para un juez que un órgano externo le diga cómo tiene que interpretar normas. Creo que parte de la solución podría ser pensar en incorporar al Tribunal Constitucional al Poder Judicial y entenderlo como su cabeza.

L. Sierra: Gracias, profesor Martínez. Luis Cordero.

L. Cordero: Lo primero que quiero decir es que estoy en completo desacuerdo con la afirmación de Francisco Zúñiga sobre la Contraloría, y tengo razones extensas y largas para poder explicarlo. Creo que sus argumentos están equivocados sobre la razón de la reforma de 1943 y lo que explica la existencia de la Contraloría de 1927.

Quiero hacerme cargo del argumento de Sebastián Soto sobre el árbitro institucional, que es un argumento tramposo, porque si uno lo complementa con lo que dice Arturo Fermandois, quien citó el caso Unidad al Análisis Financiero (solo quiero recordar que de esa sentencia se infiere que las cuentas corrientes bancarias dependen de la dignidad de la persona humana), me parece que existe un exceso de una cierta interpretación constitucional del Tribunal.

Además, quiero hacerme cargo de lo que dijeron Francisco Zúñiga y Manuel Núñez: tenemos una duplicación y, en algunos casos, replicamos más de dos veces el control. Uno de los temas más severos es el caso del reglamento: no tiene mucho sentido la competencia del Tribunal Constitucional en materia de decreto supremo del Presidente cuando, a su vez, este está sometido al control obligatorio por parte de Contraloría, que obliga a esta a tomar parte. De hecho, lo que pasó con el “reglamento de consentimiento informado” es que la Contraloría terminó defendiendo al Gobierno ante el Tribunal Constitucional. Lo segundo, solo quiero recordar que en el caso de las contiendas de competencia, la reforma constitucional del 2005 daba las atribuciones de todas las contiendas de competencia al Tribunal Constitucional, y fue el Congreso pleno el que, por una cuestión de, a estas alturas, dignidad superior, dejó algunas en el Senado. Al final, fue el propio Congreso quien las vetó.

Por último, no sé si la solución alemana es la correcta, pero lo que sí sé es que uno de los problemas centrales es que no hay diálogo institucional respecto de la interpretación constitucional. Eso en derecho administrativo lo tenemos perfectamente claro, porque el que ha dado el alcance general y obligatorio a la sentencias del Tribunal Constitucional dentro de la Administración no ha sido el Tribunal, sino que ha sido la jurisprudencia de la Contraloría. Lo que pasa, y los constitucionalistas se olvidan, es que el modelo de precedentes general y obligatorio en el derecho chileno rige hace más de 40 o 50 años con la jurisprudencia de la Contraloría, y eso tiene un efecto normativo muy severo. Si bien cuando la Contraloría interpreta el derecho administrativo doméstico, en cosas pocas seductoras, como remuneraciones, el asunto no es relevante; cuando empieza

a interpretar la regla de derechos fundamentales con efecto general, entonces la categoría normativa cambia bastante. Técnicamente, la jurisprudencia de la Contraloría lo que ha dicho es que las sentencias de la Corte Suprema relativas al Código Civil solo tienen validez para el caso concreto. Y su jurisprudencia es de alcance general y obligatorio. Pedro Pierry, en la sentencia del caso Municipalidad de Zapallar, le dijo a la Contraloría: cuando la Corte Suprema ha resuelto uniformemente un asunto, la jurisprudencia administrativa debe “inclinarse” frente a la jurisprudencia judicial¹³.

L. Sierra: Gracias, Luis Cordero. Rodrigo Correa.

R. Correa: El contexto en el que se formula la pregunta sobre si debe existir un Tribunal Constitucional es el Art. 93 de la Constitución. Este contexto hace que la pregunta sea problemática para quien tenga inclinación a responderla que no, aunque sea parcialmente, porque hay 16 o más facultades, y si uno respondiera no, pareciera que está borrando todo de una plumada. Yo no quisiera que se piense eso y, por tanto, las observaciones que quiero hacer se refieren solo a las potestades de revisión de la ley o de los proyectos de ley. Creo que lo que llama la atención es que se piense que invocar la supremacía constitucional pueda ser una respuesta satisfactoria al problema. O, dicho de otra manera, que quien tiene compromiso con la idea de supremacía constitucional tenga que responder afirmativamente la pregunta de si tiene que haber control jurisdiccional de la legislación. La razón por la que eso es insuficiente es bastante obvia: lo que está en juego no es la supremacía constitucional, sino que interpretaciones en conflicto de la Constitución –como lo acaba de señalar Luis Cordero–.

Evidentemente, los conflictos tienen que ser resueltos, pero hay una cierta trampa retórica. Cuando se pregunta: ¿y cómo van a ser resueltos, votando? Bueno, y qué hace el Tribunal sino es también votar. Ahora, si uno entiende que acá lo que está en juego son interpretaciones de la Constitución en conflicto, me parece que aparece alguna plausibilidad en distinguir entre control preventivo y control represivo. Yo diría que no tiene necesariamente que ver con alguna distinción ontológica del tipo de control, sino que con el hecho de que el control preventivo es un control que parece ser bastante menos deferente hacia los órganos políticos –hacia el legislador– que el control represivo. Esto en parte por las razones que decía Jorge Correa: es básicamente un control de disposiciones sin tener ninguna

¹³ SCS Rol N° 2791-2012, de 3 de julio de 2012.

experiencia en la aplicación de la ley y, por tanto, es una declaración de una mayoría del Tribunal, en el sentido de que lo que decidió la mayoría del Congreso Nacional y el Presidente de la República es inconstitucional. Eso es bastante menos deferente hacia los órganos políticos que sostener dos o tres años después que una regla ha funcionado, que la aplicación de las reglas en el juicio tal y cual ha demostrado que la regla tiene un problema de constitucionalidad –lo cual puede ser mucho más fácilmente aceptable para el sistema político–. En principio, y sin necesidad de preguntarse si ontológicamente son distintos, la situación en que se plantean el control preventivo y el represivo es importante.

Creo que Sebastián Soto tiene un punto interesante, que tiene que ver con la cuestión de la forma. Mi impresión es que si uno debería mantener el control preventivo, debería mantenerlo en los procedimientos legislativos. Ahí sí parece tener sentido y no parece verse afectada la legitimidad democrática, sino solo la legitimación del procedimiento legislativo propiamente tal. El problema, creo yo, es con el control de mérito. No parece descabellado tener un control preventivo puramente formal, procedimental, y dejar todo control de mérito al control represivo. La pregunta entonces es si un Tribunal Constitucional puede aportar o no a la legitimidad o a la racionalidad de la política por medio de un control preventivo, y me parece que la respuesta es que en Chile no lo ha hecho. La sensación de parte de los juristas es que, sobre todo ejerciendo control preventivo, el Tribunal no ha contribuido en lo absoluto a racionalizar o legitimar el proceso político chileno. No es que no pueda hacerlo en abstracto o en algún otro país puede serlo, pero en Chile no ha operado. Eso hace que responder esta pregunta sin preguntarse qué tipo de Tribunal debemos o queremos tener, cómo se van a nombrar las personas, etc., es un poco morderse la cola.

Hay otra cuestión que uno no puede dejar en el aire: nadie puede pretender tener razón o tener la interpretación correcta de la Constitución, ni la mayoría parlamentaria ni la mayoría del Tribunal Constitucional. Hay, sin embargo, algo interesante, y es que la estabilidad de la decisión del Tribunal, debiera ser su virtud. La estabilidad de la decisión legislativa no tiene por qué ser tal, las reglas legislativas siempre pueden ser modificadas por mayoría, y uno puede funcionar a la prueba y el error en el sistema legislativo. Pero un Tribunal Constitucional que no genera estabilidad en sus precedentes, es un tribunal que socava su propia autoridad. Eso es una razón para ser muy cuidadosos en las competencias que le damos al Tribunal.

Respecto de la inaplicabilidad, creo que Rodolfo Figueroa tiene un punto importante: hay alguna dificultad institucional, al parecer, para vincularla con un sistema concentrado. El problema es que el sistema difuso solo tiene sentido donde hay tradición de precedentes, que es algo que nosotros no tenemos y que no creo se pueda imponer por ley. La pregunta entonces es: ¿no debería ser devuelto a la Corte Suprema? Pero haciéndose otra pregunta: ¿no deberíamos cambiar completamente la Corte Suprema? Es decir, convertirla en una genuina Corte de Casación y Tribunal Constitucional. Más encima, en un país que no es federal, ¿qué justifica tener una Corte Suprema como la que tenemos nosotros?

L. Sierra: Gracias, profesor Correa. Antonio Bascuñán, cerramos con usted.

A. Bascuñán: Tengo poco que decir después de la intervención del profesor Rodrigo Correa, que suscribo completamente. Se esclarece que la supremacía constitucional no implica control judicial de esa supremacía y, yo añadiría, se esclarece que un control institucional de esa supremacía no es una obviedad, como lo hizo ver Jorge Correa. No es simplemente una reproducción de decisiones judiciales en otra esfera, sino que es algo inherentemente problemático en un diseño institucional con un modelo de jurisdicción que es el de aplicación de ley.

Hasta donde pude observar en esta mesa, creo que nadie es partidario de prescindir de algún tipo de control institucional de la Constitución. Yo supuse que Jaime Bassa estaría en esa línea y en su intervención vendría un discurso diciendo que no era necesario, que podíamos aspirar a ser como los ingleses antes de su plena incorporación a la Unión Europea; pero ni siquiera él lo ha dicho. Mi impresión es que lo que está en juego es claro: la distinción de si mantener o no el control preventivo.

Quisiera llamar la atención sobre la proyección de lo que tenemos, porque una vez que caigan los mecanismos contramayoritarios, si es que caen, entonces lo que quede, como reacción política contramayoritaria, es el requerimiento. Es decir, su relativa irrelevancia en el tiempo pasado está dada porque las trincheras se diseñan y se afirman con otras instituciones. Una vez que esas instituciones ya no existan, entonces lo que va a pasar es que se va a generar un aumento exponencial del requerimiento. De modo que creo que es una cuestión política de la mayor importancia. Mi impresión es que los argumentos a favor del control preventivo no son los más convincentes de los que se han dado sobre la mesa. Entonces el argumento es si uno no va a tener controles preventivos, salvo para la cuestión procedimental –y quizás respecto de la cuestión procedimental, un derecho al

debido proceso adjetivo, cualificado y bien configurado pudiera compensar la ausencia de control preventivo—.

Creo que la pregunta de fondo es: ¿por qué no una genuina Corte Suprema? Una genuina Corte Suprema no es una corte enteramente judicial o una réplica de la Corte de Apelaciones en tercera instancia. Una genuina Corte Suprema es algo así como un órgano distinto de la administración de justicia ordinaria, en donde la incidencia de la legitimación política está intensificada, pensando en que, en todos los casos en que incida en controversias que maneja la judicatura, esta genuina Corte no tendría poder de decisión del caso, sino solo poder de remandar el caso para su decisión. La pregunta es cómo uno regula en detalle el efecto de la declaración de inaplicabilidad; pero no es una cuestión que necesite resolverse con adjudicación en la cuestión de fondo por parte de esa genuina Corte Suprema. Entonces, y en contra de Jorge Correa, el hecho de que sea la Corte Suprema la que tuviese el control de constitucionalidad, no significa que sea la misma Corte, sino que tendría que ser otra Corte Suprema.

L. Sierra: Muchas gracias, profesor Bascuñán. Gracias, buenas noches y nos vemos el próximo lunes.



Anexo

Régimen político

Las líneas que siguen contienen datos que pueden servir para discutir la cuarta cuestión de reforma constitucional de los “Diálogos constitucionales” en el CEP: régimen político.

Se ordenan según este criterio:

1. Situación constitucional hoy y en textos constitucionales anteriores (CP 1925, CP 1833 y CP 1828).
2. Experiencias comparadas relevantes.
3. Propuestas de cambio: académicas y políticas (estas últimas avanzadas en las campañas de las últimas elecciones y en las últimas elecciones primarias).

Se desarrollan a continuación.

1. Situación constitucional hoy del régimen político y en textos anteriores (CP 1925, CP 1833 y CP 1828).

Un elemento fundamental del régimen político es la forma de gobierno. Buena parte de la historia constitucional chilena exhibe una forma de gobierno presidencialista: Gobierno y Congreso como órganos separados, generados en virtud de elecciones distintas y ministros de Estado que son responsables ante la Presidencia de la República y no ante el Congreso, y, salvo el curioso caso de la muy presidencialista CP 1833, los cargos de parlamentarios son incompatibles con los de ministro de Estado (salvo en caso de guerra exterior)¹.

Esto ha sido así en toda la historia, desde la CP 1828 hasta hoy, con la sola excepción del período 1891-1924. En dicho período se desarrollaron prácticas políticas parecidas a una dimensión del parlamentarismo: la responsabilidad política del gabinete ante el Congreso, pero sin el otro elemento fundamental del parlamentarismo y que es la contracara de aquel: la posibilidad de que el Presidente disuelva el Congreso.

¹ La CP 1833 dispuso en su Art. 90: “No son incompatibles las funciones de Ministros del Despacho con las de Senador o Diputado”.

Es interesante notar aquí un proyecto de reforma constitucional presentado en febrero de 1924 (mediante ley de reforma constitucional 4.004²), con el objetivo de consagrar constitucionalmente el parlamentarismo en Chile. Este proyecto dispuso como atribución de la Cámara de Diputados: “Manifestar si los Ministros merecen o no confianza”. Asimismo, consagró la atribución de la Presidencia de la República para “Disolver por una vez durante los cuatro primeros años de su período, a la Cámara de Diputados. Esta facultad solo podrá ejercerla dentro de los dos primeros años del período de la Cámara de Diputados. En el mismo decreto en que se disuelva la Cámara de Diputados, se convocará a elección para después de los treinta y antes de los sesenta días siguientes. La nueva Cámara durará en sus funciones por todo el tiempo que faltare a la que acaba de disolverse”.

A continuación hay varias comparaciones entre algunas dimensiones del régimen político a lo largo de nuestra historia constitucional. La que inmediatamente sigue se refiere al ejercicio de la potestad legislativa con el objeto de registrar la relación recíproca entre los órganos colegisladores. Establece los siguientes criterios: legislatura ordinaria/extraordinaria, iniciativa de ley y Cámara de origen, iniciativa exclusiva, mecanismo de urgencias, *quórum* para sesionar, *quórum* para acordar, mecanismo de insistencia, y ámbito de competencia de competencia y su relación con la potestad administrativa.

Potestad legislativa y relación entre los colegisladores

Legislatura ordinaria y extraordinaria

CP vigente:

No distingue.

El Congreso Nacional se instalará e iniciará su período de sesiones en la forma que determine su ley orgánica constitucional.

En todo caso, se entenderá siempre convocado de pleno derecho para conocer de la declaración de estados de excepción constitucional.

La ley orgánica constitucional señalada en el inciso primero regulará la tramitación de las acusaciones constitucionales, la calificación de las urgencias conforme lo señalado en el artículo 74 y todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley.

CP 1925:

El Congreso abrirá sus sesiones ordinarias el día 21 de mayo de cada año, y las cerrará el 18 de septiembre.

² <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=24396&cidParte=8926984&cidVersion=1924-02-26>

Al inaugurarse cada legislatura ordinaria, el Presidente de la República dará cuenta al Congreso pleno del estado administrativo y político de la Nación.

El Congreso tendrá sesiones extraordinarias cuando lo convoque el Presidente de la República, y cuando lo convoque el Presidente del Senado a solicitud escrita de la mayoría de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado.

Convocado por el Presidente de la República, no podrá ocuparse en otros negocios legislativos que los señalados en la convocatoria; pero los proyectos de reforma constitucional podrán proponerse, discutirse y votarse aun cuando no figuren en ella.

Convocado por el Presidente del Senado, podrá ocuparse en todos los negocios de su incumbencia.

CP 1833:

El Congreso abrirá sus sesiones ordinarias el día 1 de junio de cada año, y las cerrará el 1 de setiembre.

Convocado extraordinariamente el Congreso, se ocupará en los negocios que hubieren motivado las convocatorias, con exclusión de todo otro.

CP 1828:

El Congreso abrirá sus sesiones ordinarias el día 1 de junio de cada año, y las cerrará el 18 de setiembre. Si algún motivo particular exige prorrogar este término, no pasará nunca de un mes.

Convocado extraordinariamente el Congreso, se ocupará exclusivamente de los negocios que motivaron la convocatoria.

Iniciativa de ley y Cámara de origen

CP vigente:

Origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje o moción de cualquiera de sus miembros. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores. Las leyes sobre tributos de cualquiera naturaleza que sean, sobre los presupuestos de la Administración Pública y sobre reclutamiento, solo pueden tener origen en la Cámara de Diputados. Sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado.

CP 1925:

Las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco

senadores. Las leyes sobre contribuciones de cualquiera naturaleza que sean, sobre los Presupuestos de la Administración Pública y sobre reclutamiento, sólo pueden tener origen en la Cámara de Diputados. Las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales, sólo pueden tener origen en el Senado.

CP 1833:

Las leyes pueden tener principio en el Senado o en la Cámara de Diputados a proposición de uno de sus miembros, o por mensaje que dirija el Presidente de la República. Las leyes sobre contribuciones de cualquiera naturaleza que sean, i sobre reclutamientos, sólo pueden tener principio en la Cámara de Diputados. Las leyes sobre reforma de la Constitución i sobre amnistía sólo pueden tener principio en el Senado.

CP 1828:

Todo proyecto de ley, excepto los relativos a contribuciones e impuestos, puede tener su origen en cualquiera de las dos Cámaras, a proposición de uno de sus miembros, o por proyectos presentados por el Poder Ejecutivo.

Iniciativa exclusiva de ley

CP vigente:

Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63.

Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para:

- 1) Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión;
- 2) Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones;
- 3) Contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los Gobiernos Regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas en favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos;
- 4) Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, monte-

píos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes;

- 5) Establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar; y
- 6) Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.

El Congreso Nacional solo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República.

CP 1925:

Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para proponer suplementos o partidas o ítem de la Ley General de Presupuestos; para alterar la división política o administrativa del país; para suprimir, reducir o condonar impuestos o contribuciones de cualquier clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de los servicios de la administración del Estado, tanto central como descentralizada; para fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; para establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; para conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios, y para condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia. No se aplicará esta disposición al Congreso Nacional y a los servicios que de él dependan. El Congreso Nacional sólo podrá aprobar o rechazar, o disminuir en su caso, la modificación de la división política o administrativa, los servicios o empleos y los beneficios pecuniarios a que se refiere el inciso anterior.

CP 1833:

No hay referencia.

CP 1828:

No hay referencia.

Urgencias

CP vigente:

El Presidente de la República podrá hacer presente la urgencia en el despacho de un proyecto, en uno o en todos sus trámites, y en tal caso la Cámara respectiva deberá pronunciarse dentro del plazo máximo de treinta días. La calificación de la urgencia corresponderá hacerla al Presidente de la República de acuerdo a la ley orgánica constitucional relativa al Congreso, la que establecerá también todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley.

CP 1925:

El Presidente de la República podrá hacer presente la urgencia en el despacho de un proyecto, en uno, o en todos sus trámites, y en tal caso, la Cámara que haya recibido la manifestación de urgencia deberá pronunciarse dentro de treinta días si se trata del primero o segundo trámite, o dentro de quince, si de uno posterior. No obstante, durante la legislatura ordinaria, cualquiera de las Cámaras podrá acordar que el plazo de la urgencia de un proyecto quede suspendido mientras estén pendientes, en la comisión que deba informarlos, dos o más proyectos con urgencia.

CP 1833:

No hay referencia.

CP 1828:

No hay referencia.

Quórum para sesionar

CP vigente:

La Cámara de Diputados y el Senado no podrán entrar en sesión ni adoptar acuerdos sin la concurrencia de la tercera parte de sus miembros en ejercicio.

CP 1925:

La Cámara de Diputados no podrá entrar en sesión, ni adoptar acuerdos, sin la concurrencia de la quinta parte de sus miembros, ni el Senado sin la concurrencia de la cuarta parte de los suyos.

CP 1833:

Art. 54. Ninguna de las Cámaras puede entrar en sesión sin la concurrencia de la mayoría absoluta de los miembros de que debe componerse.

Reforma de 1924:

La Cámara de Diputados no podrá entrar en sesión ni adoptar acuerdos sin la concurrencia de la quinta parte de sus miembros, ni el Senado sin la concurrencia de la cuarta parte de los suyos.

Ley interpretativa:

Se entenderá cumplida la condición que requiere el artículo 45 (54) de la Constitución para que el Senado o la Cámara de Diputados puedan continuar en sesión, siempre que en el recinto dentro del cual la respectiva Cámara funcione se encuentre presente la tercera parte de los miembros del Senado o la cuarta parte de los miembros de la Cámara de Diputados; pero, para entrar en sesión y tomar acuerdos o votaciones, es necesario que esos miembros estén presentes en la sala.

La presente disposición no tendrá efecto cuando las leyes o reglamentos de las Cámaras requieran la permanencia de un número determinado dentro de la sala.

CP 1828:

No hay referencia.

Quórum para acordar

CP vigente:

LS: mayoría presente.

LQC: mayoría en ejercicio.

LOC: 4/7 en ejercicio.

LICP: 3/5 en ejercicio.

CP 1925:

No hay referencia.

CP 1833:

No hay referencia.

CP 1828:

No hay referencia.

Insistencia

CP vigente:

Si el Presidente de la República desaprueba el proyecto, lo devolverá a la Cámara de

su origen con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días.

En ningún caso se admitirán las observaciones que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto, a menos que hubieran sido consideradas en el mensaje respectivo.

Si las dos Cámaras aprobaren las observaciones, el proyecto tendrá fuerza de ley y se devolverá al Presidente para su promulgación.

Si las dos Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al Presidente para su promulgación.

CP 1925:

Si el Presidente de la República desaprueba el proyecto, lo devolverá a la Cámara de su origen, con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días.

En ningún caso se admitirán las observaciones que no digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto.

Si las dos Cámaras aprobaren las observaciones, el proyecto tendrá fuerza de ley y se devolverá al Presidente para su promulgación.

Si las dos Cámaras desecharen toda o algunas de las observaciones e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes, en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al Presidente para su aprobación.

CP 1833:

No había posibilidad de insistencia:

Si el Presidente de la República devolviera el proyecto de ley desechándolo en el todo, se tendrá por no propuesto, ni se podrá proponer en la sesión de aquel año.

Si el Presidente de la República devolviera el proyecto de ley, corrijiéndolo o modificándolo, se reconsiderará en una u otra Cámara, y si por ambas resultare aprobado, según ha sido remitido por el Presidente de la República, tendrá fuerza de ley, y se devolverá para su promulgación.

Si no fueren aprobadas en ambas Cámaras las modificaciones y correcciones, se tendrá como no propuesto, ni se podrá proponer en la sesión de aquel año.

CP 1828:

Si primera la devolución [por parte del PR] se verifica en el término legal, el proyecto será reconsiderado en ambas Cámaras, tendrá fuerza de ley, y se promulgará inmediatamente por el Ejecutivo, si en cada una de las Cámaras se aprueba.

Ámbito de competencia y relación con la potestad administrativa

CP vigente:

“Son materias de ley”

Presidente de la República:

Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

CP 1925:

“Sólo en virtud de una lei se puede”

Presidente de la República:

Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

CP 1833:

“Sólo en virtud de una lei se puede”

CP 1828:

“Son atribuciones exclusivas del Congreso:

1) Hacer y mandar promulgar los códigos, arreglar el orden de los Tribunales y de la administración de justicia.

2) Hacer leyes generales en todo lo relativo a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales enumerados en el capítulo tercero de esta Constitución, y fomento de la ilustración, agricultura, industria y comercio exterior e interior”.

El cuadro que sigue pretende registrar los casos en que las Constituciones exigían al Presidente de la República buscar el acuerdo de otros órganos (típicamente el Senado) para tomar algunas decisiones. Este cuadro deja afuera los estados de excepción constitucional, en que por regla general se ha pedido el acuerdo del Congreso, salvo en la CP 1833, en que se exigía el acuerdo del Consejo de Estado.

Decisiones del Presidente de la República con acuerdo de otro órgano

Decisiones	CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
Jueces	Ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema. El Presidente de la República requiere acuerdo de 2/3 del Senado.	No obstante, el Presidente de la República, a propuesta o con acuerdo de la Corte Suprema, podrá autorizar permutas, u ordenar el traslado de los jueces a otro cargo de igual categoría.		
Congreso			El Presidente de la República puede convocar al Congreso a sesiones extraordinarias con acuerdo del Consejo de Estado.	
Embajadores		El nombramiento de los Embajadores y Ministros Diplomáticos por el Presidente de la República se someterá a la aprobación del Senado; pero estos, y los demás funcionarios señalados en el presente número, son de la confianza exclusiva del Presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella.	El nombramiento de los Ministros Diplomáticos por el Presidente de la República deberá someterse a la aprobación del Senado, o en su receso, al de la Comisión Conservadora.	Proveer los empleos civiles, militares y eclesiásticos conforme a la Constitución y a las leyes, necesitando del acuerdo del Senado, o del de la Comisión Permanente en su receso, para los enviados diplomáticos.

Cuestión IV / Régimen político

Decisiones	CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
Ministerio Público	El Fiscal Nacional será designado por el Presidente de la República con acuerdo de 2/3 del Senado.			
Contraloría General de la República	Contralor designado por el Presidente de la República con acuerdo de 3/5 del Senado.			
Militares		Proveer los demás empleos civiles y militares que determinen las leyes, conforme al estatuto administrativo, y conferir, con acuerdo del Senado, los empleos o grados de coroneles, capitanes de navío y demás oficiales superiores del Ejército y Armada. Mandar personalmente las fuerzas de mar y tierra con acuerdo del Senado. En este caso, el Presidente de la República podrá residir en cualquier lugar ocupado por armas chilenas.		Proveer los empleos civiles, militares y eclesiásticos conforme a la Constitución y a las leyes, necesitando del acuerdo del Senado, o del de la Comisión Permanente en su receso, para los enviados diplomáticos, coroneles y demás oficiales superiores del Ejército permanente.

Diálogos constitucionales

Decisiones	CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
Empleados		Destituir a los empleados de su designación, por ineptitud u otro motivo que haga inútil o perjudicial su servicio, con acuerdo del Senado, si son jefes de oficinas, o empleados superiores, y con informe de la autoridad respectiva, si son empleados subalternos, en conformidad a las leyes orgánicas de cada servicio.	Proveer los demás empleos civiles i militares, procediendo con acuerdo del Senado, i en el receso de éste, con el de la Comisión Conservadora, para conferir los empleos o grados de coroneles, capitanes de navíos i demás oficiales superiores del Ejército i Armada. Destituir a los empleados por ineptitud, u otro motivo que haga inútil o perjudicial su servicio, pero con acuerdo del Senado i en su receso con el de la Comisión Conservadora, si son jefes de oficina o empleados superiores i con informe del respectivo jefe, si son empleados subalternos.	Presidente de la República podía destituir los empleados por ineptitud, omisión o cualquiera otro delito. En los dos primeros casos con acuerdo del Senado, o en su receso con el de la Comisión Permanente, y en el último pasando el expediente a los tribunales de Justicia para que sean juzgados legalmente.
Tribunal Constitucional		Habrà un Tribunal Constitucional, compuesto de cinco ministros que durarán cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos. Tres de ellos serán designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado.		

Cuestión IV / Régimen político

Decisiones	CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
Asambleas Provinciales		Podrán ser disueltas por el Presidente de la República con acuerdo del Senado.		
Indultos			Conceder indultos particulares con acuerdo del Consejo de Estado. Los Ministros, Consejeros de Estado, miembros de la Comisión Conservadora, Jenerales en jefe, e Intendentes de provincia, acusados por la Cámara de Diputados, i juzgados por el Senado, no pueden ser indultados sino por el Congreso.	
Relaciones con la iglesia			Conceder el pase, o retener los decretos conciliares, bulas pontificias, breves i rescriptos con acuerdo del Consejo de Estado; pero, si contuviesen disposiciones jenerales, sólo podrá concederse el pase, o retenerse por medio de una lei;	

El siguiente cuadro busca comparar las relaciones entre Congreso y Gobierno a propósito de la fiscalización permanente de este último por parte del primero. El cuadro que sigue a este, el último, busca hacer la comparación a propósito de una fiscalización excepcional: las acusaciones constitucionales.

Fiscalización del Gobierno: permanente

Fiscalización del Gobierno	CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
	<p>Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede:</p> <p>a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, quien deberá dar respuesta fundada por medio del ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, cualquier diputado, con el voto favorable de 1/3 de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. El Presidente de la República contestará fundadamente por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del mismo plazo señalado en el párrafo anterior.</p> <p>En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los ministros de Estado;</p> <p>b) Citar a un ministro de Estado, a petición de a lo menos 1/3 de los diputados en ejercicio, a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. Con todo, un mismo ministro no podrá ser citado para este efecto más de tres veces dentro de un año calendario, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio.</p>	<p>Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución, la Cámara puede, con el voto de la mayoría de los Diputados presentes, adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitirán por escrito al Presidente de la República.</p> <p>Los acuerdos u observaciones no afectarán la responsabilidad política de los ministros y serán contestados por escrito por el Presidente de la República o verbalmente por el ministro que corresponda.</p> <p>El Senado decide si ha o no ha lugar la admisión de las acusaciones que cualquier individuo particular presente contra los ministros con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por algún acto de estos.</p> <p>Declarar si ha o no lugar la formación de causa en materia criminal contra los Intendentes y Gobernadores.</p>	<p>Los Ministros pueden ser acusados por cualquier individuo particular, por razón de los perjuicios que éste pueda haber sufrido injustamente por algún acto del Ministerio: la queja debe dirigirse al Senado, i éste decide si ha lugar o no, a su admisión.</p>	<p>No hay referencia.</p>

	<p>La asistencia del ministro será obligatoria y deberá responder a las preguntas y consultas que motiven su citación; y</p> <p>c) Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos 2/5 de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno.</p> <p>Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquellas en que este tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten.</p> <p>No obstante, los ministros de Estado no podrán ser citados más de tres veces a una misma comisión investigadora, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.</p> <p>La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas.</p> <p>El Senado puede decidir si ha o no lugar la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún ministro de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por acto de este en el desempeño de su cargo.</p>	<p>Exceptúase el caso en que la acusación se intentare por la Cámara de Diputados.</p>		
--	--	--	--	--

Fiscalización del Gobierno: acusaciones constitucionales

Acusaciones constitucionales	CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
Acusables	<p>Presidente de la República, por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo. Durante este último tiempo no podrá ausentarse de la República sin acuerdo de la Cámara.</p> <p>Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión,</p>	<p>Presidente de la República, por actos de su administración en que haya comprometido gravemente el honor o la seguridad del Estado, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a la expiración de su cargo. Durante este último tiempo, no podrá ausentarse de la República, sin acuerdo de la Cámara.</p> <p>Ministros de Estado, por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, soborno, infracción de la Constitución, atropellamiento de las leyes, por haberlas dejado sin ejecución y por haber comprometido</p>	<p>Ministros del Despacho, i a los Consejeros de Estado en la forma, i por los crímenes señalados en los artículos 92, 93, 94, 95, 96, 97 i 107.</p> <p>Jenerales de Ejército o Armada por haber comprometido gravemente la seguridad i el honor de la Nación; i en la misma forma que a los Ministros del Despacho i Consejeros de Estado.</p> <p>Miembros de la Comisión Conservadora, por grave omisión en el cumplimiento del deber que le impone la parte segunda del artículo 58.</p> <p>Intendentes de las provincias por los crímenes de traición, sedición, infracción de la Constitución, malversación de los fondos públicos i concusión.</p> <p>Majistrados de los tribunales</p>	<p>Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros, miembros de ambas Cámaras y de la Corte Suprema de justicia, por delitos de traición, malversación de fondos públicos, infracción de la Constitución, y violación de los derechos individuales; declarar si hay lugar a la formación de causa, y en caso de haberlo, formalizar la acusación ante el Senado.</p> <p>Senado: Abrir juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, y pronunciar sentencia con la concurrencia, a lo menos, de las dos terceras partes de votos.</p>

Cuestión IV / Régimen político

	<p>malversación de fondos públicos y soborno;</p> <p>Magistrados de los tribunales superiores de justicia y del Contralor General de la República, por notable abandono de sus deberes.</p> <p>Generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación.</p> <p>Intendentes, gobernadores y de la autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales a que se refiere el artículo 126 bis, por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión.</p>	<p>gravemente la seguridad o el honor de la Nación.</p> <p>Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia y del Contralor General de la República, por notable abandono de sus deberes.</p> <p>Generales o almirantes de las Fuerzas Armadas por haber comprometido gravemente la seguridad o el honor de la Nación.</p> <p>Intendentes y gobernadores, por los delitos de traición, sedición, infracción de la Constitución, malversación de fondos públicos o concusión.</p>	<p>superiores de justicia por notable abandono de sus deberes.</p> <p>El Presidente de la República puede ser acusado sólo en el año inmediato después de concluido el término de su Presidencia, por todos los actos de su administración, en que haya comprometido gravemente el honor o la seguridad del Estado, o infringido abiertamente la Constitución.</p> <p>Senado.</p> <p>Juzgar a los funcionarios que acusare la Cámara de Diputados con arreglo a lo prevenido en los artículos 38 i 98.</p>	
Acusadores	No menos de diez ni más de veinte de los miembros de la Cámara de Diputados.	A lo menos diez miembros de la Cámara de Diputados.	Cámara de Diputados.	Conocer a petición de parte, o proposición de alguno de los miembros de la Cámara de Diputados.

