



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

IDEAS para el debate N° 3

Mayo 2015

**Aportes para una
Reforma Constitucional**

Centro Latinoamericano de Políticas
Económicas y Sociales **CLAPES UC**

Todos los derechos reservados e inscrito en el
Registro de Propiedad Intelectual

Santiago, Chile



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

IDEAS para el debate N° 3

Mayo 2015

**Aportes para una
Reforma Constitucional**

Centro Latinoamericano de Políticas
Económicas y Sociales **CLAPES UC**

www.clapesuc.cl

El presente libro recoge las ponencias de los expositores del seminario “Reforma Constitucional: ¿Refundación del Estado o Progreso Institucional?”, realizado el 18 de noviembre de 2014, en el Salón de Honor de la Casa Central de la Pontificia Universidad Católica de Chile, organizado por CLAPES UC.

Contenidos

- 6 **La Dimensión Económica del Incierto Debate Constitucional**
Felipe Larraín Bascuñán
- 11 **Discurso Seminario “Reforma Constitucional: ¿Refundación o Progreso Constitucional?”**
Ministra Secretaria General de la Presidencia, Ximena Rincón González
- 17 **Nueva Constitución o Reforma Constitucional, ¿Refundación del Estado o Progreso Institucional?**
José Luis Cea Egaña
- 34 **Reforma Constitucional e identidad Constitucional**
Marisol Peña Torres
- 44 **Bases de la Institucionalidad. Apuntes acerca de las Normas de Principio en la Nueva Constitución**
Francisco Zúñiga Urbina
- 59 **¿Nueva Constitución? Bases Conceptuales para el Debate Constitucional**
Rodrigo Delaveau Swett
- 66 **Constitución Social y Económica, Objetivizando el Debate**
Arturo Fermandois Vöhringer
- 73 **La Demanda de una Nueva Constitución para Chile: hacia una Democracia Plenamente Soberana**
Javier Couso Salas
- 79 **Constitución Económica: Disposiciones de Principio sobre Rol del Estado y Derechos Económicos, Sociales y Culturales**
José Antonio Ramírez Arrayás
- 92 **Bases y Dudas acerca de la Reforma a la Reforma**
Miguel Ángel Fernández González
- 105 **Siete Tesis sobre una Nueva Constitución y una Propuesta**
Tomás Jordán Díaz

La Dimensión Económica del Incierto Debate Constitucional

Felipe Larraín Bascuñán¹

La reforma constitucional que se ha propuesto llevar a cabo este gobierno definirá el futuro desempeño de las instituciones políticas y económicas de Chile. Junto a ello, determinará las posibilidades de progreso material y movilidad social de millones de chilenos. La derogación de un texto constitucional vigente es la mayor modificación en la hoja de ruta que puede experimentar un país. Solo las guerras y revoluciones tienen efectos económicos, políticos y sociales más directos e inmediatos que el estreno de una nueva carta fundamental. Es, quizás, por la imperiosa necesidad de generar certeza jurídica y política –única vía posible para el desarrollo de cualquier civilización– que en nuestra ya bicentenaria historia republicana solo hemos contado con nueve textos constitucionales desde aquel suscrito por José Miguel Carrera en 1812.

Una nueva constitución no solamente tendrá el deber de determinar las limitaciones del poder del Estado en su relación con los ciudadanos, sino que también deberá contener principios y normas –claros y flexibles, pero definidos– en materia económica. Es por ello que la denominada *madre de todas las reformas* ya no tan solo compete en forma exclusiva a los abogados constitucionalistas. Parafraseando a George Clemenceau, Primer Ministro de Francia durante la Tercera República, la reforma constitucional es un tema demasiado importante como para dejárselo solamente a los abogados. Es la sociedad toda la que debe involucrarse en este debate.

Según ha trascendido, pronto se conocería el cronograma de trabajo preparado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia a fin de modificar la Carta Magna que rige en nuestro país desde 1980. Aún no hay un panorama claro —tal como señala el profesor José Luis Cea en su documento redactado especialmente para este libro— de lo que se aspira en esta materia: no se ha señalado qué cambios concretos se pretenden impulsar; no se habría descartado del todo la conformación de una Asamblea Constituyente, y recientemente se han abierto nuevos flancos tales como el “*referendum revocatorio*” propuesto por algunos parlamentarios de la coalición gobernante. La única información formal con la que se cuenta para analizar las propuestas de cambio constitucional es la contenida en el programa de gobierno de la Nueva Mayoría.