Acusaciones constitucionales	CP vigente	CP 1925	CP 1833	CP 1828
Procedimiento	<p>La acusación se tramitará en conformidad a la ley orgánica constitucional relativa al Congreso. Para declarar que ha lugar la acusación en contra del Presidente de la República se necesitará el voto de la mayoría de los diputados en ejercicio. En los demás casos se requerirá el de la mayoría de los diputados presentes y el acusado quedará suspendido en sus funciones desde el momento en que la Cámara declare que ha lugar la acusación. La suspensión cesará si el Senado desestimare la acusación o si no se pronunciare dentro de los treinta días siguientes. El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa.</p>	<p>La Cámara declarará dentro del término de diez días si ha o no lugar la acusación, previa audiencia del inculcado e informe de una Comisión de cinco Diputados elegidos a la suerte con exclusión de los acusadores. Este informe deberá ser evacuado en el término de seis días, pasados los cuales la Cámara procederá sin él. Si resultare la afirmativa, nombrará tres diputados que la formalicen y prosigan ante el Senado. Si el inculcado no asistiere a la sesión a que se le cite, o no enviare defensa escrita, podrá la Cámara renovar la citación o proceder sin su defensa. Para declarar que ha lugar la acusación en el caso del Presidente de la República, se necesitará el voto de la mayoría de los diputados en ejercicio.</p>	<p>En el caso de la acusación contra los jenerales, intendentes y magistrados, la Cámara de Diputados declara primeramente si ha lugar o no a admitir la proposición de acusación, i después, con intervalo de seis días, si ha lugar a la acusación, oyendo previamente el informe de una comisión de cinco individuos de su seno elejida a la suerte. Si resultare la afirmativa, nombrará dos Diputados que la formalicen i prosigan ante el Senado. En el caso de Presidente de la República y ministros, la Cámara de Diputados, antes de acordar la acusación, debe declarar si ha lugar a examinar la proposición de acusación que se haya hecho. Esta declaración no puede votarse sino después de haber oído el</p>	No hay referencia.

	<p>La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los 2/3 de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República, y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos.</p> <p>Por la declaración de culpabilidad queda el acusado destituido de su cargo, y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, por el término de cinco años.</p> <p>El funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares.</p>	<p>En los demás casos, el acusado quedará suspendido de sus funciones desde el momento en que la Cámara declare que ha lugar la acusación. La suspensión cesará si el Senado desestimare la acusación o si no se pronunciare dentro de los treinta días siguientes.</p> <p>Senado: La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por las 2/3 partes de los Senadores en ejercicio, cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República y por la mayoría de los Senadores en ejercicio, en los demás casos.</p>	<p>dictamen de una comisión de la misma Cámara, compuesta de nueve individuos elejidos por sorteo. La comisión no puede presentar su informe, sino después de ocho días de su nombramiento. Si la Cámara declara que ha lugar a examinar la proposición de acusación, puede llamar al Ministro a su seno para pedirle explicaciones; pero esta comparecencia sólo tendrá lugar ocho días después de haberse admitido a examen la proposición de acusación. Declarándose haber lugar a admitir a examen la proposición de acusación, la Cámara oirá nuevamente el dictamen de una comisión de once individuos elejidos por sorteo, sobre si debe o no, hacerse la acusación. Esta comisión no podrá informar sino pasados ocho días de su nombramiento. Ocho días después de oído</p>	
--	--	--	--	--

			<p>el informe de esta comisión, resolverá la Cámara si há o no, lugar a la acusación del Ministro; i si resulta la afirmativa, nombrará tres individuos de su seno para perseguir la acusación ante el Senado. El Senado juzgará al Ministro acusado ejerciendo un poder discrecional, ya sea para caracterizar el delito, i para dictar la pena. De la sentencia que pronunciare el Senado no habrá apelación ni recurso alguno.</p>	
--	--	--	---	--

2. Experiencias comparadas relevantes

A continuación se presentan experiencias constitucionales a nivel comparado respecto de régimen político. La presentación se estructura basándose en cuatro temas: forma de gobierno (2.1.), equilibrio entre poderes (2.2.), potestad legislativa (2.3.) y nombramiento de altas autoridades (2.4.), para los cuales se resumen las experiencias de Perú, Colombia, Alemania y Francia.

2.1. Forma de gobierno

Perú: Presidencialismo atenuado

Presidente de la República: elegido por sufragio directo por período de 5 años, sin reelección inmediata (Art. 110-112).

En conjunto con el Presidente, y de la misma forma, se eligen 2 Vicepresidentes, quie-

nes sí pueden ser simultáneamente candidatos al Congreso. El Primer Vicepresidente asume en caso de impedimento temporal o permanente del Presidente y, a falta del Primer Vicepresidente, asume el Segundo Vicepresidente (Art. 111 y 115).

El Consejo de Ministros está conformado por los ministros reunidos y el Presidente de la República lo preside cuando lo convoca o asiste. El Consejo tiene su presidente, que es nombrado y removido por el Presidente de la República, y puede ser un ministro sin cartera. Los ministros son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta y con acuerdo del Presidente del Consejo (Art. 121-123).

El Presidente del Consejo es, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del Gobierno, y le corresponde coordinar las funciones de los demás ministros y refrendar los decretos legislativos, decretos de urgencia y demás decretos y resoluciones (Art. 123).

El Consejo de Ministros debe aprobar los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso, aprobar los decretos legislativos, los decretos de urgencia, proyectos de ley y decretos y resoluciones, deliberar sobre asuntos de interés público, y demás atribuciones que le otorgan la Constitución y la ley (Art. 125). También tiene atribuciones respecto de los decretos de estados de excepción (Art. 137), nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios y otorgar condecoraciones (Art. 118).

El Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar de los debates. El Presidente del Consejo o uno, por los menos, de los ministros concurre periódicamente a las sesiones plenarias del Congreso para la estación de preguntas (Art. 129). El Consejo de Ministros o cada Ministro puede ser interpelado por el Congreso (Art. 131).

El Presidente de la República puede disolver el Congreso en ciertos casos (Art. 134).

Colombia: Presidencialismo

Presidente de la República: Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa (Art. 115). Se elige por sufragio universal directo por período de 4 años.

Vicepresidente: elegido por votación popular al mismo tiempo que el Presidente. Ejerce el mismo período que el Presidente y lo reemplaza en sus faltas temporales o absolutas. El Presidente puede confiarle misiones o encargos especiales y designarlo en cualquier cargo de la rama ejecutiva. No puede asumir como Ministro Delegatario. No puede ser elegido Presidente para el período inmediatamente siguiente (Arts. 202 y 204).

Ministros: el número, denominación y orden de precedencia lo determina la ley (Art. 206).

Alemania: Parlamentarismo

Presidente Federal: Elegido por la Asamblea Federal, y no podrá pertenecer ni al Gobierno ni a un órgano legislativo de la Federación o de un Land (Arts. 54-55). Las ordenanzas o disposiciones del Presidente Federal necesitan, para su validez, ser refrendadas por el Canciller Federal o el Ministro Federal competente (Art. 58). El Presidente

representa a la Federación en el plano internacional, recibe a los representantes diplomáticos, nombra y releva a los jueces y funcionarios federales, y ejerce el derecho de gracia en casos particulares (Art. 60).

Gobierno Federal: Compuesto por el Canciller Federal y los ministros. El Canciller es elegido por el Bundestag, a propuesta del Presidente Federal, siendo elegido la persona que obtenga los votos de la mayoría de los miembros del Bundestag. Los ministros son nombrados por el Presidente a propuesta del Canciller. El Canciller dura en su cargo hasta que se reúna un nuevo Bundestag, y los ministros finalizan en su cargo junto con la terminación del mandato del Canciller. El Canciller fija las directrices de la política y cada ministro dirige por sí, y bajo su responsabilidad, los asuntos de su cartera (Arts. 62-69).

Francia: Semipresidencialismo

Presidente: Elegido por sufragio universal directo. Nombra al Primer Ministro. Preside el Consejo de Ministros, firma las ordenanzas y decretos de dicho Consejo, nombra cargos civiles y militares del Estado, acredita a embajadores y diplomáticos, es el jefe de las FF.AA., tiene prerrogativa de indulto individual, puede tomar medidas en caso de amenaza grave o inmediata a la Nación. Puede, previa consulta con el Primer Ministro y con los Presidentes de las Cámaras, acordar la disolución de la Asamblea Nacional (Arts. 5-19).

Gobierno: El Gobierno administra y dirige la política de la Nación, dispone de la administración y de la fuerza armada, es responsable ante el Parlamento. Primer Ministro es responsable de la defensa nacional, ejerce la potestad reglamentaria y nombra cargos civiles y militares. Excepcionalmente puede suplir al Presidente en la presidencia de un Consejo de Ministros. Son incompatibles las funciones de miembro del Gobierno con el ejercicio de todo mandato parlamentario, función de representación de carácter nacional y de todo empleo público o actividad profesional (Arts. 20-23). El Primer Ministro no siempre es miembro de la Asamblea Nacional.

2.2. Equilibrio entre poderes

Perú

a. Interpelación

Es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros o de cualquiera de los Ministros cuando el Congreso los llama para interpelarlos. Requiere, para ser admitida, de 1/3 del número de representantes hábiles. (Art. 131).

b. Cuestión de Confianza/Voto de Censura

El Presidente del Consejo debe concurrir al Congreso, en compañía de los ministros, dentro de los 30 días siguientes de asumir para exponer y debatir la política general del Gobierno y plantear la cuestión de confianza (Art. 130).

El Congreso hace efectiva la responsabilidad política respecto del Consejo de Ministros o de cada ministro por separado por medio del voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza, que se puede plantear solo por iniciativa ministerial. El Consejo de Ministros/Ministro censurado debe renunciar. El Presidente del Consejo puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo y, si es rechazada, o es censurado, o renuncia o es removido, se produce la crisis total del gabinete (Arts. 132-133).

El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si este ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros, salvo en el último año del mandato del Congreso o en caso de Estado de Sitio. Disuelto el Congreso, se mantiene en funcionamiento la Comisión Permanente. Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario, en que se legisla mediante decretos de urgencia (Arts. 134-135).

c. Acusación Constitucional

Pueden ser acusados: el Presidente, los parlamentarios, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos, Defensor del Pueblo, Contralor General.

Acusa la Comisión Permanente ante el Congreso Pleno.

Causales: infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta 5 años después de que hayan cesado en éstas. El Presidente solo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por disolver el Congreso (salvo excepciones) y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral (Art. 117).

Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por 10 años o destituirlo. En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación denuncia ante la Corte Suprema en un plazo de 5 días (Art. 100).

Colombia

a. Obligaciones y atribuciones del Gobierno respecto al Congreso

Concurrir a la formación de las leyes, convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, presentar el plan nacional de desarrollo, enviar el proyecto de ley de presupuesto, rendir los informes que las Cámaras soliciten, prestar eficaz apoyo a las Cámaras cuando lo soliciten, incluso disponiendo la fuerza pública (Art. 200).

b. Moción de Censura

Cada Cámara puede citar y requerir a los ministros, superintendentes y directores de departamento. En caso que ellos no concurran ni se excusen, la Cámara podrá pro-

poner moción de censura. Cada Cámara puede proponer moción de censura respecto de ministros, superintendentes y directores de departamento por asuntos relacionados con funciones propias del cargo o por desatención a los requerimientos y citaciones del Congreso. Su aprobación requiere de la mitad más uno de los integrantes de la Cámara que la propuso. La renuncia del funcionario no obsta a que sea aprobada la moción. Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo (Art. 135).

c. Acusación Constitucional

Pueden ser acusados el Presidente, los magistrados de la Corte Suprema, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General, aunque hubieren cesado en el cargo.

Acusa la Cámara y conoce el Senado. El acusado queda de hecho suspendido de su empleo cuando la acusación sea admitida. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o a indignidad por mala conducta, además de las sanciones del Senado de destitución del empleo o privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema. La votación del Senado requiere de 2/3 de los votos de los senadores presentes (Arts. 174-175).

Alemania

a. Fiscalización del Poder Legislativo

El Bundestag y sus comisiones podrán exigir la presencia de cualquier miembro del Gobierno Federal.

El Bundestag tiene el derecho/deber de nombrar una comisión de investigación sobre un asunto determinado, encargada de reunir las pruebas necesarias en sesiones públicas, aplicando por analogía las reglas del procedimiento penal, y los tribunales y autoridades están obligadas a prestar ayuda (Art. 44).

b. Moción de Censura/Cuestión de Confianza

Moción de censura: El Bundestag solo puede plantearla frente al Canciller Federal si elige por mayoría de sus miembros a un sucesor y solicita al Presidente el relevo del Canciller (Art. 67).

Cuestión de confianza: Si es solicitada por el Canciller y no es aprobada la cuestión de confianza por la mayoría de los miembros del Bundestag, el Presidente, a propuesta del Canciller, podrá disolver el Bundestag (Art. 68).

c. Acusación Presidente Federal

Puede ser acusado por el Bundestag o Bundesrat ante la Corte Constitucional Federal por violación dolosa de la Ley Fundamental o de otra ley federal. La resolución para formular la acusación requiere de 2/3 de los miembros de la Cámara correspondiente. Si la Corte comprueba que el Presidente es culpable, podrá separarlo del cargo.

Francia

a. Fiscalización

Una semana de sesión del Congreso, sobre cuatro, estará reservada prioritariamente al control de la acción del Gobierno y a la evaluación de las políticas públicas. Al menos una sesión por semana estará reservada prioritariamente a las preguntas de los parlamentarios y las respuestas del Gobierno (Art. 48). Se pueden crear comisiones de investigación dentro de cada Cámara (Art. 51-2).

b. Moción de Censura

El Primer Ministro, previa deliberación del Consejo de Ministros, planteará ante la Asamblea Nacional la responsabilidad del Gobierno sobre su programa o una declaración de política general. La moción de censura solo puede ser aprobada por la mayoría de los miembros que componen la Asamblea. El Primer Ministro podrá, previa deliberación del Consejo de Ministros, plantear la responsabilidad del Gobierno ante la Asamblea Nacional sobre la votación de un proyecto de ley de presupuesto o de financiación de la seguridad social. El Primer Ministro estará facultado para pedir al Senado la aprobación de una declaración de política general (Art. 49). Cuando la Asamblea apruebe una moción de censura o desapruere el programa o una declaración de política general del Gobierno, el Primer Ministro deberá presentar la dimisión del Gobierno al Presidente (Art. 50).

c. Alto Tribunal de Justicia: destitución del Presidente

El Presidente de la República podrá ser destituido en caso de incumplimiento de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato. La destitución será acordada por el Parlamento constituido en Alto Tribunal de Justicia, presidido por el Presidente de la Asamblea. La decisión requiere de 2/3 de los miembros (Art. 68).

d. Responsabilidad penal de los miembros del Gobierno

Los miembros del Gobierno son responsables penalmente de los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones y serán juzgados por el Tribunal de Justicia de la República, compuesto por 15 jueces (12 parlamentarios de la Asamblea Nacional y del Senado y 3 magistrados del Tribunal de Casación) (Arts. 68-2).

2.3. Potestad Legislativa

Perú

Ley de Presupuesto/Gasto: Enviada por el Presidente al Congreso el 30 de agosto de cada año, en conjunto con la ley de endeudamiento y de equilibrio financiero (Art. 78). Los parlamentarios no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto (Art. 79). El ministro de Economía y Finanzas sus-
tenta ante el pleno del Congreso el pliego de ingresos, y cada ministro los pliegos de su sector; el Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación, el Defensor Nacional

y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan ante el Congreso los pliegos de sus instituciones. Si no se aprueba la ley en el plazo, entra en vigencia el proyecto del Poder Ejecutivo (Art. 80).

Función Legislativa/Urgencias: Tienen preferencia en el Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia (Art. 105).

Potestad Reglamentaria: El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos sobre materias específicas y por un plazo determinado; no pudiendo delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente, y el Presidente debe dar cuenta al Congreso o Comisión Permanente de cada decreto legislativo (Art. 104).

Quórum: Leyes orgánicas (regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la CP y otras según determine la CP) necesitan de más de la mitad del número legal de los miembros del Congreso (Art. 106).

Iniciativa legislativa: Tienen iniciativa el Presidente y los Congresistas. En las materias que son propias de sus instituciones, tienen iniciativa los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. También la tienen los ciudadanos conforme a los requisitos legales (Art. 107).

Colombia

Ley de Presupuesto/Gasto: Formulado por el Gobierno anualmente, se presenta al Congreso dentro de los 10 primeros días de cada legislatura y deberá estar dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo. Si el Congreso no lo aprueba, rige el presentado por el Gobierno y si el Gobierno no lo presenta, rige el del año anterior, pero el Gobierno podrá reducir gastos. El Congreso no puede aumentar los cómputos de las rentas, de los recursos del crédito y del balance del tesoro, salvo con el concepto previo y favorable suscrito por el ministro del ramo. El Congreso no podrá aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuestas por el Gobierno, ni incluir una nueva, salvo con la aceptación escrita del ministro respectivo. El Congreso puede eliminar o reducir partidas de gastos propuestas, salvo las de la deuda pública, obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración y las inversiones autorizadas (Arts. 346-351).

Función Legislativa/Urgencias: Los proyectos de ley relativos a tributos deben iniciarse en la Cámara y los que se refieren a relaciones internacionales, en el Senado (Art. 154). Todo proyecto debe referirse a una misma materia (Art. 158). El Presidente podrá solicitar trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley (30 días plazo) y puede insistir en la urgencia, dándole orden de prelación en el orden del día, excluyendo la consideración de cualquier otro asunto) (Art. 163). El Congreso dará prioridad a los proyectos de ley aprobatorios de los tratados de DD.HH. (Art. 164).

Potestad Reglamentaria: Dentro de las atribuciones del Presidente está ejercer la potestad reglamentaria, mediante expedición de decretos, resoluciones y órdenes (Art. 189).

Quórum: Es regla general que en el Congreso pleno, en las Cámaras y en las comisiones las decisiones se adoptan por mayoría de los asistentes, salvo en casos en que la ley exija una mayoría especial (Art. 146). Las leyes orgánicas para regular el ejercicio de la actividad legislativa (reglamentos del Congreso y de cada Cámara, normas de preparación, aprobación y ejecución del presupuesto, asignación de competencias normativas a las entidades territoriales) exigen mayoría absoluta de los votos de los miembros de ambas Cámaras (Art. 151). Las leyes estatutarias, que regulan derechos y deberes fundamentales, administración de justicia, organización de partidos políticos, instituciones de participación ciudadana, igualdad electoral, exigen la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deben aprobarse en una sola magistratura (Arts. 152-153).

Iniciativa Legislativa: Tienen iniciativa el Presidente y los Congresistas. En las materias que son propias de sus instituciones, tienen iniciativa la Corte Constitucional, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General y el Contralor General (Art. 156). Existe iniciativa popular de ley para proyectos de ley o reforma constitucional, con requisitos para su presentación (Art. 155).

Iniciativa exclusiva: Solo pueden ser reformadas o dictadas por iniciativa del Gobierno las leyes que se refieren al plan nacional de desarrollo, la Administración nacional, autorización al Gobierno para celebrar contratos, rentas nacionales, Banco Central, crédito público, comercio exterior, régimen cambiario y régimen salarial de empleados públicos; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de ellas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales (Art. 154).

Alemania

Ley de Presupuesto/Gasto: La Federación y los Länder son autónomos y recíprocamente independientes en su gestión presupuestaria. Los presupuestos de la Federación y de los Länder deben ser equilibrados. Para evitar situaciones de crisis presupuestaria, una ley federal regula la supervisión continua de la economía presupuestaria a través del Consejo de Estabilidad, los supuestos de una situación amenazante de crisis y los principios para la creación de programas de saneamiento. El presupuesto federal deberá ser equilibrado en sus ingresos y gastos, se fija por ley para uno o varios ejercicios económicos, separado por años, pudiendo preverse para partes que rijan por períodos diferentes, divididos en ejercicios económicos. Se presenta el proyecto del presupuesto al Bundestag y se envía al mismo tiempo al Bundesrat (Art. 109-110).

Función Legislativa/Urgencias: Los proyectos de ley del Gobierno deberán ser enviados primeramente al Bundesrat, y luego de recibir el acuerdo, dentro de ciertos plazos, pasa al Bundestag. Las leyes federales serán aprobadas por el Bundestag y después de su adopción se transmiten al Bundesrat. La ley federal establece plazos más cortos de tramitación en ambas Cámaras cuando, a título excepcional, se hubiere calificado de particularmente urgente un proyecto de ley (Arts. 76-77).

Potestad Reglamentaria: El Gobierno Federal, un ministro federal o los gobiernos

de los Länder podrán ser habilitados mediante ley para otorgar decretos; en la ley debe determinarse el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada, y en los decretos se mencionará la base legal. Cuando la ley prevea que una habilitación pueda ser delegada, la delegación debe efectuarse por decreto. Salvo excepciones legales, el Bundesrat debe aprobar los decretos del Gobierno Federal o de un ministro federal respecto de principios y tasas de instalaciones del correo y telecomunicaciones, la construcción y explotación de ferrocarriles, y decretos basados en leyes federales que requieran la aprobación del Bundesrat o que sean ejecutados por los Länder. El Bundesrat puede enviar al Gobierno proyectos para otorgamientos de decretos que requieren de su aprobación (Art. 80).

Quórum: Las resoluciones del Bundestag requieren la mayoría de los votos emitidos, salvo que la Ley Fundamental disponga otra cosa (Art. 76).

Iniciativa legislativa: Proyectos de ley pueden ser presentados al Bundestag por el Gobierno Federal, los miembros del Bundestag o del Bundesrat (Art. 76).

Francia

Ley de Presupuesto/Gasto: El proyecto de ley de presupuesto debe someterse primero a la Asamblea Nacional (Art. 39). Se tramita conforme a las reglas de las leyes orgánicas; si no se aprueba dentro del plazo rige el proyecto presentado por el Gobierno (Art. 47). No son admisibles los proyectos formulados por parlamentarios cuando su aprobación tenga como consecuencia una disminución de los ingresos públicos o la creación/aumento del gasto público (Art. 40).

Función Legislativa/Urgencias: Los proyectos de ley serán deliberados en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado y presentados ante la mesa de una de las dos Cámaras. Los proyectos sobre organización de entidades territoriales se presentan primero al Senado (Art. 39). El orden del día lo fija cada Cámara, pero dos semanas de sesión de cada cuatro estarán reservadas prioritariamente y en el orden fijado por el Gobierno al examen cuya inscripción haya pedido. Además, el examen de los proyectos de ley de presupuestos, de financiación de seguridad social, los de estados de crisis y otras excepciones, serán, a petición del Gobierno, inscritos en el orden del día prioritariamente (Art. 48).

Potestad Reglamentaria: Se establecen las materias que deben ser reguladas por ley, incluyendo derechos, nacionalidad, tipificación de delitos, impuestos, régimen electoral, creación de entes públicos, etc. (Art. 34). Tienen carácter de reglamentario todas las materias distintas a las pertenecientes al ámbito de la ley (Art. 37). La ley y el reglamento pueden contener disposiciones de carácter experimental para una duración y fin determinados (Art. 37-1). El Gobierno, con autorización del Parlamento, podrá aprobar por ordenanza (aprobadas en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado), durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley (Art. 38).

Quórum: Mayoría absoluta de sus miembros para leyes orgánicas (Art. 46).

Iniciativa Legislativa: Pertenece conjuntamente al Primer Ministro y a los miembros del Parlamento (Art. 39).

2.4. Nombramiento de altas autoridades

Perú

Consejo Nacional de la Magistratura. Compuesto por 7 miembros: 1 elegido por la Corte Suprema, 1 elegido por la Junta de Fiscales Supremos, 1 elegido por los miembros de los Colegios de Abogados, 2 elegidos por los miembros de los demás colegios profesionales, 1 elegido por los rectores de las universidades nacionales y 1 elegido por los rectores de las universidades particulares. El número se puede ampliar a 9, con dos miembros adicionales elegidos por el mismo Consejo entre listas propuestas por instituciones representativas del sector laboral y empresarial. Los miembros se eligen por 5 años, y en conjunto con suplentes respectivos (Art. 155).

Contralor General de la República: Nombrado por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo y solo puede ser removido por el Congreso por falta grave (Art. 81 y 82).

Fiscal Nacional: Elegido por la Junta de Fiscales Supremos.

Pleno del Jurado Nacional de Elecciones: Compuesto por 5 miembros: 1 elegido por la Corte Suprema, 1 elegido por la Junta de Fiscales Supremos, 1 elegido por el Colegio de Abogados de Lima, 1 elegido por las Facultades de Derecho de las universidades públicas y 1 elegido por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas (Arts. 176-184).

Colombia

Magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado. Nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura (Art. 231).

Magistrados de la Corte Constitucional: Elegidos por el Senado para períodos individuales de 8 años, de sendas ternas que le presente el Presidente, la Corte Suprema y el Consejo de Estado (Art. 239).

Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura: Se compone de 2 salas: la Sala Administrativa (6 magistrados: 2 nombrados por la Corte Suprema, 1 por la Corte Constitucional y 3 por el Consejo de Estado) y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria (7 magistrados: elegidos por el Congreso de ternas enviadas por el Gobierno).

Fiscal General de la Nación: Elegido por un período de 4 años por la Corte Suprema a partir de una terna enviada por el Presidente de la República (Art. 249).

Procurador General (Ministerio Público): Elegido por el Senado, de una terna integrada por candidatos del Presidente, la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

Contralor General de la República: Elegido por el Congreso pleno para un período

igual al del Presidente, de una terna integrada por candidatos presentados por la Corte Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de Estado (Art. 267).

Consejo Nacional Electoral: Se compone de 9 miembros elegidos por el Congreso Pleno por períodos de 4 años, mediante sistema de cifra repartidora, de candidatos postulados por los partidos o movimientos políticos con personalidad jurídica (Art. 264).

Alemania

Corte Constitucional Federal: Se compone de magistrados federales y de otros miembros. Son elegidos por mitades por el Bundestag y el Bundesrat y no pueden pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Land (Art. 94).

Tribunales Supremos de la Federación (Corte Federal de Justicia, Corte Federal Contencioso-Administrativo, Corte Federal de Hacienda, Corte Federal de Trabajo, Corte Federal Social): Magistrados nombrados por el ministro federal competente para el respectivo ámbito, conjuntamente con una Comisión para la elección de jueces, compuesta por miembros de los Länder y miembros elegidos por el Bundestag (Art. 95).

Francia

Consejo Constitucional: Compuesto por 9 miembros: 3 nombrados por el Presidente de la República, 3 por el Presidente de la Asamblea Nacional y 3 por el Presidente del Senado. Además, los ex-Presidentes de la República son miembros vitalicios de pleno derecho. El Presidente del Consejo lo nombra el Presidente de la República (Art. 56).

Consejo Superior de la Magistratura: Sala de Magistrados presidida por el Primer Presidente del Tribunal de Casación y compuesta además por 5 magistrados y 1 fiscal, 1 consejero de Estado designado por el Consejo de Estado, 1 abogado, 6 personalidades calificadas (el Presidente, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado designan cada uno elige a 2). Sala de Fiscales presidida por el Fiscal General del Tribunal de Casación y compuesta además por 5 fiscales y 1 magistrado, y el consejero de Estado, el abogado y las 6 personalidades de la Sala de Magistrados (Art. 65).

Jueces de Tribunales Superiores: La Sala de Magistrados del Consejo Superior de la Magistratura formulará propuestas para los nombramientos de los magistrados del Tribunal de Casación, los del primer presidente del Tribunal de Apelación y los del Presidente del Tribunal de Gran Instancia (Art. 65).

3. Algunas propuestas de reforma

A continuación se presentan algunas propuestas de reforma en torno al régimen político. Se dividen en tres grupos: propuestas académicas, formuladas en contribuciones recientes por profesores de derecho constitucional (3.1.); propuestas políticas, contenidas en los programas de gobierno y otros documentos, de los principales candidatos en elec-

ciones presidenciales y primarias del proceso electoral chileno de 2013 (3.2.); y otras propuestas, de centros de estudios, legislativas y de grupos de trabajo (3.3.). Las propuestas que siguen no pretenden ser comprensivas de la amplia variedad de opiniones en torno al contenido de la Constitución. Estas propuestas se subdividirán cuando corresponda, señalando subtópicos de interés dentro del tema: régimen político.

3.1. Propuestas Académicas

3.1.1. *Facultades del Congreso Nacional*

Propuesta de José Antonio Viera-Gallo

Revisar la iniciativa exclusiva del Presidente en materia legislativa, en especial en lo referente a negociación colectiva y seguridad social.

Reducir el quórum de insistencia parlamentaria en caso de veto presidencial.

Establecer la iniciativa popular de ley y de referéndum derogatorio de ley.

Eliminar el fuero parlamentario.

Extender la acusación constitucional a subsecretarios y jefes de servicios, incluidas las Superintendencias.

Exigir la aprobación del Congreso para que el Presidente pueda denunciar un tratado.

Revisar la enumeración de las materias de ley que contiene la Constitución y definir mejor los contornos de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente. En teoría la potestad reglamentaria autónoma es demasiado amplia y la enumeración de las materias de ley excesivamente taxativa (Viera-Gallo 2014, p. 95).

Propuesta de Francisco Zúñiga U.

El control político de constitucionalidad [acusación constitucional] es un complemento indispensable y necesario del control jurisdiccional de constitucionalidad, especialmente relevante cuando un acto estatal tan relevante como el reglamento parlamentario está excluido del control jurisdiccional o bien con motivo de la acusación en juicio político a través de la “cuestión previa”, la que opera como un reducto débil, pero reducto a fin de cuentas (Zúñiga 2011b, p. 127).

3.1.2. *Sistema Electoral*

Propuesta de Víctor Manuel Avilés H.

Creemos necesario estudiar en conjunto el sistema electoral proporcional (asumiéndolo como un dato) y ciertas modificaciones al sistema de gobierno de manera de: i) proteger la autoridad presidencial (base de la institucionalidad); ii) permitir la colaboración entre el Congreso y el Ejecutivo, y iii) contar con un sistema de solución

institucional de conflictos, con posibilidades de recurrir a la ciudadanía (Avilés 2014, p. 104).

Propuesta de Mario Fernández B.

Es dable entender que constitucionalmente los diputados y senadores se elegirán mediante un sistema que garantice la representación proporcional. Se trataría de un mandato constitucional, cuya verificación debiera dejarse remitida a la ley y, en esta, al Servicio Electoral junto con una entidad jurisdiccional de control como el Tribunal Calificador de Elecciones o el Tribunal Constitucional (Fernández 2011, p. 30).

Propuesta de Edgardo Boeninger

Para conciliar gobernabilidad y proporcionalidad en el régimen presidencial se puede recurrir a distritos con pocos escaños, digamos tres, cuatro o cinco, y a un umbral mínimo de adhesión nacional (convencionalmente se apuesta por un 5 por ciento para acceder al Parlamento). Mi opinión [...] es que en Chile debe privilegiarse la gobernabilidad. Para la inmensa mayoría de las democracias en países en desarrollo el tema de la gobernabilidad es una condición absolutamente necesaria para continuar con un crecimiento sostenido. Un país rico puede darse el lujo de que esa variable disminuya seriamente porque ya ha alcanzado el objetivo material fundamental, que es un nivel de vida muy alto (Boeninger 2009, p. 170).

Propuesta de Ena von Baer

En cuanto a los objetivos planteados por parte del legislador al implementar este sistema electoral, se puede concluir que el binominal cumple con el modelo esperado, pero solo si se analiza el sistema de partidos desde la perspectiva de las coaliciones. En tanto, existe un consenso bastante amplio en cuanto a que el sistema produce o bien refuerza la existencia de las dos grandes coaliciones que caracterizan el actual funcionamiento del sistema político chileno [...] Por lo tanto, si se parte de la base de que el binominal apoya la existencia de las actuales coaliciones políticas, se puede concluir que ha cumplido con los objetivos de reducir el número de actores políticos y de generar una mayoría estrecha en el Congreso que apoye la labor del Presidente, planteados por el legislador (von Baer 2009, p. 196).

3.1.3. Tribunal Constitucional

Propuesta de Enrique Navarro N.

Fortalecimiento del rol del Tribunal Constitucional

Nos parece importante estudiar algunos de los siguientes aspectos:

1) Control de constitucionalidad de otros actos, como por ejemplo los reglamentos de

las Cámaras. La reforma de 2005 solo se circunscribió a ciertos autos acordados, excluyéndose –entre otras– las instrucciones del Ministerio Público y los propios reglamentos de las Cámaras.

2) Todas las contiendas de competencia. Ciertamente que parece más conveniente que todas las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales sean entregados al conocimiento del Tribunal Constitucional.

3) Revisión del mecanismo de acción popular que establece la actual normativa y que solo lo permite cuando se trata de denunciar movimientos o partidos que sean contrarios al régimen democrático y constitucional, y en el caso de resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada ministro, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones (Navarro 2014, p. 23).

Propuesta de Lucas Mac-Clure B.

Eliminando una institución contradictoria

Tal vez es hora de pensar en la eliminación completa de los poderes que tiene [el Tribunal Constitucional] para invalidar leyes invocando derechos. El Estado de derecho expresado en la separación de poderes; y el Estado de derecho como condición de la libertad política, lo sugieren. [...] [El Tribunal Constitucional] tiene una estructura de tribunal, pero cumple una función legislativa. Se trata de un órgano del Estado cuya función y estructura se encuentran en contradicción. Esta contradicción hace al Tribunal Constitucional una institución “inestable”. Es probable que sea objeto de reformas que busquen adecuar su estructura a su función. En una sociedad donde el poder se legitima democráticamente, esto significa que es posible que [el Tribunal Constitucional] sea reformado para aumentar su pedigree democrático. Pero la pregunta obvia que entonces debería surgir es qué sentido tiene agregar una tercera cámara legislativa [el Tribunal Constitucional] al ya engorroso procedimiento legislativo. ¿Por qué no proceder, mejor, a eliminar esa tercera cámara? (Mac-Clure 2011, pp. 263-264).

3.1.4. Presidencialismo

Propuesta de Paula Ahumada F.

Frente a la complejidad creciente que adquiere la Administración, y las poderosas atribuciones que maneja el Presidente de la República en Chile, el necesario control, evaluación y coordinación de los planes, programas y políticas, debe ser llevado a cabo bajo procedimientos definidos y transparentes, con el fin de involucrar a todos los interesados y llevar adelante el buen gobierno [...]. Quizás ha llegado el momento para que se diga “la administración necesita ayuda” y pensar en la formulación de un organismo capaz de orientar la acción administrativa, considerando la unidad del Gobierno, o reordenar las atribuciones existentes (Ahumada 2012, p. 164).

Propuesta de Pablo Ruiz-Tagle V.

Se sugiere buscar un nuevo equilibrio entre todos los órganos constitucionales, particularmente en cuanto a las atribuciones presidenciales en materias legislativas, económicas y militares, que se piensa deben ser compartidas con el Congreso. Así, a nivel de gobierno central, se sugiere explorar la idea de nombrar ministros coordinadores de acuerdo con el artículo 33 inciso 3, y revisar las incompatibilidades del artículo 59 para dar mayor flexibilidad al gobierno de organizar sus tareas.

A pesar de que algunos han propuesto eliminar el bicameralismo en Chile, se propone además mantener dicho sistema por las razones expresadas en *El Federalista*, en que se justifica la dualidad de cuerpos representativos como un freno al juego de las facciones en política [...]

Es importante limitar la reelección infinita, con el fin de asegurar la renovación del Congreso, de modo que los senadores puedan ser reelegidos por una vez y los diputados hasta por un máximo de tres períodos sucesivos. Se propone entonces la derogación del artículo 23, que pone una barrera corporativista entre los parlamentarios y las organizaciones sociales, y se comparten las ideas de incluir formas de iniciativa popular en el proceso legislativo y fiscalizador parlamentario [...]

Además, es importante ordenar el sistema de control constitucional. Hemos visto muchos fallos del Tribunal Constitucional inspirados en doctrinas pontificias, que constituyen una idea confusa de lo que es la justicia constitucional. Sus decisiones tampoco concilian las ideas de los miembros del Tribunal Constitucional, ni su relación con la Contraloría, con el Tribunal Electoral o la Corte Suprema, y exhiben un desorden que es necesario superar.

El principio de responsabilidad política debe también extenderse en su aplicación a los consejeros del Banco Central y los ministros del Tribunal Constitucional (Ruiz-Tagle 2012, pp. 229 y ss.).

Propuesta de Humberto Nogueira A.

La regulación constitucional chilena en materia de reelección presidencial no inmediata es conforme con las obligaciones emanadas de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 23. [...]

La existencia de períodos cortos de duración del mandato presidencial, sin reelección inmediata, en régimen de presidencialismo puro con hegemonía presidencial, como ocurre en Chile, no afecta significativamente el sistema institucional y contribuye a impedir el desarrollo de personalismos caudillistas (Nogueira 2011, p. 154).

3.1.5. Leyes Orgánicas Constitucionales

Propuesta de Enrique Navarro B.

El modelo de leyes orgánicas viene tomado del derecho español y francés. En todo

caso, en dichas experiencias comparadas, las leyes se aprueban por un quórum más bajo. A su vez, en todos los sistemas existen aspectos más difíciles de modificar: reforma constitucional (modelo USA 2/3) e incluso, en algunos, existen normas pétreas (Alemania). Se trata de una materia en la que debe existir consenso” (Navarro 2014, p. 21).

Propuesta de Sergio Verdugo

En este trabajo he mostrado que las leyes orgánicas constitucionales promueven determinados fines que no pueden dissociarse de las justificaciones especiales, esto es, de las razones que caso a caso fundamentan la existencia de la regla supramayoritaria. Así, he analizado brevemente algunas de estas justificaciones, explicando por qué ellas tienen relevancia en el caso del sistema electoral, de ciertos órganos de control del poder político, de algunas instituciones cuya autonomía queremos fortalecer y del estatuto del Congreso Nacional. Si bien estos ejemplos no agotan la discusión, ellos permiten mostrar que existen buenas razones para tener quórums supramayoritarios de manera casuística y excepcional. Estas razones, sin embargo, varían en el caso a caso. Así, por ejemplo, mientras la ley orgánica constitucional del sistema electoral y el Congreso Nacional persiguen evitar que las mayorías simples alteren las reglas del juego político en perjuicio de minorías políticas relevantes (quitándole imparcialidad al sistema político), las leyes orgánicas constitucionales sobre órganos de control del poder (como la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional) y las que regulan ciertas instituciones cuya autonomía valoramos (Banco Central y Municipalidades, por ejemplo) persiguen fortalecer la independencia de las mismas frente a actores políticos que tienen fuertes incentivos para amenazar los poderes de dichos órganos. Dependiendo del caso particular, con la protección de dicha autonomía se persigue promover diversos fines, como elevar los niveles de *accountability* del poder político e incrementar el grado de representación local (Verdugo 2012, p. 431).

Propuesta de Lucas Sierra I.

La ley es una manera importante para el gobierno de servir al público y responder a sus preocupaciones. Es muy posible, sin embargo, que el quórum supramayoritario le haga más difícil esta tarea, por el poder de veto que le da a la minoría, al no solo contar, sino que ponderar su voto, y por el control preventivo en manos del Tribunal Constitucional [...] En Chile la regla de supramayoría le quita flexibilidad a la operación del Estado y del gobierno. Exige un consenso demasiado extendido para dictar leyes [...], esto no es un problema, si se trata de la Constitución y de los acuerdos políticos básicos que ella contiene. En el caso de la Constitución, el quórum supramayoritario es correcto, pues es muy importante extender ese acuerdo lo más posible. Pero si ya hay Constitución y supremacía constitucional, ¿por qué exigir lo mismo para las leyes, que se ocupan de cuestiones más específicas y dinámicas? [...] A la luz de estas interrogantes, este informe concluye que las leyes orgánicas constitucionales y su mecánica doble –supramayoría en el Congreso y contramayoría en el Tribunal Constitucional– deberían ser eliminadas (Sierra 2011, pp. 60-63).

Propuesta de Pablo Ruiz-Tagle V.

Nuestra opinión es que el establecimiento de quórum legislativos tan altos como los que caracterizan las leyes orgánicas constitucionales distorsiona el principio democrático del gobierno de la mayoría [...] Por eso, junto con el Tribunal Constitucional es momento de que el Congreso reinterprete y restrinja al máximo todas las leyes orgánicas que algunos concibieron en los oscuros días del gobierno de facto [...] Es el Congreso el que está llamado a realizar esta revisión, y el Tribunal Constitucional puede y debe jugar un rol muy importante y pro democrático a este respecto (Ruiz-Tagle 2010, pp. 19-20).

3.2. Propuestas Políticas 2013

Propuesta candidatura presidencial de Michelle Bachelet Jeria

Sistema Electoral. La nueva Constitución debe consagrar los principios que aseguren un sistema electoral que recoja los principios básicos de una democracia representativa. En este ámbito, específicamente, impulsaremos la sustitución del actual sistema electoral binominal para la elección parlamentaria por uno de representación proporcional.

Quórum para aprobar leyes. De acuerdo con la esencia del sistema democrático, se deberá consagrar el principio de mayoría, siendo la mayoría absoluta el máximo quórum de aprobación y modificación de las leyes, recogiendo con ello nuestra propia historia constitucional democrática, así como el derecho comparado y el desarrollo de las doctrinas democráticas.

Partidos Políticos. La nueva Constitución reconoce y valora la importancia de los partidos políticos. Junto con garantizarles los recursos indispensables para el cumplimiento de sus múltiples e importantes tareas, la Carta Fundamental define mecanismos eficaces para velar por su transparencia y su democracia interna.

Tribunal Constitucional. La nueva Constitución debe hacerse cargo de que el Tribunal Constitucional es una institución contramayoritaria, pues tiene el poder de contrarrestar decisiones democráticas. Para ello, se propone una nueva generación del Tribunal Constitucional desde los poderes públicos democráticos, sin injerencia de la Corte Suprema, en número impar, eliminando el voto dirimente o de calidad de su Presidente.

Con la finalidad de racionalizar el rol contramayoritario del Tribunal, se requiere reordenar sus competencias, fortaleciendo su comprensión como tribunal, resolviendo conflictos, por lo que se hace imperioso suprimir las competencias de control preventivo de constitucionalidad de normas, tanto del control preventivo obligatorio como facultativo.

Asimismo, el Tribunal Constitucional tendrá una nueva competencia consultiva para, a petición de cualquiera de las Cámaras, examinar la necesidad de adecuación del derecho interno con motivo de la aprobación parlamentaria de tratados internacionales de derechos humanos.

Finalmente, la Constitución debe establecer mecanismos de coordinación sistemática del Tribunal Constitucional con los tribunales que integran el Poder Judicial y la Justicia Electoral, para asegurar el debido cumplimiento de sus decisiones cuando corresponda.

Propuesta candidatura presidencial de Evelyn Matthei Fornet

Rendición de cuentas de toda autoridad pública consagrada en la Constitución, para fortalecer especialmente el escrutinio ciudadano. En particular, se deberá asegurar una completa autoevaluación y rendición de cuentas de cada una de las ramas del Congreso, y de cada parlamentario en forma individual, del Ministerio Público y del Poder Judicial, sin perjuicio del respeto de sus respectivas autonomías constitucionales.

Un Presidencialismo Equilibrado

El equilibrio protege los derechos y libertades de las personas. Chile cuenta hoy con un presidencialismo excesivamente reforzado. Son pocos los países en el mundo que le entregan tanto poder a la figura del Presidente. Moderar este desequilibrio institucional es importante; permite que operen de mejor forma principios básicos de una república democrática como la separación de funciones estatales o un buen sistema de pesos y contrapesos institucionales, mecanismos que buscan proteger los derechos y libertades de las personas. Es por ello que proponemos:

Reducir la hegemonía presidencial en el proceso legislativo, racionalizando el uso de urgencias por parte del Presidente, con límites (el Presidente de la República no podrá introducir más de diez urgencias mensuales en cada Cámara), permitiendo un mecanismo de urgencias complementario que pueda provenir de las propias Cámaras.

Obligar al Presidente de la República a conseguir del Congreso una “autorización para negociar” cuando se trate de avanzar en nuevos tratados complejos que introduzcan cambios significativos a la legislación nacional (como los tratados de libre comercio) o modifiquen los límites fronterizos. Los tribunales de libre competencia que hemos firmado con la Unión Europea o EE.UU. no solo fijan reducciones arancelarias sino que regulan materias de alta relevancia (normas laborales, ambientales, de propiedad intelectual, etc.). Resulta difícil que el Parlamento pueda modificarlos una vez cerrada la negociación. Por ello, una información completa de los términos del acuerdo antes de que se firme le permite al Congreso emitir una opinión y entregar los lineamientos de una negociación que comprometerá al país.

Crear un Estatuto Constitucional de Órganos Autónomos que justifique y delimite el ámbito para que el legislador establezca autonomías legales descentralizadas con patrimonio propio, que incorpore a instituciones cuya autonomía debe ser fortalecida por diferentes razones, como el Instituto Nacional de Estadísticas, el Servicio Electoral, el Sernac y las Superintendencias. De este modo, estos organismos, que deberán estar integrados por un directivo superior y un consejo amplio y plural, designado por el Presidente con acuerdo del Senado, podrán desarrollar sus labores con independencia del gobierno de turno, respondiendo ante el país en la aplicación de tareas que son propias del Estado más que de una mayoría política de turno.

Entregar más facultades de control del Congreso hacia el Poder Ejecutivo, facilitando así el uso de las interpelaciones de los parlamentarios a autoridades del Poder Ejecutivo,

y aumentando la transparencia y el nivel de escrutinio del Senado en los nombramientos de distintas autoridades superiores en los que interviene, todas las cuales deberán ser anteceditas de una audiencia pública en la que deberá concurrir el o los candidatos correspondientes.

Modificar el sistema de reemplazo parlamentario cambiando la actual regla que permite a los partidos designar discrecionalmente a los reemplazantes, mediante un mecanismo acordado de manera transversal con las distintas fuerzas políticas que revalorice la importancia del voto y el mandato popular.

Establecer límites a la reelección de autoridades elegidas popularmente. Es por ello que proponemos que los Senadores solo puedan ejercer su mandato por dos periodos consecutivos (una reelección) en una misma circunscripción (16 años); y, en el caso de diputados, alcaldes, concejales y consejeros regionales, puedan ejercer un máximo de tres periodos consecutivos (dos reelecciones) en el mismo distrito, comuna o circunscripción provincial respectivamente (12 años).

Avanzar hacia un nuevo sistema electoral para la elección de parlamentarios. Creemos que el sistema electoral binominal para la elección de parlamentarios ha cumplido un ciclo. Es por ello que debemos avanzar hacia un nuevo sistema electoral, de orientación mayoritaria, que incluya un redistritaje para mejorar la representatividad territorial de los elegidos, sin que ello signifique un aumento del número de parlamentarios o del gasto público y sin disminuir la representación de las regiones.

Reformar los partidos políticos introduciendo transparencia en la toma de decisiones y asegurando la participación y funcionamiento descentralizado de sus órganos de decisión. De igual modo, para evitar la dependencia externa de estas colectividades, se propone el financiamiento público de sus actividades, sujeto a una estricta fiscalización de organismos públicos, con la correspondiente rendición de sus gastos.

Propuesta candidatura presidencial de Marco Enríquez-Ominami

Chile requiere de una nueva Constitución que incorpore las reformas políticas que dan forma a las demandas sociales del siglo XXI, y que se estructuran alrededor de tres ejes fundamentales:

- 1) Sistema semipresidencial con un Parlamento unicameral.
- 2) Federalismo atenuado como principio organizativo del gobierno territorial.
- 3) Definición constitucional clara de los derechos sociales esenciales, entre ellos educación, salud, previsión social y medioambiente.

Las funciones del Estado en su conjunto deben tener como valor de orientación la cultura universal de los derechos humanos, y todas y cada una de sus instituciones deben promover, respetar y garantizar el goce de todos los derechos humanos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

A continuación se detallan los elementos que debiese incorporar esta nueva Constitución:

1) Proponemos un régimen político semipresidencial o semiparlamentario, donde el Presidente ejerza la jefatura del Estado, de las Fuerzas Armadas y de las relaciones exteriores, en tanto que la jefatura del Gobierno quede en manos de un Primer Ministro con facultades ejecutivas como en un régimen parlamentario o semipresidencial. En ese mismo sentido, consideramos que el ejercicio de la Presidencia por un único período de cuatro años genera un indeseado *statu quo* por la vía de impedir o dificultar severamente la posibilidad de implementar cambios profundos y reales. Por ello proponemos que las autoridades elegidas de gobierno puedan ser reelegidas por un único período consecutivo.

2) Proponemos el derecho a voto de los chilenos en el exterior, como un camino de reconocimiento y preservación del capital humano que representan tantos chilenos y chilenas que, por diversas razones, no habitan en este territorio.

3) Debido a que creemos en la diversidad cultural y en el respeto irrestricto a las formas de vida de nuestros pueblos originarios, proponemos que la nueva Constitución reconozca y declare que Chile es un país cuyo pueblo es multirracial y multicultural. Nos parece que dicho reconocimiento debe consagrarse como un aspecto constitutivo y legitimador del Estado. Estamos ciertos de que ese paradigma de heterogeneidad es motivo de dudas o temores por parte de los sectores más conservadores de la sociedad. Creemos que esto debiera quedar plasmado en la nueva Constitución.

4) Promovemos que el nuevo pacto social que Chile reclama reconozca, asegure y ampare la participación organizada de los ciudadanos en la resolución de los problemas nacionales, regionales y locales, así como la defensa del régimen democrático. Nuestro modelo de democracia no se agota, como ocurre actualmente, en votar periódicamente por rostros o apellidos sin filiación explícita, sino que aspiramos a que se consagren los siguientes mecanismos:

i. Consultas Ciudadanas, no vinculantes, en la más amplia gama de materias de interés público, ya sea a nivel local, regional y nacional.

ii. Referéndum Consultivo a todos los ciudadanos en materias de especial trascendencia para el Estado.

iii. Referéndum Revocatorio respecto de todos los cargos y magistraturas de elección nacional.

iv. Iniciativa Popular de Ley, salvo en casos particularmente calificados.

5) Si bien creemos que el carácter unitario del Estado es adecuado a nuestra realidad, aspiramos avanzar hacia una versión atenuada de federalismo. Por ello proponemos que al gobierno y la administración superior de las regiones le corresponda un Consejo Regional elegido directamente por los habitantes de la respectiva región basándose en un sistema proporcional, cuyo carácter será normativo, resolutorio y fiscalizador dentro del ámbito propio de competencia del Gobierno Regional.

6) Creemos que la dimensión legislativa de la soberanía debe quedar radicada en una Asamblea Nacional Unicameral integrada por 150 miembros elegidos directamente por los ciudadanos, basándose en un sistema proporcional que ponga término definitivo al sistema binominal. Respecto del sistema electoral, los progresistas proponemos una propuesta denominada “sistema proporcional competitivo” que, creemos, responde adecuadamente a las aspiraciones de los ciudadanos.

7) Los progresistas creemos en la independencia de los poderes del Estado. En ese sentido, nos parece incorrecto que el Poder Judicial esté supeditado a la voluntad del Ejecutivo respecto de su presupuesto. Por ello, proponemos que el Poder Judicial cuente con presupuestos plurianuales que permitan mejorar la calidad de su funcionamiento. Finalmente, creemos que la Justicia Constitucional debe contar con genuinas facultades jurisdiccionales, a fin de que siempre se respeten las garantías de los ciudadanos por sobre cualquier otra consideración o tecnicismo.

8) Aspiramos a que los partidos políticos tengan una nueva institucionalidad, que responda mejor al ideal de participación organizada de la sociedad en las actividades y desafíos públicos. En ese sentido creemos importante discutir un sistema de financiamiento público de la política, pero que presente al mismo tiempo los mecanismos adecuados para evitar el fraude. Desde esa perspectiva, creemos necesario que el Estado declare abiertamente su afinidad por el debate de ideas de país y su valoración de la heterogeneidad política. En cuanto a su estructura interna, aspiramos a cambiar el paradigma propio de partidos como máquinas simplemente electorales, pasando a un esquema de partidos genuinamente democráticos con fuertes restricciones al ejercicio hegemónico de la autoridad.

Una parte importante de la discusión sobre partidos y participación política exige la dictación de reglas exigentes sobre lobby, transparencia, conflictos de interés y financiamiento de las campañas. Creemos que esas normas apuntan en la dirección de recobrar la confianza de los ciudadanos que, por razones que son fáciles de adivinar, no han podido prosperar adecuadamente bajo nuestra institucionalidad actual.

Propuesta candidatura en elecciones primarias de Andrés Allamand

Reformas constitucionales que atenúen poder presidencial y otorguen más poder al Congreso y a Gobiernos Regionales. Revisar el sistema de urgencias por parte del Presidente de la República; mayor rol del Senado en nominación de autoridades; transferencia de competencias a Gobiernos Regionales siguiendo el camino que ha iniciado el Gobierno de Sebastián Piñera; y una perfección del proceso legislativo, para que el Congreso en su totalidad tenga mayor poder en materias políticas y de ley, entre otras.

Reformar la Ley de Partidos Políticos radicalmente en términos de transparencia (decisiones, financiamiento), democracia interna y rendición de cuentas, materializando un anhelo que surgió al alero del Gobierno del Presidente Piñera. Sin ello es imposible mejorar la percepción del Congreso. A pesar de ser impopular, creemos que se puede avanzar en incluir dosis inteligentes de financiamiento público a los partidos en tiem-

pos no electorales, aunque este no debiera ser a todo evento, sino supeditado a acciones concretas de los partidos como potenciar la formación de militantes, aumentar cuotas de militantes e incentivar las donaciones de personas naturales.

Estudiar una reforma al sistema electoral binominal para generar mayor competencia, pero al mismo tiempo asegurar gobernabilidad. Ello se logra acudiendo a sistemas cercanos de fórmulas mayoritarias, no proporcionales. Proponemos convocar a una comisión transversal y explorar la posibilidad de contar con un sistema “mayoritario corregido”, que generará competencia, facilitará la cercanía y rendición de cuentas de parlamentarios, y potenciará moderadamente grupos regionales importantes. Debido al carácter regionalista que debe tener nuestro Congreso, se propone que el Senado mantenga la representación de dos senadores por región, los que podrían continuar el actual sistema de elección, o bien elegidos alternadamente en un sistema uninominal. Pese a lo anterior, se ve con buenos ojos la creación de Senadores Nacionales, para volver a tener un Senado de 50 miembros, como estuvo pensado en el origen en la Constitución de 1980.

Aumentar participación ciudadana bajo voto voluntario y potenciar Ley de Primarias. Al respecto, cuatro propuestas concretas: 1) Impulsar un proyecto que perfeccione nuestro sistema de votaciones, otorgando más atribuciones al Servel y facilitando el proceso de votación (más electores por mesas, mejorar el sistema de locales, etc.); (2) disminuir los “costos de votar” por medio del voto anticipado, estudiando implementación del voto electrónico –en local– e impulsando el voto de los chilenos en el extranjero sin necesidad de vínculo; 3) asegurar transporte público gratuito mientras las urnas estén abiertas, para evitar el “acarreo” y así disminuir las barreras de participación política; y 4) instituir la figura de vocales voluntarios, que le otorguen mayor rigurosidad al proceso eleccionario, pues se tratará de ciudadanos con conocimientos o al menos interés en el mismo. Se debe procurar que cada mesa tenga un cuerpo de vocales equilibrado políticamente, lo que el Servel puede asegurar sin problemas.

Aumentar participación de las mujeres y los jóvenes en cargos de elección popular. Los jóvenes entre 18 y 29 años representan el 25 por ciento del padrón, y las mujeres más de la mitad. No obstante, en el Congreso Nacional son grupos absolutamente subrepresentados. Hay que asegurar igualdad de oportunidades, pero no igualdad de resultados, ya que eso es subestimar a estos segmentos de la sociedad. Es clave impulsar propuestas que generen incentivos (económicos y no económicos) a los partidos para que incluyan mujeres en sus planillas de candidatos. En relación con los jóvenes, creemos que los esfuerzos no van en la misma línea, sino asegurando que haya renovación y nuevas oportunidades (capacitación por medio del ramo de Educación Cívica que el país necesita) para que las nuevas generaciones se integren en política.

Propuesta candidatura en elecciones primarias de Andrés Velasco

Art. 47. Sustituirlo por el siguiente: “La Cámara de Diputados está integrada por 150 miembros elegidos en votación directa. De ellos, 120 miembros serán elegidos en los

distritos electorales uninominales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva y 30 miembros serán elegidos en listas nacionales conforme a misma ley”.

Art. 49. Sustituirlo por el siguiente: “El Senado se compone de 40 miembros elegidos en votación directa. De ellos, 20 miembros serán elegidos en circunscripciones senatoriales, en consideración a las regiones del país y 20 miembros serán elegidos en listas nacionales conforme a la misma ley. La ley orgánica constitucional respectiva determinará las circunscripciones senatoriales y la forma de su elección”.

3.3. Otras propuestas

Propuestas del Grupo Res Publica Chile (“95 propuestas para un Chile mejor”)

Alternativa 1: Sistema de mayoría simple o pluralidad. Una de sus principales ventajas es que aumentan en gran medida la competencia, evitan la fragmentación y propugnan la gobernabilidad al interior de las coaliciones.

Se propone:

- Crear al menos 162 distritos uninominales en reemplazo de los 60 binominales existentes.
- Aumentar en 42 el número de diputados para ajustar la proporcionalidad territorial y demográfica.
- Los candidatos deben ser propuestos por los partidos y las candidaturas independientes deben contar con el apoyo de un partido o coalición.
- Cada partido o coalición puede presentar un solo candidato.

Alternativa 2: Sistema mixto. El sistema otorga al elector la posibilidad de votar por un candidato de una lista en un distrito uninominal y por el partido de su preferencia. El segundo voto permite corregir algunos de los efectos de desproporcionalidad.

Se propone:

- Aumentar en 42 el número de diputados con el objetivo de aumentar la proporcionalidad territorial.
- Crear 81 distritos uninominales en reemplazo de los actuales 60 binominales.
- Se deben asignar el número de escaños de la lista nacional a cada partido mediante la fórmula Sainte-Laguë, par no sesgar el resultado hacia las mayorías y de mejorar la proporcionalidad.
- Modernización del sistema electoral. Implementar sistemas de votación electrónica y electromagnética.

Establecer el voto por correo y anticipado para personas que no puedan asistir a los recintos habilitados para votar.

Cuestión I

Potestad constituyente

Cierre

Sesión 8

7 de julio de 2014

L. Sierra: Hemos llegado a la última sesión de nuestro ciclo. Hoy volveremos sobre la cuestión tratada en la primera reunión: potestad constituyente, y distinguiremos entre la forma en que debe reformarse la Constitución actual y la forma en que debería reformarse una eventual Constitución futura. También es esta una reunión de síntesis y conclusiones, las que intentaremos obtener a partir de la siguiente pregunta: ¿Qué hemos aprendido de este ejercicio colectivo?

En la carta de invitación a este ciclo se señalaba que la reforma constitucional implicaba hoy una gran incertidumbre, un escenario saturado de posibilidades. Este ciclo de “Diálogos constitucionales” ha sido pensado como un espacio para reducir esta incertidumbre o para identificarla y ponerle ciertos límites o contornos. Desde mi punto de vista, la incertidumbre algo se ha reducido en algunas dimensiones, o, al menos, es posible ponerles nombre a algunos elementos de ella.

Tiene la palabra Francisco Zúñiga sobre potestad constituyente.