Frente a este escenario, el Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales de la Universidad Católica (Clapes UC) —en conjunto con la Facultad de Derecho de esta casa de estudios— ha querido aportar al debate con varias actividades académicas enmarcadas dentro del proceso de discusión pública que se desarrollará en nuestro país a propósito de la anunciada modificación a la Constitución Política de 1980. El citado seminario, este texto y, eventualmente, futuros foros son parte de nuestra contribución a un debate que debe incluir antecedentes técnicos, pero también considerar la coyuntura sociopolítica y el marco institucional que ha permitido a Chile desarrollarse en las últimas tres décadas. En suma, queremos contribuir a un diálogo responsable, a un intercambio de opiniones y a la deliberación de la que ha sido referida como la más relevante de las reformas de la actual administración.

La necesidad de un diagnóstico y evaluación de la actual Constitución

El efecto económico de las constituciones es un punto sobre el cual existe profusa investigación académica. Douglas C. North, premio Nobel de Economía en 1993, investigó sobre el desarrollo económico moderno y el papel que juega el derecho de propiedad, señalando que “*la organización económica eficiente es la clave del crecimiento (...) y esta organización implica el establecimiento de esquemas institucionales y derechos de propiedad que crean incentivos para canalizar el esfuerzo económico de los individuos hacia actividades que hacen que la tasa de retorno privada se acerque a la tasa de retorno social*”.

¹ Director del Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales de la Universidad Católica (CLAPES UC). Profesor Titular UC. Ex Ministro de Hacienda. Agradezco los valiosos aportes de Francisco Moreno G.

Por eso es lícito preguntarse: ¿es necesario reemplazar la Constitución vigente o basta con reformarla en aquellos puntos sobre los que exista consenso?, ¿cuál es la base objetiva para argumentar su total sustitución? Desde la ciencia económica, cualquier análisis indicaría que los principios constitutivos del orden público económico vigente –es decir, aquellos principios y normas que han organizado la economía de nuestro país– han contribuido a que en las últimas tres décadas hayamos vivido un período de mejoría significativa en la calidad de vida de los chilenos, sus familias y una reducción de la pobreza sin precedentes en nuestra historia.

De acuerdo a lo señalado por la doctrina jurídica, los principios que conforman el Orden Público Económico o lo que se conoce también como la “*arquitectura de la Constitución Económica*” son: la primacía de la persona humana, sujeto superior y anterior al Estado; el derecho a la libre contratación; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, lo que otorga protección al emprendimiento privado; el reforzamiento del derecho de propiedad y, en especial, el de propiedad incorporal sobre los contratos aun con las limitaciones que impone la función social; las normas sobre el Estado Empresario; la igualdad ante la ley; la igualdad ante los tributos y la libertad de asociación.

Es factible señalar, además, otros cuatro principios que han sido claves para el orden público económico en nuestro país: el reconocimiento constitucional otorgado al Banco Central, que ha logrado dotarlo de una autonomía efectiva; las normas sobre endeudamiento público, incluidas las referidas a las empresas públicas; la normativa vigente sobre la negociación colectiva y, en especial, la imposibilidad de negociar por rama de actividad económica, y las disposiciones sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en ciertas materias legales de carácter económico.

Respecto al último de estos elementos, cabe señalar que constituye un elemento crucial en el manejo de los recursos públicos por parte del Poder Ejecutivo, en vista de la restricción que establece a la iniciativa parlamentaria en materia de impuestos o gastos públicos. Sus orígenes se remontan a la primera reforma de la Constitución de 1925 ocurrida durante el gobierno de Juan Antonio Ríos, en noviembre de 1943. La Constitución de 1980 extendió y precisó esta restricción de modo que ha permitido mantener la disciplina fiscal restringiendo el manejo del presupuesto público en una sola autoridad. Tal como señala Edgardo Boeninger, la iniciativa exclusiva del Presidente, junto con la capacidad de manejar la agenda del Congreso Nacional a través de las urgencias, “*han sido determinantes en el Chile posterior a 1990 para asegurar la gobernabilidad, mantener la coherencia de las políticas económicas y sociales y desterrar el populismo*”².