F. Zúñiga: Voy a partir contándoles una experiencia que tuvimos hoy en un conversatorio de la agrupación de constitucionalistas socialistas y la bancada de diputados PS. Abriendo el fuego sobre potestad constituyente, el profesor Jaime Bassa planteaba una idea que creo es oportuno traer acá: que esta discusión sobre potestad constituyente no es solo académica, sino que es eminentemente política. ¿Y por qué afirmo esto con énfasis? Porque si esta fuera una discusión solo académica, probablemente ninguno de ustedes debería estar en contra de la idea de una asamblea constituyente, porque, desde el punto de vista de la teoría clásica del poder constituyente del liberalismo burgués, la asamblea constituyente o el congreso constituyente son las fórmulas que, en un sistema democrático, mejor se ajustan a los cánones tradicionales de ejercicio de dicha potestad. Los ejemplos huelgan, a saber: la Asamblea francesa de 1789 y el Congreso Constituyente norteameri-

cano de 1787. El ejercicio del poder constituyente en un Estado liberal burgués de derecho se afina precisamente en este predicamento: el que un determinado sujeto histórico –la soberanía nacional o la soberanía popular– puedan ejercer este poder constituyente de manera radical para construir un orden político con carácter fundacional o con carácter refundacional, esto debido a que se querían borrar los vestigios feudales y del antiguo régimen monárquico. Y esa asamblea constituyente es elegida con este propósito exclusivo de otorgar una Constitución fundacional o refundacional. Ciertamente las revoluciones político-burguesas francesa y americana, que por lo demás son modélicas, tienen sus matices como bien observa Habermas en *Teoría y praxis* (Habermas 1987). Sin embargo, no estamos hablando en el “cielo de los conceptos”, desde la pura academia; estamos en Chile en el año 2014 y, por tanto, debemos ser capaces de situar la potestad constituyente en las coordenadas de nuestra realidad.

Quiero recordar palabras de José Ignacio Martínez, al dar el siguiente punto: la Constitución vigente tiene un déficit de legitimidad democrática que no ha sido resuelto, después de más de treinta y tres reformas constitucionales introducidas desde el año 1989 a la fecha. El paso siguiente es dar cuenta de una operación constituyente. Cuando he sostenido aquí que esta debe ser partiendo de una hoja en blanco, no he dicho partir de cero ni he invitado a negar nuestro pasado, ni siquiera de nuestro pasado reciente en materia constituyente. Simplemente es tener un escenario institucional que posibilite, más allá de los caminos específicos, el hecho de que no va a haber vetos o contenidos cerrados al debate constituyente, ni actores fuera del debate constituyente. Esto puede parecer una obviedad, pero creo que es necesario afirmarlo, hablando desde la experiencia. Me tocó trabajar en varias reformas constitucionales, incluyendo la de 2005 (en que Gastón Gómez tuvo también un fuerte involucramiento en la parte final), en que trabajé casi los cinco años que duró el trámite. Aprendiendo de esas experiencias, uno conoce las limitaciones que tiene el ejercicio del poder constituyente derivado sin tocar el capítulo XV tal cual está.

Sin una reforma a la reforma que asegure participación política, que asegure un quórum distinto al que tenemos, que asegure una aprobación vía referéndum del ejercicio del poder constituyente por parte del Congreso Nacional, yo creo que será muy difícil saldar ese déficit de legitimidad que la Constitución tiene. De lo contrario, creo que la opción de un procedimiento distinto como los que se han planteado se abre como necesaria, porque el arreglo institucional no puede

seguir dependiendo de una Constitución que tiene este déficit de legitimidad y que permanentemente está puesta en cuestión, y que es anticuada e ineficiente en materia de gobernabilidad, derechos y garantías, controles públicos y reparto territorial de poder político. Creo que un sistema político no funciona sanamente con un orden constitucional que es cuestionado de manera permanente. Los caminos específicos y los plazos no los pone uno, los impone la política real y quienes en definitiva tienen los resortes del ejercicio del poder constituyente. Pero creo necesario sincerar la cuestión relativa al déficit de legitimidad de la Constitución vigente, y admitir las deficiencias de la misma como estatuto del poder, como la única manera de avanzar sustantivamente, sea en el escenario de la reforma total a la Constitución, como camino para alumbrar una nueva Constitución, o sea por la vía de un procedimiento que esté fuera del capítulo XV, con o sin reforma, que son las vías planteadas para el ejercicio de la potestad constituyente. Si bien el camino final y el éxito de esto escapa un poco de nuestro análisis, creo que podemos contribuir en algo a este espinoso problema político, que es cómo se ejerce el poder constituyente. Podemos hacer un aporte respecto de los contenidos y de la necesidad de revestir al orden institucional de un mínimo de legitimidad.

Una última consideración sobre este tema: no deja de preocuparme una suerte de Torre de Babel sobre el ejercicio de esta potestad constituyente. Creo que el diferimiento al año 2015 que se ha producido, y que es inevitable porque hay prioridades políticas en el actual gobierno, genera un peligro en lo inmediato. Se abre un escenario de Torre de Babel que no va a contribuir, a mi juicio, a diseñar un mecanismo que asegure democracia, participación e institucionalidad. Creo que la repetición de ejercicios como este, de espacios de debate académico y de sana amistad cívica, hacen necesario generar las bases para un nuevo acuerdo nacional. Creo que ese es mi propósito: un acuerdo que le dé una legitimidad sustantiva a lo que el Congreso Nacional o la asamblea constituyente hagan en el futuro en materia de nueva Constitución. Creo que ese nuevo acuerdo nacional es posible y que esta reunión académica puede sentar las bases de ese acuerdo. Sé que hay partidos que están haciendo un trabajo en esta misma línea. Creo que es útil que este espacio que el CEP abrió, con tanta buena voluntad y recepción, se mantenga abierto.

L. Sierra: Muchas gracias, Francisco. Verónica Undurraga.

V. Undurraga: La sensación que tuve en las reuniones en que se discutió sobre asamblea constituyente fue que “la vida estaba en otra parte”, para citar el

libro de Kundera (Kundera 2001). Uno escucha las opiniones de la gente, de las distintas organizaciones, de la sociedad civil y de los que están llevando adelante la idea de una asamblea constituyente, y es un tipo de discurso completamente distinto al que hubo aquí. En parte es comprensible porque este es un ámbito más académico, pero, como decía Francisco Zúñiga, por supuesto que esto es también un tema político. Incluso en el documento que él presentó me dio la impresión de que había muy poca receptividad hacia las opiniones que se expresan, por ejemplo, en los medios de comunicación. Es necesario pensar cómo la academia jurídica, o un grupo como este, podrían crear un diálogo en el que tratemos de entender las preocupaciones de la gente y analizar su relevancia para el análisis jurídico de un cambio constitucional. Esto no significa presuponer que todos los que hablan tienen suficiente representatividad, pero por supuesto nosotros tampoco podemos pretender tenerla. Creí que un documento preparatorio de una reunión en este tema se haría mayor cargo de cómo abordar un diálogo con la sociedad civil, conversación que finalmente se va a tener que hacer en el minuto de pensar en el mecanismo de cambio constitucional.

A. Bascuñán: ¿Y cómo lo harías?

V. Undurraga: Me gustaría estudiar experiencias comparadas y, además, habría que tener ciertos experimentos de discusión con grupos que sean netamente políticos y en que nosotros hiciéramos el esfuerzo de tratar de explicar y entender. Por ejemplo, cuando se dice aquí que la nueva Constitución tiene que ser una Constitución mínima, explicar por qué. Hay buenas razones para que sea mínima en muchos aspectos, pero no me da la impresión de que estemos pensando en que esas razones puedan ser discutidas con la gente y que las personas puedan entenderlas. Creo que un grupo como este tiene una misión pedagógica, no de imponer contenidos, sino que de explicar lo que han sido y cómo han sido históricamente entendidas las distintas partes y funciones de la Constitución. Esas comprensiones no siempre han sido iguales, y es posible defender algunas posturas más clásicas o cuestionarlas a la luz de las nuevas experiencias constituyentes. Algún experimento hay que hacer para tratar de tener un diálogo entre la academia jurídica con los representantes más políticos de una sociedad civil que, yo creo, no se van a quedar contentos con tener solo una audiencia ante representantes del Congreso.

L. Sierra: Gracias, Verónica. Julia Urquieta.

J. Urquieta: Respecto de la primera pregunta sobre qué hemos aprendido. Creo que todos hemos aprendido de la democracia, que yo valoro como espacio.

Porque creo que esto no era posible en los años 1980, ni en los años posteriores, especialmente, para nosotros que estuvimos excluidos del Parlamento por más de veinte años. Creo que, precisamente, ese es el valor de la democracia: la posibilidad de ser diferente, de pensar distinto y que nadie pueda ser perseguido por sus ideas, por muy distintas o discrepantes que sean. En esto coincido con lo que señalaba Francisco [Zúñiga]: que, por un lado, cuando se hace este tipo de debates sobre temas jurídicos o sobre la Constitución en general, nunca se pueden ver desprovistos del tema político ya que –si bien concuerdo que este es un escenario sobre todo académico y hemos sido convocados en esta calidad– uno no se desdobra, uno es uno solo como ser humano, y sus ideas, convicciones y pertenencias, y su ser jurídico son parte de su posición en el debate. Por tanto, todo debate jurídico nunca es estrictamente jurídico y siempre está permeado por lo político, y a eso no hay nada que temerle. Yo siempre he sido absolutamente contraria a esas despersonalizaciones que se producen cuando se habla del gremialismo, como que uno no tiene una opinión o una concepción política detrás. Tampoco comparto cuando se habla hoy día de la “clase política”, porque clase política como tal no existe, eso es una deformación que se ha hecho tratando de denostar la política, a la cual, al menos yo, respeto mucho. Creo que una cosa son los malos políticos y las malas prácticas políticas, y otra cosa es la política. Yo reivindico la política por lo que es: una de las preocupaciones principales de los hombres, para bien o para mal. Por tanto, esta discusión la veo en términos políticos.

En segundo lugar, creo que uno no puede, al abordar el poder constituyente y el tema de la Constitución, desprenderse de lo que ha sido la historia de nuestro país. Yo, por lo menos, soy de las que pienso que nadie quiere volver a repetir la historia y nadie quisiera que la nueva Constitución pueda tener los mismos mecanismos que tuvo la de 1980. En ese sentido, creo que hay que partir de un elemento básico y es que la gran mayoría de este país, por lo menos el 62 por ciento en las urnas, planteó no reformar la Constitución, sino que se haga una nueva Constitución. Yo parto de esa base: queremos construir una nueva Constitución. Es un tremendo desafío, inmenso de grande, pero creo que nosotros no podemos abjurar de lo que es un mandato popular hoy. Lo peor para este país, para seguir denigrando la política, sería que se terminaran los cuatro años de este gobierno y no tuviéramos una nueva Constitución. Eso sería, una vez más, engañar a quienes votaron por una nueva Constitución.

Creo que esta Constitución tiene que ser obra de todos los chilenos. Porque está claro, y recordando cuando hablábamos del enfermo, yo creo que es un enfermo real, y que además está en la UTI. Claro, jurídicamente nosotros podemos dar muchas explicaciones, pero efectivamente no nos ha permitido disfrutar de una democracia como quisiéramos; eso lo vemos todos los días y lo vemos también en el Parlamento y en cómo, con los vetos supramayoritarios, por ejemplo, se ha contribuido al descrédito de muchas instituciones. En ese sentido, la necesidad de recurrir al poder constituyente originario es fundamental. Creo que una nueva Constitución no puede solo cimentarse sobre la base del poder constituyente derivado, por dos cuestiones que son básicas. En primer lugar, porque el actual poder constituyente derivado no nos permite cambiar esta Constitución, porque jamás se lo planteó y, además, su estructura y su forma no lo permite. Por un lado, el quórum supramayoritario que se requiere exige consensos que a lo mejor no se van a tener y entonces se recurre nuevamente al poder de veto y este país se queda sin nueva Constitución, a pesar de lo planteado por la mayoría. Y ahí viene el círculo vicioso en que hemos estado veinte años. Entonces, el mecanismo para crear la nueva Constitución, para mi gusto, debe ser una asamblea constituyente, debe recurrir al poder constituyente originario. Necesitamos que la reproducción de esta nueva Constitución pueda tener la participación, ojalá, de todo el pueblo. ¿Cuál será el mecanismo? Eso lo veremos; se podrá debatir.

Un segundo aspecto es que, una vez que tengamos una nueva Constitución, ¿cómo la aprobaremos? Así como la Constitución de 1980, que hemos criticado por haber sido aprobada en un plebiscito fraudulento el año 1980 y tiene esa ilegitimidad de origen a la cual Francisco [Zúñiga] se refería, con quien coincido plenamente, hoy día la única manera es que el pueblo pueda pronunciarse en un plebiscito por una nueva Constitución. Eso es lo que le daría legitimidad de origen y legitimidad real a una Constitución construida desde la base, con un pueblo empoderado. Creo que eso es lo que Chile necesita para terminar con esta transición que nunca termina, y poder construir una Constitución distinta sobre bases más sólidas. Para ello, todos somos necesarios y todos debemos participar y deben existir todos los espacios que ayuden a que la gran mayoría de este país se involucre. El problema no es discrepar; el problema es que también hay que avanzar y hay que producir los cambios para evitar que la política se siga denigrando, porque el convencimiento que hay en la gente es que los políticos prometen y nunca cumplen. Creo que esa forma de hacer política es la que tiene que terminar

de una vez en Chile, y no podemos negar la realidad de que la gente quiere una nueva Constitución.

L. Sierra: Gracias, Julia. ¿Tú verías, como posible alternativa a la asamblea constituyente, un ejercicio del poder constituyente derivado, más plebiscito o *referéndum*?

J. Urquieta: Yo creo que para crear una nueva Constitución debiera verse sobre la base de asambleas constituyentes y que su aprobación debiera ser vía plebiscito. Creo que no basta con el Parlamento.

L. Sierra: Gracias, profesora Urquieta. Víctor Manuel Avilés.

V. M. Avilés: El primer problema que enfrenta hoy la discusión sobre la Constitución de cara a la ciudadanía, y esto es un tema netamente político, es el amplísimo desconocimiento a nivel ciudadano de su contenido y funcionalidad. Recurrentemente, en el último tiempo hemos escuchado a varios autores que plantean la desaparición de la educación cívica como un elemento que ha tendido a esta falta de aprecio en general de la ciudadanía por la Constitución. El desconocimiento es, creo yo, el primer desafío que debe abordarse en cualquier proceso de modificación constitucional, especialmente si se espera que sea participativo. Cómo hacemos que la ciudadanía, que participará directamente por medio de una asamblea constituyente o, de modo indirecto, mediante sus representantes en el Parlamento, se involucre con mayor conocimiento en las materias que se están tratando en el proceso de reforma constitucional o de creación de una nueva Constitución.

En segundo lugar, no es necesario que compartamos la afirmación de Francisco [Zúñiga] en cuanto a que hay un déficit de legitimidad de esta Constitución. De hecho, no la comparto, pues creo que en los últimas décadas ha operado un constituyente que ha validado cualquier duda sobre el origen de la Constitución. Lo que sí me parece es que hay diferentes ideas sobre cómo ella evoluciona, sobre cómo debe evolucionar una Constitución, o cuál es el orden constitucional actual y cuáles son las instituciones que queremos. Esto es importante, por cuanto gran parte del problema ha sido, precisamente, llamar a definiciones absolutas sobre lo legítimo o ilegítimo, y, en este último caso, sembrando la duda sobre si todo lo que se indica en la Constitución debe desaparecer. Esta idea de pretensión absoluta, como la ilegitimidad y el desconocimiento sobre el cambio constitucional que se propone, lo único que ha hecho es generar, en los sectores más reaccionarios, desconfianza, y ha evitado, creo yo, el avance hacia un sistema de modificación

constitucional razonable en el tiempo, por medio del ejercicio permanente de la potestad constituyente. El resultado de estas afirmaciones es, en definitiva, inmovilizador.

Me parece que el principal punto que debe abordar un proceso de reforma o creación de una nueva Constitución, en una sociedad ampliamente marcada –como es la de hoy– por la presión por los derechos y por cierto rechazo a asumir deberes, y que, a su vez, tiene un amplio desconocimiento de lo que es el marco constitucional, es la protección de la democracia principalmente por medio de la protección de sus instituciones, rescatando el aprecio por ellas. En esta línea, creo que es fundamental decir que la institución que reúne el mayor descrédito hoy día es, probablemente, el Congreso Nacional, lo que me parece particularmente grave, por cuanto es la base de un sistema de democracia representativa que es la democracia que ha regido tradicionalmente en Chile. Gran parte de este problema va a mejorar, creo, con una reforma al sistema electoral. En un segundo nivel, a efectos de lograr mayor aprecio ciudadano por los parlamentarios, me parece que es importante avanzar en las reformas sobre la relación del Poder Ejecutivo con el Poder Legislativo, por cuanto la ciudadanía no percibe una gestión útil de sus representantes en la solución de los problemas del país. Quien maneja la billetera, sea a nivel de alcaldes o a nivel nacional (Ministerio de Hacienda), parece ser percibido como la autoridad realmente legítima, y el resto de los representantes quedan entregados a discusiones teóricas poco productivas, y a veces, operan simplemente como buzón.

En consecuencia, debido a que estimo que el principal punto que debe perseguirse tras la reforma constitucional es cómo fortalecer la institucionalidad y la democracia representativa, me parece que es muy importante que en este debate sobre cómo vamos a aprobar la Constitución no le hagamos más daño al Congreso Nacional. El Congreso Nacional es hoy el que ostenta el poder constituyente derivado. Puede perfectamente abrir canales de participación ciudadana para, institucionalmente, innovar, como alternativa a un ejercicio probablemente elitista y bastante acotado en el tiempo, como sería una asamblea constituyente. El Congreso podría tener un trabajo permanente, abrir espacios de participación, escuchar a la ciudadanía de una manera extendida, sin abusar, claro, del presupuesto nacional. Me parece que seguir insistiendo en la idea de una asamblea constituyente no hace más que alimentar el descrédito del Congreso Nacional.

Termino diciendo nuevamente que no tengo muy claro qué quiere decir una nueva Constitución. Entiendo que el programa de la Presidenta lo contemplaba,

pero la verdad es que si no había consensos específicos sobre puntos específicos a modificar, es falso que exista un mandato definitivo sobre cómo modificar la Constitución. Existen, quizás, propuestas aprobadas mayoritariamente para crear un estado de reflexión constitucional, una instancia donde cada uno va a poder hacer sus aportes, pero no necesariamente una nueva Constitución que deba ser aprobada.

L. Sierra: Gracias, profesor Avilés. Gastón Gómez.

G. Gómez: Efectivamente, creo que, de lo que aquí se ha conversado, surge la idea evidente de que es posible alcanzar un consenso histórico que logre darle estabilidad política al país durante los próximos veinte años. Creo que hay espacio suficiente para ello en lo que aquí se ha discutido en relación con la estructura del Estado, a la forma de gobierno, a los derechos y garantías. Lo que he oído, me da la impresión, gira en torno a lo que Antonio [Bascañán] llamó el “consenso social-demócrata”, con alguna sorna –justificada, por lo demás–. No he oído aquí ninguna petición de principio fundamental ni radical, no he oído a nadie que quiera sustituir la forma de gobierno, ni cambiar de manera radical la forma del Estado, ni tampoco alterar el sentido mismo que tiene la democracia constitucional en la actualidad. De manera que veo ciertamente ese espacio de consenso.

Estoy de acuerdo con todo lo que ha dicho Francisco [Zúñiga], pero no por la vía que ha señalado –ahí creo estar en desacuerdo con todo lo que ha dicho en ese sentido–. Creo que la idea misma de que una Constitución sea legítima solo si emerge de una asamblea constituyente conforme al principio de mayoría, es un contrasentido. La idea de que es posible convocar una asamblea constituyente es la idea de que es posible generar un hecho al margen del orden constitucional y político actual, desde el cual crear, por vías que hasta ahora desconocemos enteramente, una nueva Carta Fundamental que sitúe las bases del Estado de nuevo. Eso presupondría, si esto fuera verdad, que cualquier resultado que emerge de una asamblea constituyente sería justo, correcto, moralmente deseable, políticamente conveniente, etc. Me parece que la historia institucional y constitucional del mundo demuestra que eso no es así. De hecho, la Constitución alemana sería inaceptable desde esta perspectiva, la Constitución japonesa carecería completamente de sentido democrático y para qué decir la norteamericana, hecha por un grupo de hombres esclavistas y agricultores. ¿Qué puede tener que ver la sociedad política norteamericana con ese mundo fundador que la impulsó? Nada, salvo que la Constitución norteamericana ha sido capaz de ir adecuándose y generando las

estructuras de legitimidad suficientes para la inclusión de los grandes sectores sociales y políticos que van surgiendo en la cultura norteamericana. Su sabiduría no reside en su legitimidad de origen, sino en cómo se ha gestado históricamente a lo largo de los últimos doscientos años. No se olviden que es la tontera de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1850 la que desata guerra civil, al negarse a reconocer la igualdad constitucional entre blancos y negros, elaborando su famosa teoría de iguales, pero separados o distintos. De manera que creo que el recurso de la asamblea constituyente es un recurso hoy día sencillamente imposible de asir, salvo que alguien quiera naturalmente crear un hecho al margen de la Constitución, como lo decía un candidato presidencial hace poco en un seminario. Cuando uno crea un hecho al margen del orden constitucional tiene que estar naturalmente dispuesto a las consecuencias que acarree eso: si uno abre la caja de Pandora, y quiere forjar un mundo distinto del que estamos, las consecuencias son impredecibles. Yo por lo menos no participo de esa vorágine.

En ese sentido, entonces, creo que hay un espacio importante para estructurar un campo donde la pluralidad y la deliberación pudieran cumplir un rol público y constituyente o reformador interesante. Eso es un proceso más largo y más complejo, y naturalmente va a requerir de una sabiduría y una finura constitucional que esperamos no sea equivalente a la reforma tributaria o la educacional, que ahora último hemos conocido. Es bastante extraño decir que hay un régimen constitucional enteramente ilegítimo desde sus orígenes, pero al mismo tiempo introducir las reformas más grandes que se le han hecho al sistema económico y político del país en los últimos veinte años a partir de la propia Constitución.

Tengo la percepción de que hay un espacio y una enorme disposición para acuerdos. Hay acuerdos de fondo que se advierten, pero también hay diferencias notables. Creo que el procedimiento constitucional para la reforma que establece la actual Carta es un espacio donde habrá que construir la pluralidad y la inclusión de todos los sectores. Creo que todos los sectores están abiertos a oír y a acercarse a posiciones razonables, pero creo que el problema más grande, como decía Verónica [Undurraga], es cómo incluir genuinamente a la gente, cómo satisfacer una de las características que la propia Presidenta puso. Debe ser una Constitución democrática y participativa, pero no sé cómo se puede lograr la idea de participativa. Entiendo que un plebiscito puede cubrir algunos de esos aspectos, pero tampoco me deja tranquilo pensar en un plebiscito que pueda ser aprobado con la

conurrencia solo de un 40 por ciento de la población. Es complejo el problema; no es nada fácil.

L. Sierra: Gracias, profesor Gómez. Enrique Navarro.

E. Navarro: Primero, la idea de tener una Constitución democrática parece siempre ser un deseo de todos y de cada uno de nosotros. Pero nuestra historia constitucional, en los tres experimentos que tenemos desde 1833 en adelante, no ha sido muy democrática, lamentablemente. Porque la de 1933 fue redactada por un grupo de ciudadanos ilustres (y, sin embargo, se mantuvo noventa y dos años); la de 1925 fue aprobada por una minoría (ya que los conservadores y radicales se abstuvieron y el Partido Comunista votó por el voto parlamentario) y rigió cuarenta años, a partir del año 1932 o 1933, cuando retorna Alessandri al poder. La actual Constitución, si entendemos que comenzó el año 1981, tiene treinta y tres años, de manera que está cercana a su “crucifixión”. Ahora, ¿qué puede ocurrir? Soy de la idea que la Constitución debe ser un texto básico, que reúna los grandes principios y los derechos fundamentales. Gastón [Gómez] comentaba el caso de la Constitución norteamericana; creo que ese es un claro ejemplo de cómo puede ser una Constitución breve y precisa, que se ha ido interpretando con el paso de los siglos, por supuesto que con mucha crítica respecto de algunas de las decisiones, pero donde hay un sentido de un texto esencial.

Respecto de la adhesión de los ciudadanos, estoy seguro de que si hacemos una encuesta, el 90 por ciento de los ciudadanos no tiene idea de lo que dice la Constitución y, probablemente, un grupo un poco menor en relación con los propios abogados. De manera que si los propios abogados no conocen la Constitución, qué se puede esperar de la sociedad entera. Como en el último período han resurgido los “constitucionalistas”, creo que esa tendencia puede revertirse de manera definitiva. Ahora, lo que creo que resulta fundamental es preguntarnos qué podemos exigirle en verdad a la Constitución. Porque la Constitución debe establecer un conjunto de normas esenciales –derechos fundamentales, mecanismos de control constitucional y distribución del poder político– y lo accesorio debe quedar entregado simplemente a una regulación legal. No veo por qué la Constitución, por ejemplo, tiene que regular una serie de materias como la elección durante los domingos. Existe otra serie de materias que, de manera evidente, uno podría perfectamente considerar que exceden lo razonable de un texto básico, como también sucede, por ejemplo, en la Constitución alemana. Entonces, a mí me parece que cada cierto tiempo los países reflejan ciertos

conflictos políticos y sociales, y esos conflictos normalmente se van a traslucir y materializar en un nuevo pacto.

Sacaba la cuenta que en ciento sesenta y cinco años llevamos tres Constituciones, más o menos cincuenta y cinco o cincuenta años por Carta, sin considerar, por supuesto, los primeros textos constitucionales. Hispanoamérica tiene más de doscientas constituciones en doscientos años. El problema es no caer en esa enfermedad hispanoamericana de redactar constituciones en veinticuatro horas, que se contienen en pocas páginas y que duran pocos días también. Y reitero: pensar que la Constitución va a resolver los problemas es exigirle demasiado, así como en muchos casos a los textos legales también se les pide en exceso. Por otro lado, es un hecho que obedece a ciclos sociales y creo que el momento en que se encuentra el país probablemente requiere de acuerdos y consensos que sean amplios y que reflejen la diversidad social que existe hoy día en Chile. Por tanto, debe tratarse de un texto que dé por lo menos estabilidad, no sé si para los próximos cincuenta años, pero por lo menos para una generación.

Creo que la Constitución, junto con establecer principios esenciales y buscar una forma de gobierno en la que haya acuerdo —que va desde el presidencialismo puro a un parlamentarismo o a un semipresidencialismo, que hay que analizarlo de acuerdo a la realidad que tiene el país—, debe buscar un mayor equilibrio entre el Presidente y el Congreso. Debe ser una Constitución que reconozca y resguarde derechos fundamentales que sean asegurados y tutelados por los tribunales, con un control constitucional efectivo, algo que a mí me parece fundamental a nivel de la Judicatura, de la Contraloría, del Tribunal Constitucional y de los órganos especializados.

Dado que fui aludido en la sesión pasada, en relación con el Tribunal Constitucional, quisiera precisar lo siguiente. Uno, insistir en la relevancia que tuvo el Tribunal a fines de la década de 1980 en materia de leyes políticas, de otro modo el plebiscito de 1988 habría carecido de legitimidad y, en ese sentido, fue valiente en una época en que muchos fueron bastante miedosos o callaron. En segundo lugar, en el régimen de las competencias, creo que es importante recordar que estas fueron modificadas el 2005 y ha pasado muy poco tiempo todavía para evaluarlas con suficiente rigor. Tercero, en cuanto a la integración, me parece que esta debe ser representativa de todos los órganos y, por lo mismo, de todos aquellos que pueden estar enfrentados en un conflicto. En lo que dice relación con las inhabilidades, el Tribunal en general ha sido bastante riguroso en cuanto a plantearlas de

manera particular. Cuando se ha emitido una opinión o dictamen sobre un asunto específico, en mi caso –al menos– planteé mi inhabilidad porque me parecía que un juez constitucional, como todo juez, debe exhibir una virtud esencial que es la prudencia –que en términos aristotélicos es el justo medio entre el exceso y el defecto– y, en tal sentido, yo prefería pecar por exceso mas no por defecto. Por último, hay que tener presente que el Tribunal Constitucional no tenía mecanismos de subrogación, y los suplentes de Ministro se establecieron en la ley orgánica, materia que incluso voté por su inconstitucionalidad porque no está presente en la Constitución ni existe mandato al Legislativo. Por tanto, esos mecanismos de inhabilidad deben ser muy acotados porque en caso contrario no hay Tribunal.

L. Sierra: Gracias, profesor Navarro. Germán Concha.

G. Concha: Quisiera referirme a dos temas. Uno de ellos tiene que ver con la reforma, y el otro tiene que ver con el sentido que le damos a la Constitución. En lo relativo a la reforma, a mi juicio no es lo mismo que ella sea posible a que sea urgente o indispensable. Creo que es evidente que cualquier constitución siempre va a poder ser reformada. Algo que tiene que estar arriba de la mesa, en esta materia, es que la constitución perfecta no existe y no va a existir, porque es obra humana por definición. Creo que en eso hay que evitar el error de hacer la comparación con el mundo perfecto, pues en la comparación de lo real con lo perfecto siempre va a ser derrotado lo real, pero eso no significa que necesariamente en un momento concreto exista una alternativa posible que sea mejor. En este sentido, como más de alguien ya lo ha dicho, no hay que olvidar que los procesos de reforma constitucional no son solo jurídicos, sino también políticos, y la política tiene que ver con el arte de lo posible y, por lo tanto, también está mediada por las capacidades y condiciones que se viven en cada momento. No creo que la Constitución necesite ser reconstruida o reemplazada de emergencia, porque, de lo contrario, el país se cae a pedazos.

Me preocupa particularmente, en este sentido, el argumento de la ilegitimidad, que, por cierto, no comparto. Me preocupa no solo porque se plantee la ilegitimidad en el origen y en el ejercicio, lo que significaría decir que en estos treinta y tres años todo lo que se ha hecho no vale. Quiere decir entonces que las reformas y las autoridades que han pasado en estos años tampoco valen, porque la Constitución habría tenido históricamente un déficit que nunca se ha saneado.

Francisco [Zúñiga], me parece, aludía a la necesidad de un segundo acuerdo nacional. Yo creo que ya existió el segundo acuerdo nacional cuando la

oposición al gobierno militar se inscribió en los registros electorales y participó en el plebiscito de 1988, lo ganó, y después acordó una reforma constitucional, y no siguió en la lógica del acuerdo de 1985 que apuntaba a la renuncia del general Pinochet y a una nueva Constitución en ese momento. Ahí hubo un segundo acuerdo nacional, que significó hacer las cosas de una manera distinta, lo que se ha venido haciendo sucesivamente, y creo que es muy peligroso decir ahora que se olvide todo eso que se ha hecho. Volviendo sobre la discusión del déficit: creo que se eligió un camino y ese camino ha sido exitoso. Es difícil explicar la idiosincrasia chilena: un país que ha tenido éxito, pero que se mira a sí mismo como si fuera un desastre. Entonces pareciera ser que tenemos un enfermo que se muere mañana si no lo arreglamos, cuando la imagen de cualquiera que mire desde afuera sería exactamente la inversa.