La disputa sobre la *legitimidad de origen* de la Constitución del ’80 pertenece a una antigua discusión que hoy carece de sentido. Esta Carta Fundamental ha sido modificada en 34 oportunidades y ha sido aplicada durante décadas, permitiendo la elección democrática de 5 Presidentes de la República en 6 elecciones presidenciales. Nuestra transición a la democracia ha sido reconocida internacionalmente como ejemplo de un proceso vivido en paz y con pleno apego al Estado de Derecho. Basta recordar que la actual Constitución lleva la firma del ex Presidente Ricardo Lagos Escobar y de todos sus ministros de Estado, quienes después de la modificación de 2005 la promulgaron en el Palacio de la Moneda en un acto público el 17 de septiembre de ese año.

Elementos económicos preocupantes del futuro debate constitucional

A un año de que la coalición gobernante asumiera la conducción del Poder Ejecutivo no existe información clara y precisa sobre los cambios constitucionales que se pretenden patrocinar más allá de lo señalado en el “Programa de Gobierno 2014-2018”, publicado en octubre de 2013. Analizando dichos enunciados, estimamos que los elementos más preocupantes —desde una perspectiva económica— son: aquel que transforma un estado subsidiario a un estado social de derechos; el que delimita la propiedad privada a fin de reconocer su función social de una manera incierta; aquel que aumenta el dominio público sobre los recursos naturales; el que rebaja los quórum de aprobación, modificación y derogación en el Congreso Nacional tanto de las leyes orgánicas constitucionales como de aquellas interpretativas de la Constitución; aquel que pretende favorecer

2 Boeninger, Edgardo. Relaciones entre partidos, Gobierno y Parlamento en el sistema presidencial chileno. En: Reforma de los Partidos Políticos en Chile. Arturo Fontaine, Cristián Larroulet, Jorge Navarrete e Ignacio Walker (editores). PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, ProyectAmérica y CIEPLAN, 2008. Página 211.

el igual acceso de mujeres y hombres a puestos de responsabilidad profesional en el sector privado; el que elimina el control preventivo obligatorio y facultativo que el Tribunal Constitucional realiza sobre normas orgánico-constitucionales; aquel que pretende fijar límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social ya sea en el ámbito monomedial como multimedial, y el que señala que habrá una ley que establezca el nivel de autonomía de que gozará el Banco Central de Chile.

Cabe advertir que de acuerdo a la legislación vigente, los quórum para que buena parte de la legislación económica y social pueda ser modificada son de mayoría simple en ambas cámaras del Congreso Nacional. De esta forma, no se necesita de una reforma constitucional para efectuar la gran mayoría de las modificaciones que el Gobierno pretende impulsar.

De un estado subsidiario a un estado social de derechos

La Nueva Mayoría propone pasar de un Estado Subsidiario a un Estado Social y Democrático de Derechos, constitucionalizando así el Estado de Bienestar. Este cambio es un verdadero giro copernicano desde el punto de vista de la acción que ha desarrollado el Estado en las últimas décadas. De este principio no solo derivan la libertad y la subsidiariedad económica —que determina cuándo el Estado debe intervenir en estas materias— sino que ha logrado establecer un escenario de indispensable libertad para que todos los grupos asociativos de nuestro país hayan podido fijar los objetivos que han deseado alcanzar, organizándose del modo que han estimado más conveniente y sin intromisión de personas o autoridad ajena a sus estructuras.

Ha sido el mismo Tribunal Constitucional el que ha señalado que *“al Estado no le corresponde absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado”*³. La Nueva Mayoría pretende constitucionalizar el Estado de Bienestar de una manera tal que se contraponga al espíritu del Estado Subsidiario vigente. Este Estado Social y Democrático de Derechos de derechos se garantizaría a través de acciones judiciales que cubrirían no solamente la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales actualmente consagrados, sino también otros tales como el derecho a la vivienda, al trabajo (en una dimensión diferente a la actual libertad de trabajo hoy consagrada), el derecho a la cultura, la consagración de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, entre otros.

Al respecto, preocupan los efectos que provocará este cambio. El primero, el que dice relación con el tratamiento jurídico que se les otorgará a los derechos sociales, ya que desde el momento que sean exigibles deberán *“asegurar mínimos de igualdad social para un disfrute efectivo”* del derecho garantizado. Ello involucra un cambio desde una visión realista y antidemagógica que prioriza de acuerdo a los recursos que disponga el Estado, a una posición de garantías a todo evento que ignora el más básico problema económico: la realidad de contar con recursos escasos y necesidades ilimitadas. El segundo es la forma en la cual los Tribunales de Justicia dilucidarán cómo hacer cumplir la ley en este tipo de casos, configurándose así lo que algunos abogados han denominado como un *“activismo judicial”*, el cual podría ponerse al margen de cualquier sistema democrático.