En el tema de la asamblea constituyente, manifiesto mi absoluto desacuerdo con ella. No por el procedimiento en sí mismo, sino porque creo que cuando hay una institucionalidad y el país está en régimen de normalidad, no hay razones para saltársela. La señal que se da el saltarse la institucionalidad es muy peligrosa y no se sabe en qué puede terminar. En ese sentido, la sensación del momento cero y de que es necesario hacer todo de nuevo, es muy peligrosa cuando efectivamente los países están funcionando. Son señales, creo, muy contradictorias.

Respecto del sentido de la Constitución. Lo primero tiene que ver con que, de lo que he escuchado de algunos planteamientos, el objetivo de la Constitución sería garantizar que la mayoría pueda hacer lo que quiera, porque la mayoría siempre tiene razón. Un poco como lo que decía Gastón [Gómez], cuando aludía a la idea de que si la reforma se hace por una asamblea constituyente, entonces esa reforma será necesariamente correcta. Yo entiendo que el objetivo de la Constitución, y esa es la lógica de las constituciones desde la Carta Magna hasta acá, es exactamente el contrario: es garantizar un sistema que controle el poder, sea quien fuere que lo tenga. No parece que sea la solución volver sobre la discusión platónica y tratar de garantizar el gobierno de los sabios; creo que es precisamente al revés: cómo establecemos procedimientos que nos garanticen controlar el poder. En ese sentido me parece que pensar que porque cambiamos el sistema electoral, o porque le damos más poder al Congreso, o porque una Constitución se aprueba con un determinado procedimiento va a instalar a las autoridades perfectas, es una alteración de la lógica básica tras la idea de Constitución. Las reglas supramayoritarias tienen esa misma lógica básica: hacer razonablemente difíciles las cosas

para quien sea que gobierne, para evitar que pudiera ser fácil pasar por encima del ciudadano de a pie.

Finalmente creo que, en relación con el sentido de la Constitución, está la pregunta acerca de si ella es un acuerdo en los medios o es un acuerdo en los fines. Yo comparto la tesis de que la Constitución es un acuerdo en los medios, pero creo que ese acuerdo en los medios no significa necesariamente neutralidad, pues no existe una Constitución neutra. Desde el momento que uno garantiza la libertad individual o la autodeterminación o el derecho a la vida, está tomando una posición respecto de qué es lo que considera que es fundamental, aun a nivel de medios. Me parece peligroso el argumento de que porque la Constitución de 1980 tiene demasiada definición de contenidos hay que hacer otra, porque pareciera que esa otra lo que quiere hacer es cambiar esa definición de contenidos para moverla hacia otro lado.

Tal como lo planteaba el profesor Bascañán en la primera sesión, es muy crítico el tema de cuál es el quórum de reforma de la futura Carta. Podría existir una trampa grave al decir bájenme los quórum de esta Constitución para que la cambiemos hacia un sentido muy distinto, y después hagamos que no pueda cambiarse nunca más. Creo que lo fundamental es que la Constitución tiene que ser suficientemente difícil de reformar para que cumpla el objetivo que tiene que cumplir: una suerte de disciplina de todos los poderes. Me parece que esa disciplina no se resuelve pensando que en algún momento vamos a encontrar un poder perfecto que lo va a hacer todo bien, sino asumiendo que lo que tenemos que hacer es crear equilibrios que funcionen, no obstante que sea probable que no siempre encontremos a esas personas que lo hagan tan bien.

L. Sierra: Muchas gracias, profesor Concha. Emilio Pfeffer.

E. Pfeffer: Hay quienes consideran que el texto actual de la Constitución adolece de una seria falta de legitimidad democrática, mientras otros le adjudican una menor importancia a ese cuestionamiento por cuanto la Constitución se habría legitimado en su ejercicio por las sucesivas reformas de la que ha sido objeto, y porque el proceso político ha regido con un relativo grado de eficacia en los últimos 25 años. Hay quienes también estiman que tal déficit no existe. Ahora bien, el problema que observo es que la discusión gira en torno a conceptos que amarran posiciones y que llevan a trincheras. En esa línea, cuando se instala la idea de una nueva Constitución –y no de reformas– y además se añade que debe ser aprobada por medio de un determinado mecanismo de asamblea constituyente

—al margen de la institucionalidad que nos rige— se empiezan a cerrar los espacios para el diálogo institucional que debe principiar en el Congreso, en donde reside el poder constituyente derivado. Es allí donde debieran hacerse las discusiones, los debates e identificar los consensos, sin perjuicio de que se transite paralelamente por una vía lo más amplia y participativa posible, escuchando a la ciudadanía, pero en la sede institucional que corresponde y que pueda, en último término, concluir dicho proceso con una ratificación del texto de las reformas acordadas por la vía de un plebiscito, si es que eso eventualmente satisface las inquietudes de quienes consideran que ese es el único camino para revestir de una nueva legitimidad a la Carta Política que echan en falta. Pero, insisto, el problema es que esos planteamientos parten de dos ideas: nueva Constitución y asamblea constituyente, que son, en mi opinión, incompatibles con las vías institucionales.

La utilidad de estos diálogos es que nos ha permitido avanzar en la identificación de los consensos en determinadas materias sobre la cuestión constitucional y sobre la base de los cuales eventualmente pudieran articularse acuerdos políticos que se traduzcan en un perfeccionamiento, en una reforma o en una modificación sustancial de la Constitución. Pero al contrario, si la nueva Constitución y la asamblea constituyente se predicen como un objetivo político, que claramente distrae la búsqueda de consensos en torno al contenido de las reformas, veo muy difícil zanjar la cuestión constitucional que se ha instalado en la agenda pública.

L. Sierra: Gracias, profesor Pfeffer. Claudio Moraga.

C. Moraga: Tratando de ser muy breve, y a propósito de las constituciones alemana, japonesa y norteamericana, a las que hacía referencia Gastón [Gómez], para mí el común denominador de esos tres ejemplos es que son constituciones que se otorgaron en periodos de crisis. Y es el mismo común denominador de la Constitución de 1980 y probablemente podría ser el mismo común denominador de una nueva Constitución en Chile hoy. El punto es que intentar reemplazar la Constitución en un periodo de cuatro años es algo demasiado ilusorio. El constituyente originario sabe que desde el momento en que entrega una Constitución otro poder constituyente originario puede simplemente sustituirla de inmediato, o el poder constituyente derivado puede modificarla en la parte que estime. Es decir, yo no creo que una nueva Constitución sea de por sí algo negativo para el país. Comparto que en su origen la Constitución de 1980 no es legítima, pero sí reconozco que estas puestas al día que ha tenido, desde 1989 en adelante, le han ido dando legitimidad. Sin embargo, en mi opinión, la legitimidad no alcanza a

responder la pregunta de por qué no puede haber otra nueva Constitución en Chile.

Volviendo al tema del plazo de los cuatro años, creo que hay que trabajar pensando en periodos de más largo plazo. Si uno revisa los cambios de la Constitución desde 1990 en adelante, la oposición siempre ha sido reacia desde un inicio. Estoy recordando declaraciones al interior del propio Parlamento en que se decía inicialmente que no se iba a aceptar ninguna reforma constitucional porque había que probar la manera cómo funcionaban sus disposiciones –y al año siguiente ya había una reforma–, o no se iba a cambiar a los senadores designados –y Sergio Diez fue uno de los partícipes que consideró que esta cuestión no podía seguir sosteniéndose y que había que hacer el cambio–. Es decir, la oposición en algún momento se va a sumar a este cambio, pero no en estos cuatro años. Entonces, tratando de hacer un poco de ciencia ficción y a propósito de lo que planteó Francisco [Zúñiga], lo que echo de menos, como producto de un acuerdo nacional, es un anteproyecto de nueva Constitución. Bajo el supuesto de que se va a modificar el sistema binominal, este anteproyecto debiera ser parte de la próxima campaña eleccionaria. Por consiguiente, con ese anteproyecto, y con el cambio al sistema electoral, será posible saber en definitiva si habrá quórum suficientes para que un próximo Congreso, a partir del año 2018, pueda cambiar la regla de modificación de la Constitución para permitir, de alguna forma, el cambio de la Constitución completa. ¿Cómo lograr este anteproyecto? Evidentemente tiene que haber la mayor cantidad de participación posible, y hablo de participación sectorial y además territorial. Es decir, participación de los distintos sectores políticos, sociales, de trabajadores, sindicatos, profesionales, etc., y, al mismo tiempo, participación desde la región de Arica hasta la de Magallanes.

Me queda la duda de si no es necesario además pensar en un plan B, que consista en introducir modificaciones parciales a la Constitución, esto es, en ciertas cuestiones fundamentales: el régimen político, la profundización de la descentralización, las leyes de quórum calificado. Es decir, me parece que podría ser un avance contar con un anteproyecto que de alguna forma pueda servir como plataforma para discutir qué es lo que viene a continuación, sin dejar de lado la idea de utilizar probablemente este plan B para modificar parcialmente la Constitución mientras no sea posible su sustitución. La inquietud que queda, por último, es si el plan B podría debilitar precisamente la intensidad con la cual se pueda llevar a cabo un proceso de otorgamiento de una nueva Constitución en el futuro.

L. Sierra: Gracias, profesor Moraga. Profesor Ferrada.

J. C. Ferrada: Destacando las virtudes de estos encuentros, debo resaltar la oportunidad de haber escuchado posiciones distintas en este tema. Sin embargo, debo manifestar también una cierta amargura que me queda de este debate. Diría que la principal amargura es no haber logrado convencer a algunos de los presentes de la urgencia del cambio constitucional. Eso es una cuestión que a mí me duele, ya que creo sinceramente que si no hay cambio constitucional pronto –y estas son meras percepciones– esto puede terminar siendo por las malas, parafraseando a Fernando Atria. No por las malas en el sentido de que alguien va a tomar las armas, sino de crisis institucional. Creo que no tiene sentido esperar la crisis si uno se puede anticipar, y la manera más fácil de hacerlo es con una reforma pactada. Hace dos o tres años nadie siquiera pensaba que el sistema educacional podía estar en crisis en nuestro país. En este sentido, no creo que valga la pena esperar que otro grupo de presión nos ponga encima el problema de la Constitución, sino que es más razonable que nosotros lo planteemos no solo a nivel académico, sino a nivel político, reconociendo desde ya que en el intertanto pueden ocurrir dos cosas con la Constitución vigente –y no sé cuál de ellas es peor–. Una, que esta Constitución se transforme en un freno a las políticas de cambio que demanda la mayoría de los ciudadanos, aplicado este freno en el Tribunal Constitucional o en el veto parlamentario. O, dos, que se transforme en un texto irrelevante, que al final no cumpla ninguna función práctica, ya que nadie va a querer resolver o argumentar sobre la base de la Constitución. Esto ya está pasando un poco, por ejemplo, con el control preventivo de constitucionalidad, que se ha transformado en un control irrelevante, porque políticamente no es aceptable. Entonces, creo que no vale la pena estirar más las cosas y que es más razonable entrar a una discusión constitucional plena.

Además, la mayoría de los ciudadanos ya planteó esta exigencia en la última elección presidencial y no hay que hacerse el leso. La Presidenta Bachelet fue elegida con un programa de gobierno –por primera vez tomémonos en serio un programa– que señala expresamente que va a haber un cambio constitucional, definiendo las líneas de acción en esta materia. Entonces, si ese fue el programa de gobierno que se votó, por más del 60 por ciento de los ciudadanos que votaron, no podemos seguir haciéndonos los lesos diciendo que el 60 por ciento de los ciudadanos no representa a nadie. Podemos inventar muchas estrategias para defraudar esa votación, pero creo que, finalmente, está claro en nuestras conciencias que la

mayoría de los ciudadanos quiere hacer un cambio constitucional. Probablemente con poco conocimiento de qué significa, pero con percepciones muy razonables de que eso implica apertura a ciertas áreas que hoy no están en la discusión pública. Cuando los columnistas escriben los fines de semana que no se puede hacer una reforma tributaria o una reforma educacional como las que se están discutiendo porque son contrarias a la Constitución, están planteando de manera indirecta que es necesario cambiar la Constitución. Ellos van generando la urgencia de un cambio constitucional.

Insisto en que tenemos que ser conscientes de eso y hacer el cambio constitucional con los consensos que probablemente sean necesarios, pero sin olvidar que el consenso no va a ser suficiente. Si creemos que vamos a romper o vamos a desinflar la presión que hay sobre la Constitución, sobre la base de un consenso parlamentario, estamos muy equivocados. Porque lo que va a ocurrir es que con ese acuerdo, cualquiera sea su contenido, si no lleva envuelto además otro mecanismo de legitimidad adicional, vamos a volver en cinco años más a la misma discusión que estamos teniendo hoy día.

L. Sierra: Gracias, profesor Ferrada. Profesor Bassa.

J. Bassa: Me llama la atención que abriéramos nuestro ciclo hablando sobre mecanismos para una nueva Constitución y ahora lo estamos cerrando con lo mismo. Tras seis semanas de discusión en torno a los contenidos, pareciera que allí no están las grandes diferencias –lo que en principio pareciera ser positivo– sino que estas radican en el mecanismo, en cómo vamos a llegar a una nueva Constitución. Quisiera celebrar que parecieran haber más acuerdos que distancias en esta mesa, lo que debiera augurar futuros espacios de encuentro en un proceso de deliberación constituyente.

Sobre la discusión acerca del método y acerca de los contenidos, me parece que la pregunta clave que debe orientar nuestras reflexiones debe ser por qué estamos sentados en esta mesa. ¿Qué contingencia nos ha llevado a compartir este ciclo? Me parece que enfrentamos un momento constituyente como consecuencia del largo periplo de ilegitimidad de la Constitución vigente. Desde esa perspectiva, el tema no es si se verificó o no una eventual legitimación de ejercicio luego de estos largos años. El dilema central es por qué, a pesar de ese ejercicio, la ilegitimidad sigue siendo un tema vigente y relevante. Si el asunto mantiene su vigencia, se debe a que algo esconde la ilegitimidad de la Constitución: un pueblo que, finalmente, no la reconoce como propia. Y ahí tenemos un problema. Ahora,

si esta denuncia de ilegitimidad de la Carta arrastra la ilegitimidad de todo lo obrado en estos veinticinco años, claramente no es así. Lo que sí significa es que hay importantes críticas a elementos que una Constitución protege, demandadas por la ciudadanía, y que el orden constitucional ha vuelto invisible. Hay espacios de deliberación que hemos abandonado a decisiones tomadas en un contexto histórico que nada tiene que ver con la sociedad actual, ni con las necesidades de la comunidad de hoy, que cuenta con sujetos y agentes nuevos. Como explicaba el profesor Palma: hay nuevos agentes en el Derecho, nuevos titulares de derechos fundamentales de los cuales no nos hemos hecho cargo institucionalmente.

Yo me atrevería a decir que hay importantes sectores de la sociedad civil que no resistirían una nueva Ley 20.050, es decir, no resistirían la escenificación de una reforma presentada como profunda, pero que al final no altera las condiciones y relaciones materiales de poder. La gente sí resiente el estado actual de las cosas, y lo vive día a día en materias de salud, trabajo, seguridad social, transporte público, educación, etc. Desde esa perspectiva, creo que nuestro desafío es canalizar de modo adecuado esta reivindicación social, antes de que la próxima vez que discutamos una nueva Constitución sea efectivamente en un escenario de crisis institucional. El desarrollo económico, pero también el desarrollo social del país, requiere estabilidad política, la que no se vislumbra si esta demanda sigue vigente durante los próximos 20 años.

Ante este escenario constituyente, y para aplacar ciertos temores, parece necesario repetir que el uso de las palabras da cuenta de ciertos contenidos. Cuando un pueblo dice ‘Constitución’, cuando dice asamblea constituyente, no está diciendo cualquier cosa. Siguiendo aquí a Böckenförde, las palabras tienen contenido y, de alguna manera, nos obligan (Böckenförde 2000, pp. 176-177). De una asamblea constituyente no puede sino resultar una Constitución. Saldrá un texto que muy probablemente dé cuenta de lo que ha sido toda nuestra historia y cultura constitucional, aunque puede que no la de los últimos cuarenta años, sino aquella que participa de la tradición constitucional occidental, aquella que ha abrazado, por ejemplo, los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial. Por tanto, no se justifican los temores dirigidos hacia ese espacio de deliberación y decisión política y ciudadana que sería una asamblea constituyente que, en estricto rigor, no es radicalmente distinto de lo que hoy hace un Congreso.

L. Sierra: Gracias, Jaime Bassa. Profesor García.

J. F. García: Quisiera hacer dos reflexiones. En primer lugar, quisiera lanzar algunas ideas en torno al cambio constitucional, la asamblea constituyente y lo que se viene; en segundo lugar, compartir cierto optimismo respecto de mis expectativas sobre el futuro en este ámbito.

En primer lugar, creo es un error demonizar en abstracto la asamblea constituyente. Es una vía más, un mecanismo más. Claro, tengo una posición crítica a cómo se ha introducido al debate nacional, esto porque se planteó inicialmente sobre la base de una lectura de potestades implícitas que tendría el presidente de turno para hacerlo. Pero tampoco me preocupan los argumentos consecuencialistas; el argumento de abrir una caja de Pandora no me inquieta. Sí me preocupan tres cuestiones específicas respecto de la asamblea constituyente.

La primera es que salvo uno o dos casos de unos ciento ochenta que se podría mirar, no existen casos de asambleas constituyentes bajo condiciones de estabilidad institucional. Podrá haber desafección política, una democracia imperfecta, etc., pero no una crisis institucional. Una asamblea constituyente para el Chile de hoy me parece más bien una excentricidad. Por otra parte, no estoy convencido de que con la elección de una asamblea constituyente aumenten las condiciones de igualdad política o de deliberación para enfrentar el debate sobre reforma o cambio constitucional. Sería nefasto que la foto de la asamblea constituyente fuera una, como estoy seguro que sería, mucho más elitista que la foto que tiene hoy el Congreso Nacional. Asimismo me preocupa quienes ven en la asamblea constituyente con cierta beatería, algo así como un rito de exorcismo o el bautizo a una nueva democracia y a un nuevo Congreso, desplazando el rol central que tiene este como constituyente derivado. En efecto, subyace un cierto ánimo de avanzar hacia una democracia plebiscitaria que trasciende la asamblea constituyente y creo que lo único que vamos a conseguir es pegar un tiro de gracia a un Congreso que ya está en el suelo, desprestigiado.

En segundo lugar, quisiera compartir una cierta nota de optimismo respecto del futuro de este debate. Creo, parafraseando al Ché Guevara, que existen “condiciones objetivas” no para la revolución, sino que para una reforma constitucional exitosa. A pesar de que también veo un cierto espíritu maximalista y utópico que la puede echar abajo, salgo optimista de las discusiones que hemos tenido. Veo grados de acuerdo importantes en temas sustantivos, acuerdos que hasta hace muy poco eran impensables. Respecto de las formas, del proceso de reforma o cambio constitucional, veo propuestas compartidas de incluir mayor participación ciudadana en el proceso, tanto ex ante como ex post. Tempranamente un senador de

oposición propuso un plebiscito ratificatorio de la reforma que hiciera el Congreso. Me parece una propuesta sensata.

He visto también que una reforma profunda a la Constitución puede derivar en una nueva Constitución, firmada por esta Presidenta o por un nuevo Presidente en el futuro, y que eso no preocupa ni al originalista más acérrimo. También he visto, en esta mesa, un ánimo de dejarle un espacio fundamental, pero acotado a la Constitución y un espacio amplio a la democracia, y eso me llena de optimismo. Creo que el que hayamos tenido más de treinta reformas constitucionales a la Carta actual ha hecho que la reforma se haya depreciado como concepto. Y para los que hemos defendido durante este debate la idea de evolución constitucional, las reformas constitucionales no son solo palabras, sino que compromisos profundos que pueden redimir los pecados de la generación anterior. Fue aquello que defendieron en su minuto Lastarria, Huneeus o Vicuña Mackenna: cambiar los excesos de una constitución pelucona, autoritaria.

L. Sierra: Gracias, profesor García. Rodolfo Figueroa.

R. Figueroa: Lo que yo veo es que seguimos siendo buenos para proponer cosas, pero no para mostrar la evidencia que indica por qué eso que proponemos va a funcionar bien. Proponemos modelos que tomamos de otras partes, sin adjuntar evidencias que demuestren cómo funcionan y cómo habrían de funcionar en Chile. Tenemos poco de científicos sociales; somos más ideólogos que analistas. En Chile no tenemos estudios sobre el funcionamiento del sistema presidencial o sobre cómo funciona el semipresidencial en los países donde está vigente. Esta crítica se aplica a las propuestas de reformas al Tribunal Constitucional y para qué decir a la discusión que estamos teniendo sobre la reforma tributaria o la educacional. Se proponen modelos de cambio, pero no están las evidencias que indiquen por qué esto va a funcionar mejor o en qué se sustentan. Creo que esto es un déficit de cómo funcionamos. Es un *modus operandi*: proponer cosas sin que haya un diagnóstico, y cuando lo hay, poco discutimos sobre él. En general, nunca discutimos sobre hechos; no tenemos discrepancias metodológicas, por ejemplo. ¿Por qué no? Porque no tenemos estudios. Entonces, la discusión es puramente ideológica y, claro, es difícil avanzar en ese punto. Creo que es una debilidad que tenemos como académicos y como políticos.

En relación con la asamblea constituyente y los mecanismos de reforma, me gustaría hacer un punto de intermedio entre la postura de Francisco Zúñiga y la de Gastón Gómez. El problema que yo veo en los entusiastas defensores

de la asamblea constituyente es que tienden a hablar poco del contenido de una nueva Constitución. Jaime Bassa dijo ahora algo sobre ese punto, pero en general no hablan de eso. Parece que lo único que importara es el procedimiento, ya que, de hecho, normalmente los defensores de la asamblea constituyente la defienden aludiendo a la ilegitimidad de la Constitución de 1980.

Creo que es un problema ver el tema de la nueva Constitución solo como un asunto de procedimiento. Para ver este problema, sugiero considerar la explicación que ofrece Rawls sobre los procedimientos de justicia, quien distingue la justicia procesal perfecta, la justicia procesal imperfecta y la justicia puramente procedimental (Rawls 1971). La primera corresponde al caso en que se dispone de un criterio sustantivo sobre lo que es justo y de un procedimiento para conseguirlo (partir un pastel y que elija último quien lo corta). La segunda corresponde al caso en que existe lo primero pero no lo segundo (como el proceso penal). Y la tercera consiste en la hipótesis de que no existe un criterio sustantivo sobre lo que es justo, de modo que se diseña un procedimiento que si se sigue estrictamente, cualquiera que sea el resultado de dicho procedimiento, ese resultado se considerará justo, como ocurre con los juegos de azar (no tenemos un criterio de justicia sobre quién debería ganar la lotería). Por eso, todos pueden participar y, quien sea que la gane, eso se considerará justo.

Creo que los defensores de la asamblea constituyente están pensando en el tercer tipo de justicia, la justicia puramente procedimental, porque no tenemos un acuerdo o un criterio sustantivo acerca de qué debe decir una Constitución o cuándo se debe considerar justa. Por tanto, se descarta el primer y segundo tipo y solo queda el tercero. Así las cosas, cuando se defiende la idea de una asamblea constituyente, sin aludir ni exigir contenidos específicos, se está sugiriendo que cualquiera que sea la Constitución resultante, ella deberá ser considerada justa y legítima. Creo que esta teoría política nadie está dispuesto a suscribirla. Todos tenemos una idea en la cabeza sobre qué es una Constitución justa. Creo que ninguno estaría dispuesto a decir que lo que sea que aparezca del proceso constituyente debe ser considerado justo. Pero esa es, creo, inevitablemente, la postura a la que uno debe llegar si es que defiende la idea de una asamblea constituyente, ya que se trata de un modelo de justicia puramente procedimental. Mi punto es que no creo que sea una tesis política que los defensores de la asamblea constituyente estén dispuestos a suscribir. Si la constitución resultante es injusta (desde el punto de vista que sea), las personas que suscriban ese punto de vista se van a oponer

a esa Constitución. Entonces, veo un problema en la defensa de una asamblea constituyente sin poner atención en los contenidos.

L. Sierra: Gracias, profesor Figueroa. Antonio Bascuñán.

A. Bascuñán: Creo que el aprendizaje de la mesa, por lo menos en mi caso, es que no hay inconmensurabilidad en los planteamientos que se han propuesto. No hay una propuesta revolucionaria o contrarrevolucionaria que pretenda desentenderse de un vínculo más o menos robusto entre democracia representativa y ciertos derechos individuales que permitan independencia frente a los procesos de ejercicio de autonomía colectiva, o al menos una tensión razonable entre autonomía colectiva y autonomía individual. Ni siquiera me pareció ver que hubiera una discrepancia fundamental en lo que respecta al control judicial de la constitucionalidad de las leyes, cosa que debo reconocer me sorprendió.

Pero que no haya inconmensurabilidad, a mi juicio, no significa que sea propicia la posibilidad del acuerdo. Desde luego, habiendo inconmensurabilidad, el acuerdo es imposible. Si bien el acuerdo es posible, no sé si sea tan optimista su probabilidad como la celebra Gastón [Gómez]. Desde luego, veo que hay dos posiciones: una que favorece la idea de la Constitución mínima y otra a la cual esa idea no le interesa. Mínima como subrayó Verónica [Undurraga], en una oportunidad, no como la Constitución de 1980 menos ciertos artículos, sino que mínima como otra Constitución que se tome en serio la idea de una regulación contramayoritaria mínima. Ahora, que exista cierto planteamiento a favor de una Constitución mínima, no significa que haya acuerdo en ese mínimo. Pero, por lo menos, pienso que ese planteamiento tiene más probabilidad de lograr coherencia que la idea de que quizás sea posible un acuerdo maximizador. Ahora, lo que me resulta más problemático de esta idea de un acuerdo maximizador es el modo como pudieran ponerse de acuerdo las posiciones contrarias en la mesa, en relación con la definición de los derechos constitucionales. Tengo la impresión de que hay un alto riesgo de una acumulación de contenidos que se caracterice por su indefinición, lo cual tiene un alto riesgo de inconsistencia y que se decida dejar la resolución de esa inconsistencia a cargo del Poder Judicial. Y eso me parece que genera un riesgo.

Ahora, en cuanto a la contribución específica que puede hacer un cuerpo de profesores de derecho, Julia [Urquieta] dice que ningún profesor de derecho puede presentarse como neutral respecto de su matriz ideológica. Francisco [Zúñiga] también nos dice que ningún comité de profesores de derecho puede sustituir el proceso político. Las dos aseveraciones son enteramente verdaderas al punto que

son triviales. Yo no sé si un profesor pretenda presentarse como prescindiendo de matriz ideológica, y desde luego no me imagino que un grupo de profesores pueda pretender redactar una Carta y que eso sea satisfactorio para el país. Entonces la pregunta no es si uno puede escindirse o ser autosuficiente; la pregunta es cuál es la contribución específica que uno puede hacer (en la mesa, por cierto, hay profesores que tienen además responsabilidades de conducción política; ese no es mi caso). Me parece que es inevitable que haya una contribución específica que satisfaga estándares específicos, que son propios de la actividad académica, y que pretender neutralizar esa carga implica erosionar la contribución que uno pueda hacer al país. Rodolfo [Figuerola] dice que no tenemos ciencia política. Yo diría que hay una cuestión central: la manera como los cuerpos de profesores sensatos han abordado estas cosas es que se dividen el trabajo y generan una colección, aprovechando la oportunidad para cambiar el horizonte de referencia. Creo que la gran oportunidad de los procesos de transformaciones globales o radicales de legislación y de la Constitución, es la posibilidad de cambiar el horizonte de referencia, no solo desde el punto de vista empírico sino que, por ejemplo, haciendo una revisión de los clichés de la historia constitucional chilena y del derecho comparado. Así se puede avanzar y podemos aprender mucho. Por ejemplo, uno puede pensar en cómo el Reino Unido ha decidido enfrentar el problema equivalente al control de convencionalidad, transfiriendo el problema a quién es responsable de adecuarse al derecho internacional y no asumiendo esa responsabilidad la propia judicatura, lo que me lleva a lamentar que no tengamos una discusión sobre la organización judicial. Desde luego, desde el punto de vista de una Constitución mínima es muy razonable pensar que la Constitución diga poco acerca de la organización judicial y que esa sea materia de legislación. Pero la definición de la Corte Suprema, y particularmente la definición de las relaciones de la Corte con el resto de la judicatura, son esenciales, y sobre eso no hemos tenido oportunidad para discutir.

Por último, en cuanto a procedimientos, yo tengo la impresión de que la asamblea constituyente es una especie de funa, por la cual se amenaza para lograr un resultado dentro del proceso formal. Me gustaría simplemente cerrar diciendo que no tengo muy clara la interpretación de las demandas en tanto que demandas radicalmente ciudadanas. Me parece que hay una confusión entre genuinas demandas del mercado no satisfechas por deficiencias no estructurales, del modo como Chile, privada y públicamente, presta servicios, y demandas de reivindicación ciudadana o de reconocimiento ciudadano. Y no es neutral la explotación de las

primeras demandas como si fueran las segundas. Detrás de eso, me parece que hay un problema político importante; pero claro, no es una cuestión sobre la que tenga que pronunciarme en esta mesa.

L. Sierra: Gracias, profesor Bascuñán. Francisco Zúñiga.

F. Zúñiga: Me preocupa una falacia lógica con una proyección cognitiva y política. En las palabras de Germán Concha y de Víctor Manuel Avilés observo la afirmación hegeliana contenida en el prefacio de los *Principios de la Filosofía del Derecho*: “Lo real es ideal” o *Hic rhodus, hic saltus* (Hegel 1975). Se confunde normatividad con facticidad cuando se afirma que la Constitución ha tenido más de treinta y tres reformas y, entonces, no podría negarse que tiene la legitimidad del ejercicio ganada, por tanto esta es una discusión irrelevante, que carece de urgencia y no es indispensable. Pero también hay una falacia lógica que se proyecta en el campo político en la afirmación de Enrique Navarro, y que lleva a empatar ilegitimidades entre la Constitución de 1833 (gestada en el contexto de un sistema político oligárquico), la Constitución de 1925 (en el contexto de un sistema político en cambio) y la de 1980 (montada sobre un fraude político). No podemos incurrir en la falacia de empatar ilegitimidades. Tenemos que hablar en serio sobre la legitimidad democrática de la Carta vigente y de la nueva Constitución a la que aspiramos. Por tanto, yo les diría a mis colegas que la Constitución vigente carece de legitimidad de origen y tiene una deficitaria legitimidad de ejercicio.

En cuanto a la afirmación de Gastón Gómez y de Antonio Bascuñán, les quiero señalar que como el ejercicio de poder constituyente es una cuestión política, mi postura es conferirle prioridad política al poder constituyente derivado. Valorar la posibilidad de un acuerdo nacional como un plus de legitimidad. Pero no renunciar ex ante al recurso del poder constituyente originario. Esto no es una funa con la que se amenaza para obtener un acuerdo satisfactorio maximalista en términos de utopía constitucional, porque, de lo contrario, cuando tú tienes un escenario de déficit de legitimidad y de crisis de representación de las instituciones políticas y no adviertes como posible una crisis de las instituciones, simplemente creo que estamos ante una situación de ceguera política. Más allá de la discusión de si lo que necesitamos es una Constitución mínima o máxima, yo no aspiro a ningún maximalismo utópico. Me quedaría conforme con una Constitución de consenso social demócrata; sería lo más cercano al Edén para un no creyente.