¿Qué está sucediendo con el derecho de propiedad?

Independiente de los efectos que ha causado en los niveles de actividad económica y de confianza empresarial el anuncio de las tres reformas estructurales impulsadas por este Gobierno —y que ya han provocado un *frenazo económico* que se prolonga por más de un año y medio— lo más preocupante es constatar la merma que ha sufrido la propiedad privada como institución en las últimas iniciativas legales que el Ejecutivo ha promovido. Siguiendo esta misma senda, el programa de gobierno establece que *“junto con reconocer el derecho de propiedad privada, debiera contemplar la idea de que la propiedad obliga y que su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. En esa línea, se requiere reconocer que la función social del derecho a la propiedad privada y a la herencia, delimitará su contenido, de conformidad a la ley”*.

3 Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 352. 09 de agosto de 2002.

La Constitución actual —así como ya lo hizo la de 1925— contempla el concepto de *función social de la propiedad*, que supone una armonía entre los intereses colectivos y el legítimo uso y disposición individual de un determinado bien. No queda suficientemente claro si esta mención es solo una reiteración de lo que viene rigiendo en Chile hace décadas o si contiene una extensión a las limitaciones conocidas. En relación con los recursos naturales, el programa señala que “*el Estado tiene derecho a regalías por el aprovechamiento de los recursos naturales, especialmente minerales*”. En la práctica, se nos notifica una ampliación del royalty a todos los recursos naturales, lo que conlleva una reformulación de la normativa actual que solo recae en la minería.

Otro punto que llama la atención del programa de gobierno dice relación con ciertas *modificaciones al estatuto de propiedad de los medios de comunicación social*. Se indica que “*una ley determinará los límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social, tanto monomedial como multimedia, así como la apertura plural del espectro radioeléctrico y la distribución del aviso público, de modo de garantizar el pluralismo informativo y el libre acceso a la información*”. Esta propuesta es débil en sus antecedentes ya que no incluye ningún esbozo que pudiera justificar una intervención de esta magnitud en un mercado que —por los enormes avances tecnológicos que exhibe— ha constatado el ingreso de numerosos actores en los últimos años. Cabe recordar que la libertad de expresión y la libertad de prensa son las bases de cualquier democracia. Modificar lo anterior puede tener un costo muy alto, tal como lo están constatando países como Argentina, Venezuela y Ecuador.

Cabe finalizar este punto mencionando que existe una correlación directa entre instituciones legales fuertes y desarrollo, el cual está cruzado por el derecho de propiedad privada. Uno de los barómetros más relevantes a nivel global al respecto es el elaborado por *Property Rights Alliance*⁴ el cual mide tres componentes (ambiente político y jurídico, derecho de propiedad físico y derecho de propiedad intelectual). Chile se sitúa en la posición 26 entre los 130 considerados, cuyos líderes fueron Finlandia, Suecia y Nueva Zelanda. A nivel regional, Chile ocupa el primer puesto. Nuestro deber es mejorar esta posición y no empeorarla con medidas que atenten contra este derecho esencial.

Otras medidas preocupantes

La propuesta que pretende favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a puestos de responsabilidad profesional en el sector privado nos merece dudas sobre su implementación. Estamos muy de acuerdo en promover una mayor participación femenina en el ámbito laboral, pero si ello significa una imposición de cuotas en la conformación de los directorios de las empresas o en sus estructuras sociales, parece una restricción a la libertad de emprendimiento que en nada colaborará a su real integración.

Por otra parte, la rebaja de los quórum de aprobación, modificación y derogación en el Congreso Nacional, tanto de las leyes orgánicas constitucionales como de aquellas interpretativas de la Constitución, constituirá un peligroso precedente para la democracia. Quien obtenga la mayoría absoluta en el Congreso Nacional tendrá el poder suficiente para imponer su punto de vista de una manera aplastante, con lo cual los incentivos para alcanzar acuerdos transversales en donde se incorporen visiones diversas será cosa del pasado.

Por último, merece una mención especial la propuesta que señala que habrá una ley que establezca el nivel de autonomía de que gozará el Banco Central de Chile. Actualmente, el Banco Central goza de autonomía según lo dispuesto por la Constitución, por lo que determinar en una ley su autonomía significa —en la práctica— una desvalorización de la misma.

En suma, son muchas las interrogantes y pocas las luces que se han dado desde el Gobierno sobre un tema tan trascendente para el país. Además, debemos recordar que las recientes reformas tributaria y educacional han padecido de graves errores técnicos y escaso diálogo especializado previos a su formulación. Aunque la más reciente, la laboral, ha sido más discutida, su ideologización atenta contra las reales preocupaciones de los trabajadores chilenos.

4 Organización No Gubernamental norteamericana dependiente de “Americans for Tax Reform”

Mejorar o introducir reformas a la Constitución Política de 1980 es una opción válida en una sociedad democrática como la nuestra. Lo que resulta hoy preocupante es la tendencia a querer comenzar todo de nuevo, como si la experiencia y la gobernabilidad ejercida en las últimas tres décadas no hubiese sido fruto de un esfuerzo conjunto.

Esperamos que el debate del cual seremos testigos en los próximos meses se libere de los eslóganes y posturas radicalizadas. Solo así se podrá dar paso a un diagnóstico serio sobre los principios políticos y económicos que le han permitido a Chile conseguir mejores condiciones de vida a todos sus habitantes y acercarnos al desarrollo. Las generaciones venideras nos lo exigirán.

Discurso Seminario “Reforma Constitucional: ¿Refundación o Progreso Constitucional?”

Ximena Rincón González⁵

Estimado Felipe Larraín, Director del Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales; estimado profesor José Luis Cea, Investigador de Clapes UC y motivador de este Seminario; público general que asiste hoy al Salón de Honor de la Universidad Católica.

Se me ha invitado a hablar de la Nueva Constitución, uno de los 3 ejes centrales del programa de la Presidenta Bachelet, y quisiera agradecer a la Universidad Católica, y a Clapes en particular, por desarrollar un seminario sobre este tema y de tal envergadura.

En el año 2015 la Presidenta dará inicio al proceso de cambio constitucional, y el intercambio de ideas, el diálogo público y la búsqueda de espacios y de los puntos en común sobre un nuevo texto constitucional es siempre bienvenido.

Como todos sabemos, Chile está en un proceso de cambio. El país no es igual al de los 90, el diagnóstico es distinto y, en consecuencia, los desafíos son otros, pero igualmente llamativos y sustanciales.

Es por eso que la Presidenta Bachelet ha decidido llevar a cabo un Gobierno reformador, cuyo eje central es adecuar el país al nuevo ciclo político y social.

En esta línea se busca una mayor corrección de las desigualdades, por medio de la reforma tributaria que permitirá obtener los dineros suficientes para la ejecución de políticas redistributivas, junto con mayor equidad tributaria.

En segundo término, una reforma educacional que cambiará el centro de la educación chilena, por medio del fortalecimiento de la educación pública, la eliminación del lucro, la selección y el copago en la educación que recibe fondos del Estado. Es decir, cambiar la lógica del sistema, pasando de la educación como un bien más en el mercado a un derecho social.

En tercer lugar, el desafío de la nueva Constitución, referido a cómo, nosotros como sociedad política, acordamos la arquitectura básica y compartida de la ordenación del poder y los derechos y deberes fundamentales.

En estos primeros meses de Gobierno se ha llevado a cabo el desafío político profundizar el diseño democrático de nuestro sistema político.

Se hace necesario progresar de manera armónica y bajo el principio de unidad, modificando todos aquellos elementos que aseguren instituciones fuertes, sólidas y duraderas, como también más representación, participación ciudadana y legitimidad del sistema político y de partidos.

Es así que está en plena tramitación el proyecto de ley que busca **reformar el sistema electoral binominal y su reemplazo por un sistema proporcional moderado**, cuestión que ha estado pendiente desde el inicio de la transición.

El Senado en un hecho histórico aprobó la idea de legislar, dando un paso sustancial hacia la democratización del país y de igualdad entre hombres y mujeres.

El sistema binominal es uno de aquellos enclaves que no dejan que la democracia se desenvuelva libremente, donde gobierne una mayoría clara con respeto a las minorías, donde el consenso y disenso sean reales y no por el poder de veto de una minoría.

5 Abogado. Licenciada en Derecho por la Universidad de Chile. Ministra Secretaria General de la Presidencia. N. de la R.: La ministra Ximena Rincón dejó su cargo el 11 de mayo de 2015, para asumir como secretaria de Estado en la cartera de Trabajo y Previsión Social.