L. Sierra: Gracias, Francisco Zúñiga. Jorge Correa.

J. Correa: Solo titulares por la brevedad del tiempo. Primero, esto es un acto político. No obstante el trato de profesores que nos da el moderador, asumo que esto es un acto de contenido político, por lo que me animaré a un análisis político.

Comparto con varios que me han antecedido la idea de que las constituciones son generalmente hijas de procesos de crisis, nacen y cambian en ellos. Me parece que aún no están dadas las condiciones del proceso de crisis institucional chileno para que nos veamos inevitablemente forzados a una nueva Constitución. Creo que la señal más clara de eso es la postergación que hace el gobierno del tema constitucional. Los partidarios de la asamblea constituyente se van quedando bastante solos y sin Bachelet pesan muy poco; la derecha celebra con champagne que la Constitución no se la vayan a tocar, aunque esté dispuesta a algunas otras concesiones.

¿Este escenario debería preocuparnos o no? Personalmente pienso que quedarnos con la actual Constitución no es tan malo si desaparecen las supramayorías para aprobar las leyes orgánicas constitucionales y el binominal para nombrar a los parlamentarios. Al resto de los contenidos podría hacerles muchas críticas, pero pienso que podemos razonable y democráticamente convivir con ellos. Es cierto que hay problemas de salud, de transporte, etc., pero son problemas de políticas públicas y la Constitución no entorpece los cambios que son necesarios. Pienso que las referencias a la seguridad nacional y a otras cosas van quedando en una retórica que yo quisiera sacarle a la Constitución, pero que, en definitiva, no tienen dientes y pienso que el contenido de la Constitución, salvados los dos problemas mencionados, no impide o siquiera perturba una buena convivencia democrática. Por lo tanto, y desde esa perspectiva, siempre que cambien el binominal y las leyes orgánicas constitucionales, no me parece aterrante este escenario de convivir dentro de los límites de la Constitución vigente.

Pero hay otra perspectiva, en la cual se han enfocado varios: está instalado que la Constitución no tiene legitimidad. Cada uno hará el juicio de cuán instalada está esta aseveración. Personalmente, pienso que está instalada la idea de que con esta Constitución el país no funciona, y por lo tanto está muy débil como texto para soportar cualquier crisis. En algún momento van a venir las crisis –si las condiciones de crisis hoy no son suficientes para derribar la Constitución, vendrán otras que serán más fuertes–. Entonces la pregunta que tiene que hacerse, fundamentalmente la derecha, es si en condiciones de crisis más profundas de las que tenemos hoy día va a nacer una buena Constitución o una peor de la que hoy podrían colaborar a redactar. Esa pregunta yo se la pondría especialmente a la

derecha política: ¿No les irá a venir peor el escenario constitucional más adelante? Ese es un juicio prudencial que yo creo que ellos tienen que hacer. Si advierten que el escenario probablemente va a venir peor, lo responsable sería seguir preparando y empujando el cambio constitucional en el actual escenario de relativa crisis política, donde todavía tienen representación parlamentaria para estar en la mesa de negociaciones y seguir con la contribución específica que señalaba Antonio [Bascañán]. Para mí, la contribución más específica es seguir levantando la bandera de la necesidad de una nueva Constitución, que ojalá no se dé en un momento de mayor crisis, sino en un momento de relativa crisis, como el que estamos ahora.

Para ser aún más específico, en materia de derechos fundamentales, me parece que está instalada la discusión –que hay que aclararla– y advertir bien las posiciones de las distintas posturas, especialmente en materia de DESC. Pero donde yo creo que hay muy poco o nada dicho y es un terreno baldío, es en materia de régimen político. Mientras no se responda más a fondo la pregunta acerca del régimen político deseable, es inconveniente o riesgoso apurar un nuevo texto constitucional, pues las posibilidades de errar son muy altas. Esa contribución específica no la hemos hecho.

L. Sierra: Gracias, profesor Correa. Eric Palma.

E. Palma: Primero, estamos en presencia de una nueva coalición, la Nueva Mayoría, que planteó la nueva Constitución como un elemento eje. Y esa nueva Constitución fue respaldada mayoritariamente por el electorado que fue a votar. Por lo tanto, ese es un dato de la causa, e intentar desconocerlo es un error político de enorme calado. Segundo, hay dos ministros en este gobierno, Ximena Rincón y José Antonio Gómez, que abiertamente se jugaron por la asamblea constituyente, y que hoy están a cargo de ministerios que no son arroz ni acompañamiento; son claves. Por lo tanto, otro error de enorme calado sería pensar que la asamblea constituyente y la idea de escuchar al constituyente originario está desahuciada y no tiene peso político en la Nueva Mayoría. Se equivoca, por lo tanto, el profesor Correa en decir que hay un déficit o graves problemas para la legitimación de esa idea, porque está absolutamente legitimada en un sector de la Nueva Mayoría.

En relación con el discurso sobre la legitimidad de origen y la legitimidad de la Carta de 1980, lo primero que me gustaría rescatar es que me parece sorprendente que se utilicen características, valores y principios del constitucionalismo clásico –como, por ejemplo, el tema del carácter casi pético de la Constitución–, basado en la soberanía nacional o popular, para defender una Carta Fundamental

que se originó en una dictadura. Es paradójico que una Carta Constitucional que niega radicalmente el valor más sustantivo del constitucionalismo clásico, que fue arrancarle la soberanía al monarca para dejársela a la Nación o al pueblo, use para justificar el contenido normativo de una constitución dictatorial ideas del constitucionalismo clásico. Desde el punto de vista del proceso formativo, ya que Antonio [Bascuñán] nos llamó la atención respecto de que finalmente somos académicos y tenemos ciertas tareas, sin lugar a dudas que es una tarea importante justificarles a los estudiantes por qué se legitima o se pretende legitimar una Constitución dada por una dictadura.

Otra cuestión de enorme importancia: creo que hay una confusión en los que sostienen y defienden la idea de que la Constitución es legítima, y el hecho de que haberla aplicado la legitimó en el tiempo. La Constitución es una fuente formal y también es un contenido normativo. Como fuente formal, es un procedimiento. Y la Carta actual, en su origen, tiene un procedimiento que todos conocemos. El profesor Zúñiga lo ha calificado como un fraude. La demanda por la asamblea constituyente es un problema fundamentalmente de fuente formal, pero también es un problema de contenido normativo. El punto está en que pareciera ser que algunos quieren defender la legitimidad de la Constitución desde el punto de vista del contenido normativo, pero ahí se encuentran con una gran dificultad. ¿Cuál es esa? Que uno puede hoy, después de todos estos años, preguntar derechamente a quienes defienden ese contenido normativo, qué creen en verdad. Porque después del resultado negativo del plebiscito, pasó a reformarse de inmediato en su contenido normativo, de tal manera que nadie puede sostener que la Constitución que se diseñó el año 1980 haya entrado en vigencia alguna vez siquiera. ¿Por qué a todo el mundo se le olvida el régimen transitorio? Cuando tenía que entrar en vigencia no pudo, ¿por qué? Porque aquellos que habían dicho que el texto era intransable —que era una encina a cuya sombra crecería el país— transaron el año 1989 el contenido normativo, que meses antes calificaban como el destino que aseguraba la prosperidad del país. ¿En qué creen, entonces?

La Concertación de Partidos por la Democracia nunca renunció a su derecho a seguir modificando esa Constitución, nunca lo ha renunciado y eso explica las treinta y cuatro reformas. Lo que ha venido ocurriendo es que distintos contenidos normativos están siendo transados a cada momento por quienes nos dicen que hay cuestiones que están legitimadas desde el origen, y no terminamos de entender qué es en realidad esa identidad constitucional de 1980 que ellos

legitiman. Porque las treinta y cuatro reformas hacen que uno pregunte, ¿qué es lo que defienden aquellos que dicen que la Constitución de 1980 es legítima? Si dos meses después de esa derrota crucial y definitiva se estuvo dispuesto a iniciar un proceso de reforma que no ha terminado.

Por otra parte, se incurre en el error, que en alguna medida lo anunció Francisco [Zúñiga], de confundir la eficacia de la norma –el uso de la norma– con su legitimidad. No porque una norma se use será legítima. Creo que lo que le está pasando a la Carta de 1980 es precisamente eso, que hemos logrado por primera vez utilizar un texto constitucional como auténtica norma jurídica. En eso, el recurso de protección ha tenido un papel crucial. Y precisamente ese uso de la norma, que implica que la población experimenta la Constitución como algo que sí tiene que ver con ella, es el gran forado que tiene hoy día el sistema, porque la gente está entendiendo que la Constitución no da el ancho a sus demandas. Entonces, la eficacia es la antesala de la pérdida de legitimidad de esta Constitución. Se equivocan todos los que creen que la gente no tiene idea qué es la Constitución y que tiene una distancia con ella. El propio profesor Navarro ha escrito sobre la eficacia y la trascendencia del recurso de protección en configurar un cierto ordenamiento jurídico a partir de 1980. Si han defendido que el gran aporte es el recurso de protección, no pueden decirnos entonces que la Constitución es algo ajeno a la ciudadanía.

Creo que es claro que falta todavía un poco más de reflexión en el sentido de que este ordenamiento jurídico constitucional no da el ancho. Parece que hay demandas que no van a ser satisfechas, aun cuando los miembros del Poder Judicial y el mismo Tribunal Constitucional hagan esfuerzos sobrehumanos para hacer que dé el ancho. Hay que avanzar hacia una nueva Constitución. Me parece que en ese sentido lo que destaca Gastón [Gómez] sobre cuáles son los puntos en común es el comienzo de esa andadura para avanzar finalmente hacia un nuevo texto.

L. Sierra: Gracias, profesor Palma. Cerramos con Arturo Fermandois.

A. Fermandois: Creo que está instalado que tenemos por delante que enfrentar reformas a la Constitución; si estas son reformas parciales, globales o una nueva Constitución, se resolverá en su minuto. Pero lo importante es cómo las vamos a enfrentar y con qué herramientas. Y aquí es donde recuerdo que la Constitución finalmente se creó para los recelosos del poder; es un contrapeso al poder. Me gusta esa definición porque creo que estamos obligados, todos los que estamos en esta mesa, a hacer un ejercicio de responsabilidad, de serenidad y de racionalización de los procesos que queramos impulsar. Esto vale para quienes están a un lado, al otro lado, o al medio de la mesa.

Pienso que la Constitución de 1980 pasa (y su necesidad teórica de reforma o su institución completa pasa) por un problema de afectos más que de defectos. Pienso que se ha construido todo un contexto de imputaciones a la Constitución de 1980 que tiene su justificación por su origen político, por medio de críticas hasta 1989 respecto de su total ilegitimidad, entre 1989 y 2005 en vistas de su perfeccionamiento, a partir del 2005, a mi juicio y especialmente a partir del 2009, como una herramienta para retornar al poder por medio de una bandera muy atractiva. Y finalmente hoy, el 2014, en que hay que cumplir las promesas que se hicieron. Al respecto, creo que tenemos que depurar nuestras críticas de todas estas etapas que sirvieron fines que no son necesariamente de la pulcritud de las instituciones que vayamos a diseñar. Por ejemplo, cuando se le imputa a la Constitución ser excesivamente privatizante, y uno se dedica a analizar en qué sentido pudo haber generado esa barrera; o cuando se le critica que ha detenido la expansión del Estado, y uno analiza que el primer proyecto de ley de una empresa estatal se manda recién el 2014; o cuando se analiza que no habría sido suficientemente tolerante con la expansión de los derechos sociales y uno analiza técnicamente si esa afirmación tiene sustento. En todos estos casos uno va llegando a sorpresas que nos obligan hoy, cuando hay que pensar probablemente en cambios importantes, en hacer un esfuerzo de serenidad y de evidencia científica. Creo, igual que el profesor Jorge Correa, que buena parte de las imputaciones que se hacen en la Constitución de 1980 pasan por políticas públicas. Y cuán conectada está la Constitución con las políticas públicas es un tema interesante, pero no es primariamente la Constitución la imputada.

Creo que hay una ignorancia de la Constitución. Hemos construido íconos para servirnos de ella en muchos sentidos. Por ejemplo se habla de régimen político. El presidencialismo que hoy día todos tenemos ganas de corregir, cuando se ha tenido la posibilidad de moderarlo, los Presidentes lo único que han hecho ha sido intensificar el presidencialismo. Y así lo podríamos decir con tantos otros temas. Creo que nos encontramos hoy día con la responsabilidad de llevar adelante reformas que tengan un componente superior de racionalidad, y creo que este ciclo de diálogos ha contribuido bastante a iniciar ese camino.

L. Sierra: Ojalá. Muchas gracias a todas y a todos por este ciclo, ha sido un honor tenerlos acá. Buenas noches.



Anexo

Potestad constituyente

Las líneas que siguen contienen algunos datos que pueden servir para discutir la segunda cuestión de reforma constitucional de los “Diálogos constitucionales” en el CEP: derechos constitucionales.

Se ordenan según estos criterios:

1. Situación constitucional hoy de los derechos constitucionales y en textos anteriores (CP 1925, CP 1833 y CP 1828).
2. Experiencias comparadas relevantes.
3. Propuestas de cambio: académicas y políticas (estas últimas avanzadas en las campañas de las últimas elecciones y en las últimas elecciones primarias)

Se describen a continuación.

1. Situación constitucional hoy de la potestad constituyente

A continuación se hace referencia a la potestad constituyente desde el punto de vista de su sujeto y desde el punto de vista de su procedimiento. Desde ambos puntos de vista, la regulación constitucional exhibe continuidades y cambios si se le mira en comparación a las constituciones de 1925, 1833 y 1828.

En relación con el sujeto, el rastro hacia atrás puede seguirse directamente a la constitución de 1828. De ese texto constitucional viene la idea de que la “soberanía reside esencialmente en la Nación”. Y desde la constitución de 1833 se ha agregado una referencia a la forma unitaria del Estado chileno, y al carácter democrático y republicano de su gobierno (las constituciones de 1828 y de 1833 usaron la expresión “popular representativo” para el gobierno de la República, la actual usa la expresión “república democrática”).

También se ve una cierta continuidad en relación con el procedimiento de la potestad constituyente. Desde 1833, las constituciones vienen expresando que para su ejercicio se usan las reglas de ejercicio de la potestad legislativa, con ciertas excepciones. Estas excepciones apuntan a dificultar su ejercicio en relación con la potestad legislativa.

La Constitución de 1833 estableció un quórum de 2/3 (aunque de los miembros presentes, no en ejercicio, como se exige hoy) y, además, la necesidad de esperar hasta la

próxima renovación de la Cámara de Diputados, aunque el origen de la correspondiente ley en este segundo momento debía ser el Senado¹. La Constitución de 1925, por su parte, estableció un quórum de mayoría absoluta (mayor que el exigido para el ejercicio de la potestad legislativa) e introdujo dos novedades: ratificación por el Congreso Pleno y la posibilidad de plebiscito para resolver las diferencias entre el Congreso y el Presidente de la República durante el ejercicio de la potestad constituyente.

Por último, la Constitución de 1980, en su texto original, incorporó todo lo anterior: *quórum* supramayoritarios de 3/5 como regla general y 2/3 para materias específicas (recordar que, a diferencia de la CP de 1833, el quórum es relativo a los miembros en ejercicio y no solo presentes), ratificación por el Congreso Pleno, un período de espera hasta la próxima renovación conjunta de ambas Cámaras en el caso de reforma de los capítulos I, VII, X y XI, y, en caso de discrepancias entre los legisladores a propósito de una reforma constitucional, la posibilidad de plebiscito.

Hoy tenemos todo lo anterior, salvo por dos cosas: la ratificación por el Congreso Pleno y el período de espera en relación con la reforma de los capítulos citados.

A continuación se presentan disposiciones constitucionales relevantes sobre la potestad constituyente, retrocediendo en el tiempo por Constitución, desde hoy hasta 1828. Primero (1.1), el sujeto de la potestad constituyente y, segundo (1.2.), su procedimiento.

1.1. Sujeto

CP Vigente

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

Art. 3.- El Estado de Chile es unitario.

La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.

Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

Art. 4.- Chile es una república democrática.

Art. 5.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

¹ Hay que tener presente que bajo la CP de 1833, además, el Congreso no podía insistir durante el correspondiente año sobre un proyecto de ley rechazado por el Presidente de la República (con ningún quórum).

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

CP vigente en su versión original de 1980 (antes de la reforma de 1989)

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7129&idVersion=1980-08-11>

Art. 3.- El Estado de Chile es unitario. Su territorio se divide en regiones. La Ley propenderá a que su administración sea funcional y territorialmente descentralizada.

Art. 4.- Chile es una república democrática.

Art. 5.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

CP 1925

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386&tipoVersion=0>

Art. 2.- El Gobierno de Chile es popular representativo.

Art. 3.- La República de Chile es una e indivisible.

Art. 4.- La soberanía reside esencialmente en la Nación, que delega su ejercicio en las autoridades que establece esta Constitución.

CP 1833

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535&tipoVersion=0>

CAPÍTULO II

De la forma de Gobierno

Art. 2.- El Gobierno de Chile es popular representativo.

Art. 3.- La República de Chile es una e indivisible.

Art. 4.- La soberanía reside esencialmente en la Nación, que delega su ejercicio en las autoridades que establece esta Constitución.

CP 1828

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225>

CAPÍTULO PRIMERO

De la Nación

Art. 1.- La Nación chilena es la reunión política de todos los chilenos naturales y legales.

Es libre e independiente de todo poder extranjero. En ella reside esencialmente la soberanía, y el ejercicio de ésta en los poderes supremos con arreglo a las leyes. No puede ser el patrimonio de ninguna persona o familia.

1.2. Procedimiento

CP Vigente

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

Capítulo XV

REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Art. 127.- Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65.

El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

En lo no previsto en este Capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórums señalados en el inciso anterior.

Art. 128.- El proyecto que aprueben ambas Cámaras pasará al Presidente de la República.

Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras y éstas insistieren en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito.

Si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según corresponda de acuerdo con el artículo anterior, y se devolverá al Presidente para su promulgación.

En caso de que las Cámaras no aprueben todas o algunas de las observaciones del Presidente, no habrá reforma constitucional sobre los puntos en discrepancia, a menos que ambas Cámaras insistieren 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 este consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo.

La ley orgánica constitucional relativa al Congreso regulará en lo demás lo concerniente a los vetos de los proyectos de reforma y a su tramitación en el Congreso.

Art. 129.- La convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que se celebrará ciento veinte días después de la publicación de dicho decreto si ese día correspondiere a un domingo. Si así no fuere, ella se realizará el domingo inmediatamente siguiente. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso.

El decreto de convocatoria contendrá, según corresponda, el proyecto aprobado por ambas Cámaras y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito.

El Tribunal Calificador comunicará al Presidente de la República el resultado del plebiscito, y especificará el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que deberá ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación.

Una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta.

Texto original de 1980

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7129&idVersion=1980-08-11>

CAPÍTULO XIV

Reforma de la Constitución

Art. 116.- Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 62.

El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Será aplicable a los proyectos de reforma constitucional el sistema de urgencias.

Art. 117.- Las dos Cámaras, reunidas en Congreso Pleno y en sesión pública, con asistencia de la mayoría del total de sus miembros, sesenta días después de aprobado un proyecto en la forma señalada en el artículo anterior, tomarán conocimiento de él y procederán a votarlo sin debate.

Si en el día señalado no se reuniere la mayoría del total de los miembros del Congreso, la sesión se verificará al siguiente con los diputados y senadores que asistan.

El proyecto que apruebe la mayoría del Congreso Pleno pasará al Presidente de la República.

Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por el Congreso y este insistiere en su totalidad por las tres cuartas partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito.

Si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por el Congreso, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada Cámara, y se devolverá al Presidente para su promulgación.

En caso de que las Cámaras no aprueben todas o algunas de las observaciones del Presidente, no habrá reforma constitucional sobre los puntos en discrepancia, a menos que ambas Cámaras insistieren 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 este consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo.

La ley orgánica constitucional relativa al Congreso regulará en lo demás lo concerniente a los vetos de los proyectos de reforma y a su tramitación en el Congreso.

Art. 118.- Las reformas constitucionales que tengan por objeto modificar las normas sobre plebiscito prescritas en el artículo anterior, disminuir las facultades del Presidente de la República, otorgar mayores atribuciones al Congreso o nuevas prerrogativas a los parlamentarios, requerirán, en todo caso, la concurrencia de voluntades del Presidente de la República y de los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, y no procederá a su respecto el plebiscito.

Los proyectos de reforma que recaigan sobre los capítulos I, VII, X y XI de esta Constitución deberán, para ser aprobados, cumplir con los requisitos señalados en el inciso anterior. Sin embargo, el proyecto así despachado no se promulgará y se guardará hasta la próxima renovación conjunta de las Cámaras, y en la primera sesión que éstas celebren deliberarán y votarán sobre el texto que se hubiera aprobado, sin que pueda ser objeto de modificación alguna. Sólo si la reforma fuere ratificada por los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada rama del nuevo Congreso se devolverá al Presidente de la República para su promulgación. Con todo, si este último estuviera en desacuerdo, podrá consultar a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito.

Art. 119.- La convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y

se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contado desde la publicación de dicho decreto. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso.

El decreto de convocatoria contendrá, según corresponda, el proyecto aprobado por el Congreso Pleno y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito.

El Tribunal Calificador comunicará al Presidente de la República el resultado del plebiscito, y especificará el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que deberá ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación.

Una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta.

Constitución de 1925

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386&tipoVersion=0>

CAPÍTULO X

Reforma de la Constitución

Art. 108.- La reforma de las disposiciones constitucionales se someterá a las tramitaciones de un proyecto de ley, salvas las escepciones que a continuación se indican:

El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara, el voto conforme de la mayoría de los Diputados o Senadores en actual ejercicio.

Las dos Cámaras, reunidas en sesión pública, con asistencia de la mayoría del total de sus miembros, sesenta días después de aprobado un proyecto en la forma señalada en el inciso anterior, tomarán conocimiento de él y procederán a votarlo, sin mayor debate.

El proyecto que apruebe la mayoría del Congreso Pleno, pasará al Presidente de la República.

Si en el día señalado no se reuniere la mayoría del total de los miembros del Congreso, la sesión se verificará al siguiente, con los Diputados y Senadores que asistan.

Art. 109.- El proyecto solo podrá ser observado por el Presidente de la República, para proponer modificaciones o correcciones a las reformas acordadas por el Congreso Pleno.

Si las modificaciones que el Presidente de la República propusiere, fueren aprobados por ambas Cámaras, se devolverá el proyecto al Presidente para su promulgación.

Si las dos Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones del Presidente de la República e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al Presidente para su promulgación, o

para que, si este lo estima conveniente, consulte a la Nación, dentro del término de treinta días, los puntos en desacuerdo, por medio de un plebiscito. El proyecto que se apruebe en el plebiscito se promulgará como reforma constitucional.

Art. 110.- Una vez promulgado el proyecto, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ella.

Tras la reforma 1970-71

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241091>

Capítulo X

REFORMA DE LA CONSTITUCION

Art. 108.- La reforma de las disposiciones constitucionales se someterá a las tramitaciones de un proyecto de ley, salvo las excepciones que a continuación se indican.

El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara, el voto conforme de la mayoría de los Diputados y Senadores en actual ejercicio.

Las dos Cámaras, reunidas en sesión pública, con asistencia de la mayoría del total de sus miembros, sesenta días después de aprobado un proyecto en la forma señalada en el inciso anterior, tomarán conocimiento de él y procederán a votarlo, sin mayor debate.

El proyecto que aprueba la mayoría del Congreso Pleno, pasará al Presidente de la República.

Si en el día señalado no se reuniere la mayoría del total de los miembros del Congreso, la sesión se verificará al siguiente, con los Diputados y Senadores que asistan.

El proyecto aprobado por el Congreso Pleno no podrá ser rechazado totalmente por el Presidente de la República, quien solo podrá proponer modificaciones o correcciones, o reiterar ideas contenidas en el mensaje o en indicaciones válidamente formuladas por el propio Presidente de la República.

Si las observaciones que formulare el Presidente de la República en conformidad al inciso anterior fueren aprobadas por la mayoría que establece el inciso segundo, se devolverá el proyecto al Presidente para su promulgación.

Art. 109.- El Presidente de la República podrá consultar a los ciudadanos, mediante un plebiscito, cuando un proyecto de reforma constitucional presentado por él sea rechazado totalmente por el Congreso, en cualquier estado de su tramitación. Igual convocatoria podrá efectuarse cuando el Congreso haya rechazado total o parcialmente las observaciones que hubiere formulado, sea que el proyecto haya sido iniciado por mensaje o moción.

Sin embargo, esta facultad no podrá ejercerla respecto de reformas constitucionales que tengan por objeto modificar las normas sobre plebiscito prescritas en este artículo.

La convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a

aquél en que una de las Cámaras o el Congreso Pleno deseche el proyecto de reforma o en que el Congreso rechace las observaciones y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la consulta plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta contados desde la publicación de ese decreto.

Transcurrido este plazo sin que se efectúe el plebiscito se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso.

El decreto de convocatoria contendrá, según corresponda, el proyecto del Presidente de la República rechazado por una de las Cámaras o por el Congreso Pleno, o las cuestiones en desacuerdo que aquél someta a la decisión de la ciudadanía. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en la consulta popular.

El Tribunal Calificador de Elecciones comunicará al Presidente de la República el resultado del plebiscito, especificando el texto del proyecto aprobado por la mayoría de los sufragios válidamente emitidos, que deberá ser promulgado como reforma constitucional dentro del plazo que establece el inciso segundo del artículo 55. La misma comunicación deberá enviar si la ciudadanía rechazare las observaciones del Presidente de la República, caso en el cual este promulgará, en el plazo antes indicado, el proyecto aprobado por el Congreso Pleno.

La ley establecerá normas que garanticen a los partidos políticos que apoyen o rechacen el proyecto o las cuestiones en desacuerdo sometidas a plebiscito, un acceso suficiente a los diferentes medios de publicidad, y dispondrá, en los casos y dentro de los límites que ella señale, la gratuidad de dicha publicidad.

Artículo 110.- Una vez promulgado el proyecto, y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas en ella.

Constitución de 1833

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535&tipoVersion=0>

CAPÍTULO XII

De la observancia i reforma de la Constitución

Art. 164.- Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 i siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos.

Art. 165.- Ninguna moción para reforma de uno o más artículos de esta Constitución, podrá admitirse sin que sea apoyada a lo menos por la cuarta parte de los miembros presentes de la Cámara en que se proponga.

Art. 166.- Admitida la moción a discusión, deliberará la Cámara si exigen o no reforma el artículo o artículos en cuestión.

Art. 167.- Si ambas Cámaras resolviesen por las dos tercias partes de sufragios en

cada una, que el artículo o artículos propuestos exigen reforma, pasará esta resolución al Presidente de la República para los efectos de los artículos 43, 44, 45, 46 i 47.

Art. 168.- Establecida por la lei la necesidad de la reforma, se guardará la próxima renovación de la Cámara de Diputados, i en la primera sesión que tenga el Congreso, después de esta renovación, se discutirá i deliberará sobre la reforma que haya de hacerse, debiendo tener origen la lei en el Senado, conforme a lo prevenido en el artículo 40; i procediéndose según lo dispone la Constitución para la formación de las demás leves.

Constitución de 1828

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225>

Art. 132.- Sólo el Congreso General podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de sus artículos.

Art. 133.- El año de 1836 se convocará por el Congreso una gran Convención, con el único y exclusivo objeto de reformar o adicionar esta Constitución, la cual se disolverá inmediatamente que lo haya desempeñado. Una ley particular determinará el modo de proceder, número de que se componga, y demás circunstancia.

Art. 134.- Inmediatamente después de firmada esta Constitución, el actual Congreso Constituyente se dividirá en dos Cámaras, debiendo nombrarse los Senadores a pluralidad de votos. En este estado se ocupará exclusivamente en formar la ley de elecciones, y demás necesarias para poner en ejecución esta Constitución, debiendo separarse antes del 1 de febrero de 1829.

2. Experiencias comparadas relevantes

A continuación se presentan experiencias constitucionales a nivel comparado respecto de potestad constituyente. Se incluyen las principales normas constitucionales de Perú, España, Venezuela, Alemania, México, Colombia y Estados Unidos de América. Las disposiciones respectivas se presentan desde el punto de vista del sujeto de la potestad constituyente (2.1) y de su procedimiento (2.2).

2.1. Sujeto

Constitución Política del Perú (1993)

Art. 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

Art. 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

Art. 46.- Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.

La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional.

Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas.

Constitución Española (1978)

Art. 1.- 1) España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

2) La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

3) La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.

Art. 2.- La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

Art. 1.- La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.

Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

Art. 2.- Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Art. 5.- La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949)

Art. 20.- 1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

3) El Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes Ejecutivo y Judicial, a la ley y al Derecho.

4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

Art. 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público emana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Art. 40.- Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Art. 41.- El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal [...]

Constitución Política de Colombia (1991)

Art. 1.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Art. 3.- La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

Art. 9.- Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

2.2. Procedimiento

Constitución Política del Perú (1993)

Art. 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3 por ciento) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

Constitución Española (1978)

Art. 166.- La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87.

Art. 167.- 1) Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2) De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.

3) Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Art. 168.- 1) Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1ª del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2) Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3) Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

Art. 169.- No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116.

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

De las Enmiendas

Art. 340.- La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental.

Art. 341.- Las enmiendas a esta Constitución se tramitarán en la forma siguiente:

1) La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos y las ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.

2) Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de esta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.

3) El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.

4) Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio.

5) Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

De la Reforma Constitucional

Art. 342.- La reforma constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional.

La iniciativa de la reforma de esta Constitución podrán tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten.

Art. 343.- La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en la forma siguiente:

1) El proyecto de reforma constitucional tendrá una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo.

2) Una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuere el caso.

3) Una tercera y última discusión artículo por artículo.

4) La Asamblea Nacional aprobará el proyecto de reforma constitucional en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma.

5) El proyecto de reforma se considerará aprobado con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional.

Art. 344.- El proyecto de reforma constitucional aprobado por la Asamblea Nacional se someterá a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El referendo se pronunciará en conjunto sobre la reforma, pero podrá votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente o Presidenta de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Art. 345.- Se declarará aprobada la reforma constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional.

Art. 346.- El Presidente o Presidenta de la República estará obligado u obligada a promulgar las enmiendas o reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciera, se aplicará lo previsto en esta Constitución.

De la Asamblea Nacional Constituyente

Art. 347.- El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

Art. 348.- La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Concejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Art. 349.- El Presidente o Presidenta de la República no podrá objetar la nueva Constitución.

Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente.

Una vez promulgada la nueva Constitución, esta se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente.

Art. 350.- El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949)

Art. 79.- 1) La Ley Fundamental solo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración.

2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat.

3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 (protección de la dignidad humana) y 20 (fundamentos del orden estatal).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

Art. 135.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Art. 136.- Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

Constitución Política de Colombia (1991)

Art. 374.- La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

Art. 375.- Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.

En este segundo período solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

Art. 376.- Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine.

Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento.

Art. 377.- Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

Art. 378.- Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

Art. 379.- Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

La acción pública contra estos actos solo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2.

Constitución de los Estados Unidos de América (1787)

Art. 5.- Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado.