Las instituciones políticas, como el sistema electoral, tienen un impacto directo en la vida de las personas. Una democracia más competitiva lleva a una legitimidad mayor del sistema político, es decir: **más apoyo a la democracia significa más estabilidad política, económica y social de largo plazo.**

Como lo dije en el Senado, y vale la pena relevarlo al lugar que corresponde; son pocos los países y parlamentos que logran reaccionar institucionalmente y se autoimponen nuevas reglas del juego en beneficio de una mayor representatividad e inclusión política, en beneficio de una mayor legitimidad del sistema y del prestigio de esta noble actividad.

Por otro lado, en los próximos días el gobierno de la Presidenta enviará al Congreso un **proyecto de ley sobre financiamiento de la política**. Se hace necesario avanzar en un modelo basado en 3 principios: equidad, transparencia y control democrático.

En primer lugar, la equidad. La existencia de candidatos a cargos de elección popular que tienen muy dispares cantidades de recursos disponibles para hacer sus campañas tiene un efecto concreto y directo en el resultado electoral.

La seriedad de un candidato, su capacidad, compromiso, buenas ideas, carisma y sintonía con la gente puede pasar a segundo plano e incluso invisibilizarse si su contendor es capaz de movilizar enormes cantidades de recursos que copen los medios de comunicación e incluso el espacio público con publicidad, afiches, canciones, colores, fotografías, etc.

Queremos que eso cambie. Necesitamos a los buenos candidatos y candidatas. Queremos que aquellos hombres y mujeres comprometidos por hacer de Chile un mejor lugar para los chilenos, tengan la oportunidad de hacer su aporte al país.

En segundo lugar, la transparencia. La transparencia es fundamental en política. Que las personas vean y que nos dejemos ver ante la ciudadanía. No habrá una mejor política si no mostramos lo que hacemos y cómo lo hacemos. Los partidos al recibir fondos públicos y aportes de las personas deben dar cuenta rigurosa de su accionar.

Un ejemplo simbólico. El edificio del parlamento alemán tiene una cúpula hecha completamente de vidrio, transparente, desde donde los ciudadanos pueden ver el funcionamiento del Bundestag, o la cámara baja. La simbología arquitectónica del Parlamento de Berlín es impresionante: nos recuerda que los políticos, y en especial los electos, nos debemos a la ciudadanía y somos mandatados por ella, y por tanto que no hay nada de lo que debemos hacer que los ciudadanos nos puedan ver. Y es en esa inspiración que estamos trabajando hoy.

Finalmente, hablemos de control democrático. Nosotros creemos en una sociedad de derechos y no de controles, creemos en las libertades e igualdades. Sin embargo, también entendemos que es necesario que existan controles rigurosos y efectivos que den incentivos adecuados para que las normas se cumplan. Más aún en este ámbito, que requiere con urgencia volver a ganar la confianza y legitimidad de la ciudadanía.

No obstante las buenas noticias, aún nos falta. Como bien señala el informe del PNUD, Auditoría de la Democracia (2014), el tipo de democracia que se ha venido construyendo en los últimos años se ha enfrentado a topes o limitaciones que le impiden avanzar hacia su perfeccionamiento.

Limitaciones que impiden al sistema político apuntar hacia una igualdad efectiva, a un ejercicio igualitario de derechos, necesarios para poder cumplir con los anhelos y demandas que se expresaban anteriormente.

La democracia chilena actual presenta tensiones y desafíos que el informe del PNUD resume en 7 puntos:

1. **Legitimar la democracia para mantener la gobernabilidad:** es necesario recomponer la confianza en las instituciones y actores de la democracia. Sin decisiones legítimas ante la ciudadanía no se puede enfrentar problemáticas como son la desigualdad, la educación, la salud, la energía, entre otros.
2. **Enfrentar la otra desigualdad política:** las personas experimentan de manera desigual los beneficios que ofrece la democracia. Existen sectores de la sociedad que no influyen en la toma de decisiones, mientras

otros sí lo hacen, y como se sabe, esta desigualdad política profundiza la desigualdad económica, y viceversa.