3. Algunas propuestas de reforma

A continuación se presentan algunas propuestas de reforma en torno a la potestad constituyente. Se dividen en tres grupos: propuestas académicas, formuladas en contribuciones recientes por profesores de derecho constitucional (3.1.); propuestas políticas, contenidas en los programas de gobierno y otros documentos, de los principales candidatos en elecciones presidenciales y primarias del proceso electoral chileno de 2013 (3.2.); y otras propuestas, de centros de estudios, legislativas y de grupos de trabajo (3.3.). Las propuestas que siguen no pretenden ser comprehensivas de la amplia variedad de opiniones en torno al contenido de la Constitución. Estas propuestas se subdividirán cuando corresponda, señalando subtópicos de interés dentro del tema.

3.1. Propuestas académicas

3.1.1. *Procedimiento de reforma de la Constitución vigente*

Propuesta de Francisco Zúñiga U.

El contemporáneo estudio de las transiciones y cambios constitucionales en la doctrina constitucional, nos invita a realizar un ejercicio teórico-práctico descriptivo, crítico y también prospectivo deferente con las demás ciencias sociales; que nos obliga a dar respuesta a los cometidos de desatar o cortar el nudo gordiano que bloquea la implantación de una nueva Constitución que recepcione un estatuto del poder y una tabla de derechos, deberes y garantías reflejo equilibrado de las culturas constitucionales de la modernidad (constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social).

Es en congruencia con esta precisión metódica centrada en la necesidad de adoptar una nueva Constitución y definir sus contenidos normativos iusfundamentales orgánicos y dogmáticos, que proponemos una operación constituyente abierta a la reforma total (poder constituyente derivado) o a la asamblea constituyente (poder constituyente originario); sin perjuicio de un eventual recurso al referéndum constituyente. El camino efectivo que se adopte en la operación constituyente, el derecho constitucional transitorio (su contenido y gradaciones diferenciadas), poderes intervinientes y fuentes formales del derecho que integren la “legalidad” derivada del poder constituyente lo determinará en suma la facticidad: la “política real” y el proceso político integrado al proceso histórico (Zúñiga 2013, p. 535).

La afirmación acerca de la ‘inconstitucionalidad’ de un proceso constituyente orientado a una nueva Constitución, por la vía de procedimientos ajenos a la reforma constitucional (como la asamblea constituyente, congreso constituyente y/o referéndum constituyente), es una afirmación que no se sostiene desde el análisis de derecho positivo de los sistemas jurídicos; pues las bases de tal proceso están en la facticidad, en la política. [...]

Es muy relevante destacar que el proceso constituyente no se desenvuelve en la nada, posee de suyo una conexión institucional. Así a pesar de la facticidad o tosca materia de la política, el proceso constituyente es desenvuelto usualmente por poderes constituidos, los que utilizarán sus potestades y actos estatales (la ley y las decretales) para hacer posible el ejercicio de la potestad constituyente, y salvaguardar el carácter de procedimientos democráticos que poseen el referéndum constituyente, la asamblea constituyente y el congreso constituyente. Tal usual injerencia de poderes constituidos le confiere al proceso constituyente un componente de ‘institucionalidad’; lo que es mentís al vacío o la nada.

En este horizonte cercano emerge con fuerza la necesidad de identificar una operación constituyente, en medio del proceso constituyente, abierta a las opciones del poder constituyente derivado y del poder constituyente originario, es decir, institucional y claramente identificable con un procedimiento democrático genético de una nueva Constitución. En este cuadro la reforma total de la vieja Constitución en cumplimiento de la forma prevista en el capítulo XV de la Constitución vigente, es el camino del poder constituyente derivado, o en su defecto la convocatoria a referéndum acerca de la necesidad de una nueva Constitución y la elección de una asamblea constituyente, a tal efecto es el camino del poder constituyente originario democrático. Así, ambos caminos son democráticos, uno democrático representativo y otro democrático participativo o mixto; y ambos caminos son institucionales, ya que responden a procesos políticos ejecutados por decisiones o actos estatales provenientes de poderes constituidos, uno con una legalidad o juridicidad preexistente y el otro con una legalidad o juridicidad *in fieri* (Zúñiga 2014a, pp. 135-139).

Propuesta de Fernando Atria L.

¿Tiene autoridad el Presidente de la República para convocar a un plebiscito constitucional, es decir un plebiscito en que pregunte al pueblo, por ejemplo, si es necesaria una Nueva Constitución? [...] Una convocatoria a plebiscito es perfectamente compatible con la institucionalidad actualmente vigente [...]

Si el Presidente de la República convoca a un plebiscito, y esa convocatoria cuenta con el respaldo de ambas Cámaras [...] dicho plebiscito es enteramente ‘institucional’. En efecto, no siendo constitucionalmente requerido, el Tribunal Constitucional carecerá de competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la convocatoria (Atria 2014b, pp. 40-43).

Propuesta de Fernando Muñoz

Ya me he referido con anterioridad a cómo cambiar la Constitución por dentro. Esta vía involucraría reformar el Capítulo XV de la Constitución Política de la República actualmente vigente. Ello se logra mediante los mismos procedimientos establecidos para la tramitación de una ley: el Presidente o cualquier parlamentario presenta un proyecto de reforma, el cual ha de ser aprobado por dos tercios de ambas Cámaras (ochenta diputados y veinticinco senadores) y firmado por el Presidente. Ya que la idea de crear una nueva Constitución no cuenta con el respaldo de los parlamentarios de derecha, esto implica que en las próximas elecciones la actual oposición necesitará sacar veinte doblajes de diputados y doce doblajes de senadores, e impedir que la derecha doble en cualquier distrito y circunscripción.

También es posible crear una nueva Constitución por fuera. Esta opción no es solo tácticamente más factible, dado lo improbable que es que la actual oposición cuente con dos tercios de las Cámaras durante la próxima legislatura, sino también más legítima en la medida en que implique convocar a la ciudadanía a un plebiscito para dar inicio al proceso constituyente.

Así, el próximo Presidente mediante decreto, o una mayoría parlamentaria mediante ley simple, podrían convocar a la ciudadanía a plebiscito, en el que responda afirmativa o negativamente a la siguiente pregunta: “¿Desea usted que se realice una asamblea constituyente para dictar una nueva Constitución Política de la República?”. Iniciar un proceso constituyente mediante decreto o ley simple, cabe observar, no sería algo extraño en nuestra historia constitucional [...]

En el caso de prevalecer la respuesta afirmativa en el plebiscito convocado por el Presidente o el Congreso, se habría de convocar a una asamblea constituyente, en la cual en cada distrito electoral existente se elija, mediante voto mayoritario y sin listas, un diputado constituyente por cada 50.000 habitantes y fracción superior a 25.000. Sería esa asamblea constituyente, no un “grupo de expertos”, el órgano más legitimado para preparar un nuevo texto constitucional, una Constitución del Pueblo de Chile (Muñoz 2013, s.n.).

Propuesta de Julia Urquieta O.

Una vez elaborada esta Constitución a través de una Asamblea Constituyente, es necesario que ella sea refrendada por la ciudadanía a través de un plebiscito, en el cual los ciudadanos mediante su voto, expresen su adhesión y respaldo a esta nueva Constitución [...] Ante la dificultad de poder recurrir al Poder Constituyente Derivado, la única opción es recurrir al Poder Constituyente Originario, al cual se refiere el artículo 5° de la Constitución. Esto justifica que el Presidente de la República, como depositario de la soberanía nacional y que cuenta con la mayoría ciudadana [...] convoque a este proceso en virtud de las facultades que le confiere la Constitución, ya sea mediante la Potestad Reglamentaria, o mediante una iniciativa legal (Urquieta 2014, p. 77).

Propuesta de Jorge Jaraquemada y Héctor Mery

La pregunta clave para nuestra realidad doméstica [es]: ¿cómo se definirán y regularán todas estas decisiones si quienes abogan por una asamblea lo hacen porque desconocen la validez de los arreglos y procedimientos a través de los cuales la propia Constitución prevé su reforma? En efecto, si se resta validez a la Constitución y se declaran espurias sus reglas, al punto de considerar que no es posible siquiera reformarla de acuerdo a los procedimientos preestablecidos, como se ha venido haciendo hasta ahora, entonces, para ser consecuentes, deben consentir en que todas las normas dictadas conforme a ellas y todas las autoridades electas o designadas conforme a sus disposiciones debieran ser igualmente espurias e inválidas, incluyendo a las autoridades que podrían convocar a una asamblea [...]

Algunos han hablado de un “momento constitucional” dando a entender que están dadas las condiciones para una refundación institucional [...] Por de pronto, estamos frente a un momento electoral [...] Es probable que en este proceso las actuales normas constitucionales emerjan como más adecuadas de lo que se las considera, mostrando más capacidad de adaptación que la que aquellos líderes que se reflejan en realidades ajenas a nuestra tradición jurídica suelen atribuirles (Jaraquemada y Mery 2013, pp. 58-59).

Propuesta de Jorge Correa S.

¿Hay algún otro sueño constitucional posible para los que padecemos de escepticismo y recelamos de los proyectos globales que quieren refundar el orden desde sus particulares ideales? Me parece que sí: es el proyecto destinado a reconocer y hacer reconocer que, por ahora, lo que nos constituye a todos es un orden y unos derechos mínimos [...] Todo lo que exceda a esas reglas básicas debiera quedar librado a la política [...] El símbolo de esta empresa debiera ser una goma. Una gran goma de borrar que permitiera al poder constituyente, cada vez que pueda, eliminar las muchas cláusulas de fuerte sesgo ideológico, como el primitivo artículo 8°. Un compromiso de no escribir más normas superfluas, reglamentarias o intolerantes en la Carta Fundamental (Correa 2013, p. 34).

3.1.2. Control de constitucionalidad del procedimiento de reforma de la Constitución vigente

Propuesta de Miriam Henríquez

El tema del control de constitucionalidad de la reforma constitucional, al igual que los anteriores, no está exento de debate. Al respecto, que las posturas se dividen entre quienes sostienen que: a) procede un control amplio –previo y represivo, de vicios de fondo y de procedimiento– de constitucionalidad de todas las normas del ordenamiento jurídico, incluida la reforma constitucional; b) corresponde el control previo de constitucionalidad de la reforma constitucional en lo relativo al cumplimiento del procedimiento fijado por la Constitución; c) autoriza el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, pero no por los órganos jurisdiccionales, sino por el mismo órgano de reforma o el Congreso; y d) no procede en caso alguno el control de constitucionalidad de la reforma constitucional.

[...]

El enfoque que planteo en este estudio es el siguiente: la validez de la norma de reforma depende de su adecuación a la norma sobre la reforma; solo esto puede ser objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

En cuanto a la oportunidad del control, solo procederá en forma previa a su entrada en vigencia y de forma facultativa por los órganos legitimados según la Constitución. En tal sentido, la Constitución señala en su artículo 93 que: “En el caso del num. 3°, el Tribunal solo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional [...]”.

La norma de reforma vigente no podrá ser objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional como si fuera una ley o un precepto legal, por cuanto una norma de reforma vigente es ya norma constitucional, quedando vedado entonces el control represivo de constitucionalidad.

En vista de lo anterior, el control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, consagrado, como se dijo, en la Constitución en el artículo 93 num. 3°, deberá verificar si la norma de reforma se ajustó al ámbito y procedimiento fijado por la norma sobre la reforma. Puntualmente debería verificar: a) si el órgano que dictó la norma de reforma es aquel señalado por la norma sobre reforma; b) si la norma de reforma se dictó conforme al procedimiento establecido por la norma sobre la reforma; y c) si la norma de reforma se ajustó a los límites –de haberlos– fijados por la norma sobre reforma.

En caso de estimar el Tribunal Constitucional que la norma de reforma no cumplió los aspectos enumerados precedentemente, deberá declarar su inconstitucionalidad, imponiendo que la norma se transforme en una vigente y sobre ella recaiga una presunción

de validez. Puntualmente, el artículo 94 inciso segundo de la Constitución dispone sobre el efecto de la sentencia del Tribunal Constitucional: “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”.

El Tribunal Constitucional no podrá a posteriori ejercer un control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional, estimando, por ejemplo, que tal norma es un “precepto legal”, toda vez que dicha norma, a partir de su vigencia, es constitucional” (Henríquez 2013, pp. 471 y ss.).

Propuesta de Fernando Muñoz

Alguien podría pensar que la Contraloría o el Tribunal Constitucional podrían oponerse a la convocatoria a plebiscito. Sin embargo, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo impediría. Como señaló este órgano en su sentencia N° 46, de 21 de diciembre de 1987, a los órganos de control les está “vedado entrar a conocer de una pretensión de ilegitimidad de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave situarse por sobre el Poder Constituyente originario”. Y así como en esa sentencia el Tribunal Constitucional declinó juzgar sobre la “manifestación del poder constituyente originario” que dio origen a la Constitución de 1980, así tampoco podría este órgano o Contraloría pretender someter a control la ley simple o decreto supremo que pusieran en marcha a dicho poder, puesto que aquellos instrumentos constituirían un acto preparatorio de la nueva “manifestación del poder constituyente originario”, con el cual formarían un todo indivisible. Como dijera Emmanuel-Joseph Sieyès, cuyo escrito inspiró la Revolución Francesa, “sería ridículo suponer que la Nación estuviera sujeta a sí misma por las formalidades o por la Constitución a que ha sometido a sus mandatarios” (Muñoz 2013, s.n.).

3.1.3. Procedimiento de reforma constitucional en una eventual nueva Constitución

Propuesta de Francisco Zúñiga U.

En una perspectiva intrasistema se propone reponer una vieja idea contenida en proyectos de reforma constitucional que no han prosperado, integrando el referéndum y otras técnicas de participación directa del cuerpo electoral como la revocatoria de mandato y la iniciativa popular de ley, modificando el referéndum en los sentidos siguientes:

Incorporación solo del referéndum normativo obligatorio, ya que el no normativo, es solo lo consultivo y puede ser utilizado como instrumento de legitimación plebiscitario-carismática.

El referéndum normativo debe operar en el plano constituyente, legislativo y administrativo con carácter aprobatorio y derogatorio.

El referéndum debe estar diseñado para resolver conflictos de poder, con plazos y mecanismos de enfriamiento para que el cuerpo electoral, como depositario de la soberanía, adopte una decisión informada y libre (Zúñiga 2011a, p. 282).

Propuesta de Ana María García B.

Si bien la rigidez constitucional puede ser bastante perniciosa y obstaculizadora de los necesarios cambios políticos, no debe olvidarse que la Ley Fundamental es la gran sustentadora de la institucionalidad política, social y económica; su permanencia en el tiempo es una garantía de estabilidad del régimen gubernamental.

En primer término es conveniente reducir los altos quórums exigidos para la aprobación de una ley de reforma, especialmente el quórum especial de dos tercios de los parlamentarios en ejercicio para determinadas materias [...] Nos parece conveniente recoger la experiencia histórica y restablecer la mayoría absoluta como quórum general para aprobar una reforma, sin perjuicio de considerar un quórum superior para la modificación de determinadas materias de trascendencia, como por ejemplo, las enmiendas al capítulo sobre las bases de la institucionalidad y aquel que reconoce los derechos fundamentales y su protección.

En segundo lugar, el Presidente no debe tener la facultad de veto total [...] Es más equitativo para el adecuado equilibrio de los poderes públicos establecer que en caso alguno el Presidente pueda rechazar totalmente un proyecto, facultándolo para proponer modificaciones o correcciones.

También parece indispensable considerar la auténtica participación del electorado en el proceso de reforma constitucional, a través del referéndum. La convocatoria puede ser obligatoria o facultativa. Esta última es conveniente para aquellos casos en que la materia objeto de la reforma no es particularmente relevante, o bien si la reforma ha sido previamente aprobada por una fuerte mayoría legislativa, como son los 2/3 o 3/5 de los parlamentarios en ejercicio.

En suma, el procedimiento o mecanismo para reformar una Constitución es una materia clave para la estabilidad y operatividad del sistema debiendo, al momento de determinarlo, considerar la experiencia política existente y los valores que se intenta proteger, para que sea una institución estable, aceptada mayoritariamente y plenamente legítima (García 2014, pp. 57-58).

3.2. Propuestas políticas 2013

Propuesta candidatura presidencial de Michelle Bachelet Jeria

Segundo informe final de la Comisión Programática “Nueva Constitución”

La vieja Constitución tiene un déficit de legitimidad democrática que se proyecta a su capítulo relativo al ejercicio de poder constituyente derivado, sometido a quórum

reforzados que aseguran el bloqueo de las minorías, la imposición de un falso consenso constitucional y la nula participación de la ciudadanía.

La Nueva Constitución prevé para el ejercicio del poder constituyente derivado las siguientes reglas básicas:

La potestad constituyente derivada reside esencialmente en el Congreso Nacional quedando sometido al principio de doble lectura y de rol co-constituyente del Gobierno.

Las diferencias entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República que se traduzcan en un desacuerdo sobre el contenido de la reforma, en cualquiera de sus trámites, deberán ser sometidas a referéndum constituyente de forma para que sea el pueblo el que arbitre tales diferencias.

La reforma constitucional despachada por las Cámaras del Congreso Nacional, sancionada por el Gobierno, deberá ser sometida a ratificación del pueblo mediante referéndum, antes de su promulgación.

El ejercicio del poder constituyente derivado admite la reforma total o parcial, debiendo someterse a las reglas procedimentales fijadas para su ejercicio en la Constitución.

Con la finalidad de garantizar la estabilidad normativa de la Constitución y su rigidez se establece como general el quórum reforzado de mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada Cámara; sin perjuicio de los quórum especiales previstos para el veto gubernamental.

Asimismo, supletoriamente se aplicará al procedimiento de reforma constitucional las reglas acerca del procedimiento legislativo.

Programa de Gobierno

La Nueva Constitución Política deberá elaborarse en un proceso: i) democrático; ii) institucional; y iii) participativo.

Proceso Democrático: La Nueva Constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.

Proceso Institucional: El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

Proceso Participativo: La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición.

Propuesta candidatura presidencial de Evelyn Matthei Fornet

Una Asamblea Constituyente es un verdadero salto al vacío institucional, que genera incertidumbre e inestabilidad, que debilita nuestra imagen internacional de orden y seguridad jurídica y que termina siendo una proposición impuesta que divide en vez de unir a los chilenos.

La Constitución siempre puede –y debe– mejorar. Es por esta razón que proponemos seguir el camino por el cual hemos transitado en los últimos 25 años, con sucesivos acuerdos nacionales, que incorporen las mejores que los nuevos problemas de Chile requieren para ser solucionados².

Propuesta candidatura presidencial de Marco Enríquez-Ominami

El artículo 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, sostiene que “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras”. En Chile, este principio no se cumple, ya que existe un procedimiento de reforma parlamentaria, de alto costo político, pero no está previsto un mecanismo de cambio constitucional precisamente por la pretensión de perpetuidad que se buscó otorgar a la Constitución. De ahí que uno de los problemas centrales a resolver sea cómo se instala un proceso constituyente. Los progresistas creemos que se trata de un acto de voluntad política, pues tenemos la certeza de que una sociedad madura, autocentrada y democrática, que no pierde su sentido institucional, puede hacer un pacto constitucional mucho más promisorio y cabal que una sociedad convulsionada, en la cual el pacto político está quebrado. En sociedades convulsionadas la búsqueda del pacto constitucional es un acto de sobrevivencia política, en las sociedades maduras, como creemos lo es Chile, es un acto de cordura para dar luz a un proyecto de país.

Desde que se recuperó la democracia en 1990, Chile ha funcionado bajo el principio implícito de la conasociatividad, vale decir una asociación entre los poderes políticos de distinto signo doctrinario, los gobiernos y los actores empresariales, generando acuerdos que se realizan sin escrutinio democrático. Ello se ha visto favorecido por la forma y fondo del funcionamiento parlamentario. Esta forma de funcionar es hoy uno de los principales difusores de los conflictos sociales, que deja a la luz un poder desnudo que se inclina a favor de los poderes políticos fuertes, olvidando completamente a los ciudadanos y relegando a las minorías a la condición de permanente oposición, independientemente de quién gobierne. El ejercicio más institucionalizado y extremo de ello se vive en el Parlamento, dominado en su composición por la regla electoral binominal. Allí se debate una desproporcionada cantidad de materias sujetas a quórum

² Texto escrito presentado en la conferencia de prensa “Propuestas de reforma a la Constitución”. Propuesta del grupo programático de la candidatura presidencial de Evelyn Matthei.

parlamentarios calificados que, con frecuencia, bloquean proceso de transformación impidiendo que Chile se ponga a la altura de los tiempos que corren. Lo mismo ocurre con la incompatibilidad entre representación parlamentaria o política, y representación sindical o gremial. La regla censitaria tiende a desfavorecer a los ciudadanos con menos recursos de poder en el sistema político.

El debate político sobre nueva Constitución está instalado. Sin embargo, este debe involucrar a toda la ciudadanía. Se requiere de un pacto constitucional viable en el largo plazo, producto de una construcción consensuada colectivamente y no de la urgencia de alguna crisis social.

Propuesta candidatura en elecciones primarias de Andrés Allamand

“Propuesta de reformas constitucionales candidatura presidencial: Bases para un tercer acuerdo nacional” Comisión PROA - “Institucionalidad Política, Participación y Sociedad Civil”

No a la Asamblea Constituyente; sí a continuar reformas constitucionales incrementales y acumulativas. La realidad social muta todos los días, y en ese sentido, sería absurdo pensar en una Constitución estática y que no se deba actualizar constantemente, para estar siempre acorde con los tiempos. En la misma línea, se propone reconocer por vía constitucional que el Estado chileno es un Estado de Derecho y Democrático. Además, es viable avanzar en reformar las leyes orgánicas constitucionales (tanto en materias como en quórum), como asimismo estudiar una posible eliminación al control preventivo obligatorio de proyectos de ley que realiza el Tribunal Constitucional, el que en la práctica es inútil y un mero trámite administrativo. Reformas incrementales y acumulativas como las que se han acordado desde 1989 son positivas para contar con una constitución que nos represente a todos.

Propuesta candidatura en elecciones primaria de Andrés Velasco

Sustitución del Art. 128 inc. 2 por el siguiente: “El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado el voto conforme de la mayoría de los miembros en ejercicio de cada Cámara en primera votación, y luego en segunda votación, inmediatamente después de renovadas ambas Cámaras. A iniciativa del Presidente de la República o de cualquiera de sus Cámaras, el proyecto de reforma podrá ser aprobado sin esperar la renovación del Congreso, por las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio”³.

³ Texto escrito “Propuesta de reformas constitucionales”. Equipo programático de la campaña presidencial de Andrés Velasco.

3.3. Otras propuestas

Propuesta de Revolución Democrática

Revolución Democrática plantea una forma de dar cauce institucional al proceso constituyente que dé origen a la nueva Constitución por medio de reformas específicas a la Constitución (que requieren un quórum de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio), para que de esta forma la Presidenta de la República pueda convocar a un plebiscito en el que el pueblo de Chile manifieste su apoyo o rechazo al establecimiento de una convención o asamblea constituyente, encargada de redactar el texto de la nueva Constitución.

Si la ciudadanía apoyara la opción por una asamblea constituyente, entonces correspondería a la Presidencia junto con el Congreso disponer el detalle del proceso que permitirá a esa asamblea o convención realizar su trabajo.

¿Cómo convocar a una AC?

Por medio de una reforma constitucional que permita a la Presidenta de la República consultar a la ciudadanía sobre si desea o no que una convención constituyente sea la encargada de estudiar el texto de una nueva Constitución sin que esa consulta pueda ser impugnada como un actuar “no institucional”.

Para ello hay al menos dos alternativas:

Eliminar o modificar el carácter taxativo (“Sólo podrá convocarse...”) de las convocatorias a plebiscito.

Agregar como atribución del Presidente de la República la posibilidad de convocar a la ciudadanía a consulta o plebiscito sobre “materias de alto interés nacional”.

En ambos casos, el quórum requerido es el mismo: 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio. De aprobarse una reforma constitucional como la propuesta, se da cauce a la convocatoria a plebiscito y con ello se impulsa de manera institucional el proceso constituyente en Chile, sostenido por la movilización social y el acuerdo transversal de las fuerzas políticas del país⁴.

Propuesta de Libertad y Desarrollo

La Constitución actual no contempla una Asamblea Constituyente y solo puede introducirse mediante una modificación a la misma. Ello es relevante; independiente de las razones que hemos esgrimido antes y en este documento para rechazar la necesidad de llamar a una Asamblea Constituyente, sí es posible incorporarla a la Constitución, cuando se cuenta con el quórum requerido por la Constitución, que, al ser alto, refleja el consenso existente en torno a avanzar en dicha dirección.

⁴ Documento “Una vía institucional para una nueva Constitución Política”, de diciembre de 2013.

Lo grave es que la propuesta del asesor de Bachelet derechamente descarta esa vía; por el contrario, y sin entrar a detallar las propuestas concretas, sostiene que hay que evaluar todos los medios, “lícitos o ilícitos”. Así, entre las alternativas a evaluar se encontraría el que el futuro Presidente convoque a un plebiscito (inconstitucional) para que la ciudadanía se pronuncie respecto de llamar a una Asamblea Constituyente. Esto es particularmente grave dado que dicho asesor no solo estaría poniendo al futuro Presidente en una situación imposible –será objeto de acusación constitucional por infracción abierta a la Constitución y las leyes–, sino que deja entrever que se está ante una situación de fuerza donde lo que se busca, no solo es pasar por encima de los controles institucionales que operarían respecto de la actuación ilegítima de tal Presidente (Tribunal Constitucional, Contraloría, etc.), sino que se fuerza una crisis basado en el apoyo popular que logre reunir tal Presidente. [...]

Por cierto existen perfeccionamientos constitucionales que se pueden hacer, incluso en los temas objeto de crítica por parte del asesor de Bachelet. Chile ha avanzado ese camino en las últimas décadas, y ha sido un camino positivo. Como hemos sostenido antes, reformas incrementales y acumulativas son el camino inteligente y democrático⁵.

Propuesta legislativa

Moción de los diputados señores Díaz, Marcelo; Aguiló, Andrade, Auth, Cornejo, De Urresti, Espinosa, Marcos; Schilling, Teillier y de la diputada señora Sepúlveda, Alejandra.

Sobre reforma constitucional para establecer una Asamblea Constituyente (boletín N° 7792-07).

El presente proyecto de reforma constitucional tiene por objeto consagrar en el capítulo de la Constitución Política relativa a la reforma constitucional, la posibilidad de una reforma total, en ejercicio del poder constituyente originario por parte de una Asamblea Constituyente, la cual, como requisito habilitante debe ser convocada mediante la dictación de una ley de la república –iniciada por moción parlamentaria o la iniciativa de quinientos mil ciudadanos–, la que deberá ser aprobada con quórum calificado, y ratificada por la ciudadanía mediante plebiscito, a objeto que la referida Asamblea Constituyente pueda dictar una nueva Constitución Política. La misma ley deberá determinar el procedimiento de integración. Finalmente el referido ejercicio de soberanía para la dictación de un nuevo orden constitucional se entenderá aprobado mediante plebiscito, por la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos. Es sobre la base de estos antecedentes que venimos en proponer el siguiente:

⁵ Documento “Asamblea Constituyente de Bachelet: Una propuesta irresponsable”. *Temas Públicos* N° 1.107, 26 de abril de 2013, pp. 5-6.

Proyecto de Reforma Constitucional

Art. único.- Para agregar el siguiente artículo 129 bis nuevo en el Capítulo XV de la Constitución Política de la República.

Art. 129 bis.- El ejercicio de la soberanía reside en la Nación y lo realiza el pueblo a través de los mecanismos que señala esta Constitución. En ejercicio del poder constituyente originario puede convocar a una Asamblea Constituyente, la que en forma autónoma tendrá el mandato para la discusión y elaboración del nuevo orden constitucional. La referida Asamblea podrá ser convocada mediante una ley aprobada por la mayoría de los Diputados y Senadores en ejercicio, la que determinará la forma de elección de los representantes. Esta ley podrá iniciarse por moción parlamentaria o por la iniciativa de al menos quinientas mil firmas acreditadas de ciudadanos. La nueva Constitución para su vigencia deberá ser aprobada mediante plebiscito, por la mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos.

Conclusión del editor

No es fácil ensayar conclusiones a partir de un ejercicio colectivo como el que da cuenta este libro. Hubo muchas y distintas opiniones, énfasis y matices. Además, nunca se pidió tomar una decisión colectiva sobre punto alguno.

Pero del diálogo fueron surgiendo reunión tras reunión algunas complejidades interesantes a juicio de este editor. A propósito de potestad constituyente, por ejemplo, la cuestión que está más inmediatamente teñida de contingencia política, surgió la idea de que no debería discutirse el procedimiento de reforma de la Constitución vigente sin considerar al mismo tiempo el procedimiento de reforma que tendría una eventual Constitución futura. La conclusión que a mí me pareció ver en esto es que la Constitución futura debería tener, al menos, el mismo procedimiento y quórum que se usarían para reformar la Constitución vigente. Incluso, una Constitución futura podría tener un procedimiento menos exigente que el usado para reformar la Constitución actual, pero en ningún caso uno más exigente. Esto parece razonable: si fuera más exigente, la pretensión de congelar el propio presente por medio de la Constitución resulta excesiva. Una verdadera “trampa”, como se dijo.

Y todo esto se discutió habiéndose previamente desplegado un arco de opiniones que iba desde aquellos que no ven la necesidad ni justificación para una reforma siquiera moderada de la Constitución vigente, hasta algunos que piensan que vivimos un verdadero “momento constitucional” que justificaría, incluso, una asamblea constituyente para su materialización. Con todo, y esto no debería sorprendernos tratándose de juristas, la opinión generalizada fue discurrir siempre por vías perfectamente institucionales. Más allá de esto, sin embargo, y siendo una cuestión tan cargada de contingencia política, potestad constituyente fue la cuestión respecto de la cual hubo un desacuerdo más marcado y disperso.

La discusión sobre los derechos constitucionales, por su parte, mostró toda la intrínseca complejidad que la materia tiene. ¿Qué derechos consagramos en la Constitución? ¿Cómo volvemos eficaces aquellos que sean consagrados? Ya es difícil contestar estas preguntas respecto de los clásicos derechos individuales, mucho más es hacerlo respecto de otros derechos, como los DESC. Y para qué decir respecto de los derechos “colectivos”. Como es posible percibir en los diálogos, esta dificultad tiene que ver con el hecho de que en la noción de derechos constitucionales hay algo necesariamente contramayoritario. Hay una tensión entre los derechos constitucionales y la democracia entendida como la voluntad soberana declarada en la legislación. ¿Cuán prestacionales deben ser los derechos? ¿Deben ponerse los más prestacionales por sobre la Ley de Presupuestos o deben quedar siempre subordinados a ella? ¿Y su progresividad? A propósito de esta se recordó que la reciente crisis económica europea había mostrado que la progresividad en los derechos más prestacionales se transforma en un problema para los gobiernos que deben sortear una crisis. La pregunta entonces fue: ¿es la Constitución el lugar para diseñar políticas públicas y sociales?