3. **Inclusión:** existe una demanda por mayor participación en la toma de decisiones, lo que hace particularmente relevante la actual coyuntura política donde se buscan realizar transformaciones de fondo a nuestro modelo de desarrollo
4. **Representación:** dentro del sistema político se debe mejorar la representación de la diversidad del país y sus distintas sensibilidades. Mejorando, por ejemplo, la transparencia en la selección de candidatos, reformando el sistema electoral, pero con la intención de ampliar esta representación diversa a todos los poderes del Estado.
5. **Partidos políticos:** Chile tiene una tradición de partidos sólidos que se ha perdido y se debe recuperar para tener una democracia de ciudadanía más fuerte, inclusiva, con partidos transparentes capaces de abrirse a la juventud, las mujeres, los pueblos originarios y a las nuevas demandas sociales.
6. **Valoración de la política:** tenemos que contribuir a dignificar la actividad política y mejorar la relación entre quienes participan en las esferas de lo público y lo político.
7. **Más y mejor democracia:** para enfrentar desigualdades y abrir espacios de diálogo y participación es fundamental mejorar el funcionamiento de la democracia. El malestar ciudadano no es con la democracia como régimen de gobierno, sino que por una democracia con prácticas de funcionamiento que reconozcan a los ciudadanos como portadores últimos de la soberanía y el poder.

En este contexto se ordena el desafío de la nueva Constitución

La Presidenta en su programa presentó a la sociedad las Bases para una Nueva Constitución, optando por una propuesta de contenidos que reflejaran los acuerdos transversales que la centro-izquierda tiene en esta materia y que somete a la deliberación pública y al acuerdo político y social.

Se propone una Constitución nacida en democracia, una Constitución que establezca un real gobierno de mayorías y respeto de las minorías, el fortalecimiento de los derechos fundamentales, la importancia de tratados de derechos humanos y la institución de un modelo de Estado social y democrático.

Para ello propuso una fórmula que se constituye como una tríada. Una nueva Constitución debe nacer de un proceso democrático, participativo e institucional. Que sea democrático se refiere a que es necesaria una Constitución nacida en democracia y que se rija por la regla de la mayoría. Lo participativo se vincula a un cambio de forma de mirar el texto constitucional, ya no solo como el resultado de ciertas elites pensantes, sino que la ciudadanía concurra en la generación del nuevo texto. Será institucional la nueva Constitución cuando esta sea respetuosa de las reglas que la Constitución establezca.

Todo lo anterior, bajo el alero del paradigma constitucional: limitar el poder, democracia y derechos fundamentales son el marco de toda discusión sobre una nueva Constitución.

La Constitución actual cerró un ciclo político-constitucional. Nació bajo la dictadura, es hija de la guerra fría, carente de legitimidad de origen, un origen doctrinario no pluralista, estableció una democracia protegida que no funciona bajo regla de mayoría.

Tiene una mirada negativa de la política y los partidos políticos, consagró un sistema de derechos creado bajo una lógica individualista; los derechos sociales se ubican en posición de desequilibrio; la garantía de los derechos es aún insuficiente.

Durante la transición las fuerzas democráticas lograron grandes avances democratizadores, tales como la derogación del antiguo art. 8, la incorporación de los tratados de DD.HH., la eliminación de senadores designados, vitalicios, fin del rol garante de las FF.AA., el COSENA hoy ya no se autoconvoca, dotó de mayores facultades fiscalizadoras al Congreso, etc. Particular mención merece la reforma Constitucional

del año 1989 que permitió dar inicio a la transición y la del 2005 bajo el gobierno del Presidente Ricardo Lagos que terminó con la democracia tutelada.

Lo anterior se logró en la medida de las posibilidades y de acuerdo a las características propias de una transición compleja, que requirió de un superlativo talento político.

Por ello no existió o no pudo existir una “voluntad” de otorgarnos una nueva Constitución, sino enmendarla parcial y progresivamente, ello, derivado de las características de una Constitución siempre compleja.

Se vincula a la voluntad del sistema político y de partidos de lograr un acuerdo constitucional que permita mirar los próximos 50 años bajo un paraguas constitucional común y acordado, donde pueda gobernar la derecha, el centro y la izquierda y no esté en discusión, como ha ocurrido en los últimos 33 años, la base constitucional fundante.

Hoy la discusión y el desafío son otros. Necesitamos una nueva Constitución donde estén presentes ciertos elementos que antes no eran vistos como necesarios. Hoy podemos afirmar que la nueva Constitución necesita participación de la ciudadanía en su origen y de acuerdos lo más amplios posibles de las fuerzas democráticas.

Así, se requiere que una Constitución que profundice la democracia, que genere una cultura de derechos fundamentales y que incorpore una perspectiva social bajo lógicas de solidaridad y redistribución, abandonando el mero individualismo.

Ahora bien, **¿por qué es necesaria una Nueva Constitución?** Quisiera señalar algunas razones a las que seguramente se pueden sumar otras más.