Tampoco es evidente a quién están dirigidos los derechos constitucionales como mandatos. Los derechos más clásicos y menos prestacionales son mandatos que tradicionalmente se dirigen a los jueces. ¿Y los DESC? A propósito de ellos se recordó que hay experiencias constitucionales comparadas que los dirigen primero al legislador, no a los jueces. Son mandatos para que la legislación se ordene conforme a ellos. Los jueces podrán pronunciarse sobre ciertas condiciones mínimas a su respecto, pero el mandato va primero a la ley, a la voluntad soberana. Alternativas como estas pueden reducir el carácter contramayoritario que los derechos constitucionales envuelven. Este mismo carácter se advirtió con especial intensidad en la relación de nuestro sistema jurídico y los tratados suscritos por Chile en materia de derechos humanos. A propósito de esto, hubo un rechazo general a la idea de un supuesto “bloque constitucional”.

La tercera cuestión, estructura del Estado, también mostró varias complejidades. Hubo consenso en que Chile es un país centralizado –para muchos excesivamente centralizado–, y que urge corregir esto. La conversación rápidamente evocó la historia de Chile y al centralismo como un elemento muy presente en ella. ¿Cuánto descentralizar? ¿A qué unidades: a las actuales regiones, a provincias como las que existían antes, a eventuales “macro-regiones”? ¿Se descentralizan solo las funciones de administración y no las de gobierno, o también algunas de

gobierno? ¿Cómo se distingue entre administración y gobierno para estos efectos? ¿Y los controles y responsabilidad fiscal? Porque algo que podría asociarse al centralismo chileno es una cierta responsabilidad fiscal. ¿Cómo descentralizar sin correr el grave riesgo de que esta responsabilidad se diluya?

También bajo estructura del Estado se discutió sobre los órganos que deberían tener consagración constitucional, además de los tres poderes clásicos (Legislativo, Gobierno y Judicial). Se advirtió que la historia constitucional chilena muestra una progresiva inflación de órganos en la Constitución. Muchos profesores vieron en esto un problema y manifestaron que no debería seguirse con esta tendencia, y que, incluso, debería revertirse. A mi juicio, tienen razón.

Obviamente, la cuarta cuestión, régimen político, tampoco estuvo exenta de complejidades. Los tres aspectos en que se trató –forma de Gobierno, potestad legislativa y Tribunal Constitucional– revelaron dimensiones muy interesantes. Respecto de la forma de gobierno, la historia de Chile también compareció rápidamente a la discusión: el presidencialismo es antiguo entre nosotros. Pero tiene problemas, que se revelan en rigideces que las formas de gobierno más parlamentarias no tienen, y hace que el sistema electoral tenga una importancia que no tiene en formas más parlamentarias de Gobierno. Sobre los poderes de la Presidencia se recordó la experiencia relativamente reciente en algunos países latinoamericanos, en los que el progresismo constitucional desembocó en un refuerzo desmedido de los poderes presidenciales, generando verdaderos cesarismos. Esa es una experiencia aleccionadora para nosotros.

A propósito de la potestad legislativa se discutió sobre el carácter supramayoritario de una parte relativamente importante de la legislación chilena. Dicho carácter es inédito en la historia constitucional chilena. Parece haber consenso entre los profesores en el sentido de que si no se eliminaba, al menos la legislación supramayoritaria debía revisarse “a la baja”. Esta legislación supramayoritaria y los controles a los que está sometida dio el pase para discutir sobre el Tribunal Constitucional.

A propósito de este órgano se recordó el concepto de supremacía constitucional y la importancia de resguardarla, pero, acto seguido, algunos apuntaron que dicha supremacía no necesariamente debe ser resguardada por un órgano de un carácter más marcadamente jurisdiccional, como el Tribunal Constitucional. También podría serlo por un órgano netamente político. Fue importante tener esto claro, porque la discusión discurrió por un plano en el que el Tribunal Cons-

titucional no es algo evidente. Por el contrario, exige justificación. Y en el contexto de esta necesaria justificación, se discutió su competencia preventiva y ex post, recibiendo la primera muchas más críticas que la segunda. Algunos opinaron prescindir de la competencia preventiva, otros reducirla a los casos en que hay requerimientos, otros mantenerla solo para cuestiones de procedimiento y no de fondo, y otros, echando mano de algunas interesantes experiencias comparadas, propusieron que las decisiones del Tribunal Constitucional sean un mandato al Legislador para que este modifique sus propias decisiones, sin modificarlas directamente el Tribunal. Nuevamente, se vio en este efecto la posibilidad de reducir el carácter contramayoritario que entra en tensión con la democracia.

La práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional fue, también, analizada con sentido crítico. Por ejemplo, las dificultades de su competencia práctica en materias de inaplicabilidad, las que se advierten en la relación del Tribunal Constitucional con la judicatura ordinaria y, en especial, con la Corte Suprema. Sin duda, regular mejor esta relación es una tarea pendiente. A propósito, entre los puntos que el ciclo no alcanzó a tocar, uno especialmente importante es la Corte Suprema, su lugar institucional, ámbito de competencia, organización, gobierno corporativo, etc. La discusión sobre esto quedó como tarea pendiente.

Tanto en las conversaciones sobre régimen político como sobre estructura del Estado, se advirtió tener presente que el orden institucional a que da lugar una Constitución debe contener, necesariamente, mecanismos de pesos y contrapesos, de tal manera que el poder sea dividido y, por esta vía, evitar que se concentre la posibilidad de su abuso. El control de constitucionalidad, la potestad cautelar, el papel de la Contraloría General de la República, el ejercicio de la potestad legislativa -incluso el quórum supramayoritario dentro de ella-, fueron ejemplos de un análisis que tuvo como horizonte la necesidad de contar con esos mecanismos. Esta es una visión fundamentalmente sensata y debería iluminar, también, cualquier discusión que la política emprenda sobre el futuro constitucional.

Los relatores de este ciclo señalan en el prólogo que este ejercicio fue un acto deliberado, carente de ingenuidad. Su objetivo fue reunir a parte relevante de la academia vinculada al Derecho Público para que discerniera colectivamente sobre la cuestión constitucional en Chile. Con dos fines. Uno, que la academia cumpliera la tarea que tiene frente a la política, que es darle forma a las ideas e intuiciones, abrir posibilidades, señalar límites, dibujar contornos y permitir una razonable intersubjetividad. El otro, encarar una prueba que pone el paso del tiem-

po, tratando de contestar la pregunta por la existencia entre nosotros de un grupo de juristas con sentido de lo público que configure una generación de recambio.

El lector de este libro ya podrá juzgar si estos dos grandes objetivos han sido cumplidos y con qué intensidad. Juzgar, en otras palabras, el resultado de ese acto carente de ingenuidad.

Por su parte, este editor piensa que ambos objetivos han sido alcanzados de una forma que hace mirar el futuro con cierta esperanza. Como las notas de esta conclusión lo muestran, la cuestión constitucional en Chile plantea desafíos y complejidades enormes. Este libro se publica con la esperanza de que, si se intenta un cambio constitucional, quienes tengan el poder y la responsabilidad política para hacerlo procedan con la serenidad, apertura de mente, distancia crítica y sentido republicano que dichos desafíos y complejidades exigen. No debe haber en esta tarea espacio alguno para actitudes frenéticas, mesiánicas o fácticas.

Y, también, este libro se publica con la esperanza de que el debate político que acompañe un eventual cambio constitucional pueda tener como apoyo y referencia el debate académico que este trabajo contiene, debate urdido por una generación amplia y diversa de juristas con evidente sentido público.

El editor

Marzo 2015

Bibliografía

- Ackerman, Bruce. 1991. *We The People I. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press.
- . 1995. “Higher lawmaking” en *Responding to Imperfections. The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (editor: Levinson, Sanford). New Jersey: Princeton University Press.
- . 1996. *El futuro de la revolución liberal* (traducción: Malem, Jorge). Barcelona: Ariel.
- . 1998. *We The People II. Transformations*. Cambridge: Harvard University Press.
- . 2007. *La nueva división de poderes*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- . 2014. *We The People III. The Civil Rights Revolution*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ahumada, Paula. 2012. “La administración presidencial y el control de la burocracia” en *Revista de Derecho Público*, Vol. 76.
- Albertazzi, Daniele y McDonnell, Duncan. 2007. *Twenty-First Century Populism*. New York: Palgrave MacMillan.
- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción: Garzón Valdez, Ernesto). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aninat, Cristóbal. 2006. “Balance de poderes legislativos en Chile. ¿Presidencialismo exagerado o base de un sistema político cooperativo?” en *Política*, Vol. 47.
- Atria, Fernando, Guillermo Larráin, José Miguel Benavente, Javier Couso y Alfredo Joignant. 2013. *El otro modelo*. Santiago: Debate.
- Atria, Fernando. 2013. *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM Ediciones.
- . 2014a. “La Constitución tramposa y la responsabilidad del jurista” en *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates* (coordinador: Zúñiga, Francisco). Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- . 2014b. *Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM Ediciones.

- Avilés, Víctor. 2014. “Relación entre el sistema electoral y el sistema de gobierno en el contexto actual del debate social y constitucional” en *Revista de Derecho Público: Reformas Constitucionales*, Número Especial. Santiago: Universidad de Chile.
- Bascuñán, Antonio. 1998. “El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas” en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial.
- Berlin, Isaiah. 1974. “Dos conceptos de libertad” en *Libertad y necesidad en la historia* (Bayón, Julio). Madrid: Revista de Occidente.
- Bobbio, Norberto. 2003. *Teoría general de la política* (traducción: de Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo). Madrid: Trotta.
- Böckenförde, Ernest-Wolfgang. 2000. *Escritos sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (traducción: de Agapito Serrano, Rafael). Madrid: Trotta.
- Boeninger, Edgardo. 2009. “La visión política del sistema electoral chileno” en *Reforma del sistema electoral chileno* (editores: Fontaine T., Arturo; Larroulet, Cristián; Walker, Ignacio y Navarrete, Jorge). Santiago: PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, Proyectamérica y Cieplan.
- Bulnes, Luz. 1984. “La ley orgánica constitucional” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, Números 2-3.
- . 2001. “Forma de gobierno o régimen político en la Constitución de 1980” en *20 años de la Constitución chilena, 1981-2001* (editor: Navarro, Enrique). Santiago: Conosur.
- Cea, José Luis. 2008. *Derecho Constitucional chileno, Tomo II*. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- Correa, Jorge. 2013. “¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución?” en *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Couso, Javier. 2010. “Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional” en *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Darnstädt, Thomas. 2005. *La trampa del consenso* (traducción: Sosa Wagner, Francisco). Madrid: Trotta.
- Dworkin, Ronald. 1984. *Los derechos en serio* (traducción: Gustavino, Marta). Barcelona: Ariel.
- Elkins, Zachary, Tom Ginsburg y James Melton. 2010. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster, Jon. 1989. *Ulises y las Sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad* (traducción: Utrilla, Juan José). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

- _____. 1993. “Régimen de mayorías y derechos individuales” en *De los Derechos Humanos. Las conferencias de Oxford Amnesty de 1993* (editores: Shute, Steven y Hurley, Susan; traducción: Valencia Villa, Hernando). Madrid: Trotta.
- _____. 2002. *Ulises desatado* (traducción: Mundó, Jordi). Barcelona: Gedisa.
- Ely, John H. 1980. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fernandois, Arturo y García, José Francisco. 2009. “Origen del presidencialismo chileno: Reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa exclusiva” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, Número 2.
- Fernández, Mario. 2011. “Congreso Nacional y Sistema Electoral” en *Revista Derecho Público*, Vol. 75. Santiago: Universidad de Chile.
- Ferrajoli, Luigi. 2001. “Derechos fundamentales” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (editores: de Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo). Madrid: Trotta.
- Figueroa, Rodolfo. 2009. “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica” en *Revista Chile de Derecho*, Vol. 36, Número 3.
- Frei Montalva, Eduardo, Sergio Molina Silva, Enrique Evans de la Cuadra, Gustavo Lagos Matus, Alejandro Silva Bacuñañ y Francisco Cumplido Cereceda. 1970. *La Reforma Constitucional de 1970*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Garcés, Joan. 2013. *Allende y La experiencia chilena. Las armas de la política*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- García, Ana María. 2014. “Mecanismos de reforma constitucional” en *Revista de Derecho Público: Reformas Constitucionales*, Número Especial. Santiago: Universidad de Chile.
- García, José Francisco. 2014. “Minimalismo e incrementalismo constitucional” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, Número 1.
- _____. y Verdugo, Sergio. 2013. *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo.
- Gargarella, Roberto. 2013. *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Ginsburg, Tom. 2002. “Economic analysis and the design of constitutional courts” en *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 3. Tel Aviv: The Cegla Center for Interdisciplinary Research of the Law, Tel Aviv University.
- _____. 2014. “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena” en *Estudios Públicos*, Número 133 (traducción: Gallego Saade, Javier).
- Godoy, Óscar. 1990. “El régimen parlamentario: Una opción política para Chile” en *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria* (editor: Godoy, Óscar). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

- Gómez, Gastón. 2013. *Las sentencias del tribunal constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Habermas, Jürgen. 1987. *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social* (traducción: Mas Torres, Salvador y Moya, Carlos). Madrid: Tecnos.
- . 1991. *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. 2001. *El Federalista* (traducción: Velasco, Gustavo). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Hegel, G.W.F. 1975. *Principios de la Filosofía del Derecho* (traducción: Vermal, Juan Luis). Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Henríquez, Miriam. 2013. “El control de constitucionalidad de la reforma en el ordenamiento constitucional chileno” en *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Hidalgo, Paulo. 2011. *El ciclo político de la Concertación (1990-2010)*. Santiago: Uqbar Editores.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass. 2011. *El Costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Humboldt, Guillermo De. 1996. “Ideas para un ensayo de determinación de los límites que circunscriben la acción del Estado” en *Escritos políticos*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Ibaceta, David. 2014. “Breves ideas acerca del reforzamiento de las acciones constitucionales” en *Revista de Derecho Público: Reformas Constitucionales*, Número Especial.
- Jaraquemada, Jorge y Mery, Héctor. 2013. “Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una Asamblea Constituyente?” en *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Jiménez, Guillermo, Pablo Marshall y Fernando Muñoz. 2013. “La debilidad de las súper-mayorías” en *Revista de Derecho PUCV*, Vol. XLI.
- Kelsen, Hans. 1977. *Esencia y valor de la democracia* (traducción: Luengo, Rafael y Legaz, Luis). Barcelona: Editorial Labor.
- . 1991. *Teoría pura del derecho* (traducción: Vernengo, José Roberto). México D.F.: Editorial Porrúa.
- . 1995. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (traducción: Aja Sánchez, José Luis). Madrid: Tecnos.
- . 2001. *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (traducción: Tamayo y Salmo-rán, Rolando). México: UNAM.
- Kundera, Milan. 2001. *La vida está en otra parte* (traducción: de Valenzuela, Fernando). Barcelona: Seix Barral.

- Krauze, Enrique. 2011. *Redentores: Ideas y poder en Latinoamérica*. México D.F.: Debate.
- Laband, Paul. 1900. *Le Droit de L'Empire Allemand: Tomo I* (traducción: Gandilhon, Camille). Paris: V. Giard & E. Briere.
- Lagos, Ricardo. 2005. "Una Constitución para el Chile del Bicentenario" en *Reforma Constitucional 2005* (coordinador: Zúñiga, Francisco). Santiago: LexisNexis.
- Lijphart, Arend. 1990. "Presidencialismo y democracia de mayoría" en *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria* (editor: Godoy, Óscar). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Linz, Juan. 1990. "Democracia, presidencialismo o parlamentarismo: ¿Hace alguna diferencia?" en *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria* (editor: Godoy, Óscar). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Mac-Clure, Lucas. 2011. "Tribunal Constitucional y los derechos: La discusión pendiente" en *Frente a la mayoría: Leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (editores: Sierra, Lucas y Mac-Clure, Lucas). Santiago: Centro de Estudios Públicos, PNUD.
- Mohor, Salvador. 2014. "El recurso de protección y los derechos sociales: Una deuda pendiente", en *Revista de Derecho Público: Reformas Constitucionales*, Número Especial. Santiago: Universidad de Chile.
- Muñoz, Fernando. 2006. "Leyes orgánico-constitucionales. Insatisfactoria rigidización de la democracia" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II. Uruguay: Konrad Adenauer.
- _____. 2013. "Así se debe hacer la nueva Constitución de la que habla Bachelet" en *El Mostrador.cl*. 15 de abril de 2013.
- Nagel, Thomas. 1996. *Igualdad y parcialidad* (traducción: Álvarez Álvarez, José Francisco). Barcelona: Paidós.
- Navarro, Enrique. 2012. "Tribunal constitucional y esfera de actuación de los órganos del Estado" en *Anuario de Derecho Constitucional*, Año XVIII.
- _____. 2014. "Reformas a la Constitución chilena" en *Revista de Derecho Público: Reformas Constitucionales*, Número Especial. Santiago: Universidad de Chile.
- Nogueira, Humberto. 1984. "Presidencialismo democrático y presidencialismo autoritario. El artículo 32 N° 5 de la Constitución de 1980 y la clasificación de la forma de gobierno" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XI, Números 2-3.
- _____. 2007. "El derecho a la propia imagen como derecho implícito. Fundamentación y caracterización" en *Revista Jurídica Ius Et Praxis*, año 13 Número 2.
- Núñez, Manuel. 2012. "Recurso de protección, conflictos políticos y cuestiones no justiciables en la reciente jurisprudencia de protección" en *Anuario Derecho Público*. Santiago: Universidad Diego Portales.

- Piedrabuena, Guillermo. 1970. *La reforma Constitucional. Historia de la Ley 17.284, sus principales alcances y posición de los partidos políticos*. Santiago: Encina Ltda.
- Piñera, Sebastián, y Rivadeneira, Ignacio. 2007. “Una nueva Contraloría para el Chile del Siglo XXI” disponible en línea: http://www.chilecontodos.cl/participa/detalle_proyecto-8.html
- Pisarello, Gerardo. 2012. *Un Largo Termidor. La Ofensiva Del Constitucionalismo Antidemocrático*. Madrid: Trotta.
- Pereira Menaut, Antonio. 2010. *Lecciones de teoría constitucional*. Madrid: Colex.
- Rawls, John. 1971. *Teoría de la justicia* (traducción González, María Dolores). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Raz, Joseph. 2001. *La ética en el ámbito público* (traducción M. L. Melón). Barcelona: Gedisa.
- Rivadeneira, Ignacio. 2008. “Chile: Hacia un gobierno semipresidencial: Diez razones para dejar atrás nuestro sistema presidencial” en *Derecho y Humanidades*, Número 13.
- Román, Cristián. 2014. “Reconocimiento constitucional de los pueblos originarios en Chile” en *Revista de Derecho Público: Reformas Constitucionales*, Número Especial.
- Rouquié, Alain. 2011. *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina* (traducción: Goldstein, Víctor). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Rosanvallón, Pierre. 2009. *La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad, proximidad* (traducción: Cardoso, Heber). Buenos Aires: Manantial.
- Rose-Ackerman, Susan. 1999. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo. 2006. “Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la constitución del Bicentenario” en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (coordinador: Bordalí, Andrés). Santiago: LexisNexis.
- . 2008. “La trampa del neopresidencialismo: la Constitución gatopardo” en *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (editores: Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo). Santiago: LOM Editores.
- . 2012. “El presidencialismo chileno: Evolución de sus atribuciones constitucionales y propuestas de reformas” en *Revista de Derecho Público*, Vol. 76. Santiago: Universidad de Chile.
- Sadurski, Wojciech. 2008. *Equality and Legitimacy*. New York: Oxford University Press.
- Sánchez Viamonte, Carlos. 1957. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.
- Sartori, Giovanni *et al.* 1991. “Consideraciones sobre alternativas semipresidenciales y parlamentarias de gobierno” en *Estudios Públicos*, Número 42. Santiago: Centro de Estudios Públicos.

- . 2003. *Ingeniería constitucional comparada: Una Investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Siavelis, Peter y Valenzuela, Arturo. 1991. “Ley electoral y estabilidad democrática: Un ejercicio de simulación para el caso de Chile” en *Estudios Públicos*, Número 43. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- Sierra, Lucas. 2003. “La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo” en *Estudios Públicos*, Número 92. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- . 2011. “La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática” en *Frente a la mayoría: Leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (editores: Sierra, Lucas y Mac-Clure, Lucas). Santiago: Centro de Estudios Públicos, PNUD.
- Sieyès, Emmanuel Joseph. 2008. *¿Qué es el Tercer Estado?* (traducción: Lorente Sariñena, Marta y Vázquez Jiménez, Lidia). Madrid: Alianza Editorial.
- Silva Bascuñán, Alejandro. 2000. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VII. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Soto, Ángel y Schmidt, Paula. 2008. “Las frágiles democracias latinoamericanas” en *El Mercurio-Aguilar*. Santiago de Chile.
- Sternberger, Dolf. 2001. *Patriotismo constitucional* (traducción: Villar Borda, Luis). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tapia, Jorge. 1960. *La técnica legislativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tushnet, Mark. 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press.
- . 2008. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press.
- Urquieta, Julia. 2014. “Una nueva Constitución para un nuevo Chile” en *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates* (coordinador: Zúñiga, Francisco). Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters.
- Valenzuela, Arturo. 1985. “Orígenes y características del sistema de partidos en Chile: Proposición para un gobierno parlamentario” en *Estudios Públicos*, Número 18. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- . 1989. *El quiebre de la democracia en Chile* (traducción: Bonnefoy, Josiane). Santiago: Flacso.
- . 1990. “Partidos políticos y crisis presidencial en Chile: Proposición para un gobierno parlamentario”, en *Hacia una democracia moderna. La Opción Parlamentaria* (editor: Godoy, Óscar). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

- _____. 2012. “Crisis de representación y reforma política en Chile” en *Democracia con partidos* (editores: Sierra, Lucas y Díaz, Francisco Javier). Santiago: CEP - Cieplan.
- Vanossi, Jorge Reynaldo A. 1975. *Teoría Constitucional*, Tomo I. Buenos Aires: Depalma.
- Véliz, Claudio. 1980. *The Centralist Tradition of Latin America*. New Jersey: Princeton University Press.
- Verdugo, Sergio. 2010. “Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador” en *Estudios Constitucionales*, Vol. 1.
- _____. 2012. “Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales” en *Revista de Derecho PUCV*, Vol. XXXIX.
- _____. 2014. “Las debilidades de la crítica a las super-mayorías” en *Revista de Derecho PUCV*, Vol. XLII.
- Verdugo, Mario. 2014. “¿Nueva Constitución?” en *Revista de Derecho Público: Reformas Constitucionales*, Número Especial. Santiago: Universidad de Chile.
- Vergottini, Giuseppe de. 2002. *Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX* (traducción: Parea, Santiago). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vermeule, Adrian. 2004. “Submajority rules: Forcing accountability upon majorities” en *Public Law and Legal Theory Working Paper* N° 54. Chicago: University of Chicago Law School.
- Viera-Gallo, José Antonio. 2014. “Fortalecer el Parlamento” en *Revista de Derecho Público: Reformas Constitucionales*, Número Especial. Santiago: Universidad de Chile.
- von Baer, Ena. 2009. “Sistema binominal: Consensos y disensos” en *Reforma del Sistema Electoral Chileno* (editores: Fontaine T., Arturo; Larroulet, Cristián; Walker, Ignacio y Navarrete, Jorge). Santiago: PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, Projectamérica y Cieplan.
- Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. 2006. “The core of the case against judicial review” en *Yale Law Journal*, Vol. 115.
- Walker, Ignacio. 2009. *La democracia en América Latina. Entre la esperanza y la desesperanza*. Santiago: Uqbar.
- Zapata, Patricio. 2008. *Justicia Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- _____. 2014. “La nueva Constitución y el bien común” en *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates* (coordinador: Zúñiga, Francisco). Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- Zúñiga, Francisco. 2005. *Reforma Constitucional* (coordinador). Santiago: Editorial LexisNexis.

- _____. 2011a. “Referéndum y Constitución” en *Revista Derecho Público*, Vol. 74. Santiago: Universidad de Chile.
- _____. 2011b. “Acusación constitucional” en *Revista Derecho Público*, Vol. 75. Santiago: Universidad de Chile.
- _____. 2013. “Algunas notas acerca de la reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente” en *Estudios Constitucionales*, Año 11, Número 1.
- _____. 2014a. “Poder constituyente, derecho constitucional transitorio y controles” en *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates* (coordinador: Zúñiga, Francisco). Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- _____. 2014b. “Nueva Constitución para Chile. Las ‘bases y las nuevas ideas político-constitucionales” en *Revista de Derecho Público: Reformas Constitucionales*, Número Especial.

Participantes en los “Diálogos constitucionales”

- Avilés H., Víctor Manuel. Abogado, Universidad de Chile. Máster en Derecho Tributario, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.
- Bascuñán R., Antonio. Abogado, Universidad de Chile. Estudios de postgrado, Universidad de München. Profesor de Derecho Penal y Ciencias del Derecho, Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez.
- Bassa M., Jaime. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso.
- Concha Z., Germán. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Cordero V., Luis. Abogado, Universidad La República. Máster en Políticas Públicas con mención en Economía, Universidad de Chile, y Doctor en Derecho, Universidad de Lleida. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile.
- Correa S., Jorge. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Derecho Público, Universidad Diego Portales.
- Correa G., Rodrigo. Abogado, Universidad de Chile. Máster y Doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Ciencias del Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Decano de la Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez.
- Fernandois V., Arturo. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Gobierno y Políticas Públicas, Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Ferrada B., Juan Carlos. Abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso.

- Figueroa G., Rodolfo. Abogado, Universidad Diego Portales. Máster y Doctor en Derecho, Universidad de Wisconsin. Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho, Universidad Diego Portales.
- García G., José Francisco. Abogado y Máster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster y Doctor en Derecho, Universidad de Chicago. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Gómez B., Gastón. Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales y Universidad de Chile.
- Henríquez V., Miriam. Abogada, Universidad Nacional de Comahue. Máster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado y Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Martínez E., José Ignacio. Abogado, Universidad de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de los Andes. Vicerrector de Investigación y Postgrados, Universidad de los Andes.
- Moraga K., Claudio. Abogado, Universidad de Chile. Máster Rerum Publicarum y estudios de doctorado, Universidad de Speyer. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile.
- Navarro B., Enrique. Abogado, Universidad de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae. Ex Ministro del Tribunal Constitucional.
- Núñez P., Manuel Antonio. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Palma G., Eric. Abogado, Universidad de Chile. Máster en Historia, Universidad de Chile; Máster en Educación, Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, y Doctor en Derecho y en Historia, Universidad de Valladolid. Profesor de Historia del Derecho y Director del Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad de Chile.
- Pfeffer U., Emilio. Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales. Abogado integrante de la Corte Suprema.
- Ribera N., Teodoro. Abogado, Universidad de Chile. Doctor Juris Utriusque de la Universidad Julius Maximilian de Würzburg. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile. Ex Ministro de Justicia.
- Ruiz-Tagle V., Pablo. Abogado, Universidad de Chile. Máster y Doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Introducción al Derecho y Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

- Sierra I., Lucas. Abogado, Universidad de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Yale. Doctor en Ciencias Sociales y Políticas, Universidad de Cambridge. Profesor de Regulación de las Telecomunicaciones y Profesión Jurídica, Universidad de Chile. Subdirector del CEP.
- Soto B., Francisco. Abogado, Universidad Diego Portales. Máster de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales, y Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.
- Soto V., Sebastián. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Columbia. Estudios de doctorado en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Undurraga V., Verónica. Abogada, Universidad de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Columbia, y Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Adolfo Ibáñez.
- Urquieta O., Julia. Abogada, Universidad de Chile. Profesora de Derecho Público, Universidad ARCIS.
- Valdivia O., José Miguel. Abogado, Universidad de Chile. Máster en Derecho Público Interno y Doctor en Derecho, Universidad París II, Panthéon-Assas. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Adolfo Ibáñez.
- Verdugo R., Sergio. Abogado, Universidad del Desarrollo. Máster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Berkeley. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo.
- Zapata L., Patricio. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Ciencias Políticas, Pontificia Universidad Católica de Chile; Máster en Derecho, Universidad de Harvard. Estudios de doctorado en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de las Américas.
- Zúñiga U., Francisco. Abogado, Universidad de Chile. Estudios de postgrado, Universidad Autónoma de Madrid y Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

Equipo del CEP

- Aninat S., Isabel. Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Columbia. Investigadora del CEP.
- Gallego S., Javier. Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Público y Ética Profesional, Universidad Adolfo Ibáñez. Asistente de investigación en el CEP.

Índice de participantes en las sesiones

- Avilés, Víctor Manuel, 55-57, 122-123, 160, 256-258, 355-357, 369, 404-406, 465-467.
- Bascuñán, Antonio, 57-58, 107, 108, 128, 161-162, 412-413, 462, 482-484.
- Bassa, Jaime, 51-52, 121-122, 262-263, 281-283, 395-396, 477-478.
- Concha, Germán, 50-51, 123-124, 263-264, 471-473.
- Cordero, Luis, 49-50, 118-119, 151-152, 245-247, 362-364, 368, 409-410.
- Correa, Jorge, 114-117, 127, 133-134, 149-151, 250-251, 259, 271-272, 284-285, 290, 352-353, 357, 366-368, 390-395, 485-486.
- Correa, Rodrigo, 65-66, 142-143, 410-412.
- Fernandois, Arturo, 64-65, 132-133, 152-153, 381-384, 399-401, 488-489.
- Ferrada, Juan Carlos, 47-49, 111-113, 157-158, 476-477.
- Figuroa, Rodolfo, 125-126, 135, 153-154, 247-248, 386-387, 480-482.
- García, José Francisco, 113-114, 158-160, 251-253, 279-281, 345-350, 374-375, 479-480.
- Gómez, Gastón, 103-107, 109, 127-128, 147-148, 155-156, 259-261, 264, 286-287, 369-371, 467-469.
- Henríquez, Miriam, 52, 129-130, 148-149, 406-407.
- Martínez, José Ignacio, 58-60, 140-142, 154-155, 269-271, 371-372, 407-408.
- Moraga, Claudio, 267-269, 287-288, 474-475.
- Navarro, Enrique, 45-46, 145-147, 255-256, 359-360, 373-374, 377-381, 469-471.
- Núñez, Manuel Antonio, 66-67, 124-125, 403-404.
- Palma, Eric, 60-61, 126-127, 486-488.
- Pfeffer, Emilio, 109, 130-131, 160-161, 258-259, 283-284, 291-292, 353-355, 384-386, 473-474.

Ribera, Teodoro, 53-55.

Ruiz-Tagle, Pablo, 242-244, 253-255, 277-279, 289.

Soto, Francisco, 109-110, 261-262.

Soto, Sebastián, 46-47, 139-140, 272-273, 401-403.

Undurraga, Verónica, 138-139, 461-462.

Urquieta, Julia, 43-44, 117-118, 135-136, 163, 360-362, 372, 462-465.

Valdivia, José Miguel, 147, 285-286, 290.

Verdugo, Sergio, 351-352, 364-366, 372-373, 387-390.

Zapata, Patricio, 108-109, 144-145, 239-242, 248, 273-275, 288-289, 357-359, 373.

Zúñiga, Francisco, 39-43, 61-64, 67, 107, 108, 110-111, 119-121, 136-138, 248-249, 264-265, 271, 275-277, 290-291, 350-351, 396-398, 459-461, 484.