Porque la Constitución no ha sido acordada. El acuerdo constitucional es el compromiso de los ciudadanos para la construcción de una comunidad política, bajo los elementos básicos de un Estado. Solo el compromiso permitirá que la Constitución nos obligue.

Esto no lo hemos acordado, y es por eso que la Constitución actual no nos representa.

Las constituciones deben ser espacios de identificación política y social; y con la nuestra, en 33 años no ha pasado.

Porque es una Constitución del pasado que no nació en democracia. Nuestro país es un país maduro y se merece que su Constitución sea reflejo de nuestra tradición democrática y republicana.

No es posible que aún en los foros políticos y académicos internacionales sigamos dando explicaciones del origen de la Constitución actual.

Porque tenemos una deuda con pueblos indígenas. Se requiere reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas y la comunidad internacional espera más de nosotros. No hemos sido capaces de reconocer a los pueblos que existen desde antes que nos llamáramos Chile y fuésemos un Estado.

Las 7 reformas constitucionales presentadas para su reconocimiento no han prosperado.

Porque requerimos mayor igualdad entre mujeres y hombres en la Constitución. También hay una deuda histórica con mayor igualdad entre hombres y mujeres, lo que requiere que nos comprometamos como país con una mayor igualdad entre nosotros.

Acá no solo hay que establecer la igualdad, sino el deber de Estado de respetar y promover políticas para una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

Porque urge tener mejores derechos fundamentales acorde a una perspectiva social de Estado. Requerimos que ciertos derechos como la salud, trabajo, educación, sean considerados derechos propiamente tales.

También es necesario que se puedan reclamar bajo los principios de progresividad y no regresividad ante los tribunales y que el Estado los resguarde de mejor manera.

Porque faltan algunos derechos en la Constitución. La Constitución requiere que se agreguen algunos derechos que faltan, como el derecho a la vivienda, el agua como bien de dominio público o el derecho de acceso a la información pública.

Porque necesitamos una mejor manera de proteger nuestros derechos. Hoy solo algunos derechos se pueden amparar en los tribunales, pero necesitamos ampliar eso, estableciendo mecanismos de tutela que concilien su exigibilidad con la responsabilidad política, económica y social del Estado.

Porque necesitamos un nuevo modelo de organización territorial, con mayor autonomía para las regiones. Las regiones cada vez más exigen mayor autonomía política, como económica y social.

Porque se requiere incorporar la participación a la Constitución. También nos damos cuenta que se requiere mayor participación en las decisiones públicas. Se debe establecer que las políticas públicas se crean bajo formas participativas, y los derechos de participación como el plebiscito para ciertas materias y la iniciativa popular de ley para presentar proyectos.

Así, mis estimados y estimadas, nos toca vivir el fin de un ciclo constitucional y el inicio de otro. Es ampliamente conocido el debate que se ha generado en torno a la ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980, su déficit democrático vinculado tanto al contenido como a la inexistencia de mecanismos de participación, así como también la insuficiencia de garantías en materia de derechos fundamentales.

Es por esto, que desde los distintos ámbitos de acción que nos convocan, debemos ser capaces de debatir los fundamentos que como ciudadanos y ciudadanas –pero también ustedes, como académicos, profesionales y estudiantes– creen que deben ser considerados en la construcción de una nueva carta fundamental.

No podemos seguir avanzando y promoviendo el progreso social sin contar con las condiciones y requisitos básicos para una normalización institucional democrática real con una Carta Fundamental que la mayoría del país no siente como propia.

La ciudadanía participativa es la única capaz de construir el capital democrático necesario para lograr un nuevo contrato social inclusivo, tolerante y en pro de la igualdad.

El Estado, en su relación con la ciudadanía debe ser capaz de entregar la formación e información necesaria para construir habilidades concretas y así cumplir con los nuevos marcos institucionales requeridos por las democracias modernas, que logren dar por resultado un equilibrio constitucional de libertades personales, políticas, económicas, como también, la garantía de los derechos sociales de cada persona.

Bajo esta premisa, el requisito para lograr una real estabilidad futura en nuestro país, es que la Constitución debe ser producto de un acuerdo social amplio, que logre consolidar los canales de participación y democratizar en profundidad las relaciones entre gobernados y gobernantes.

La gran mayoría de los Congresos, Seminarios, Talleres y Foros nacionales como internacionales, observan que la adhesión ciudadana a proyectos colectivos, tales como crear una nueva Constitución, compone una condición básica para dar sustento político a los desafíos de la época.

De hecho, estudios de la CEPAL confirman que no cabe duda que las instituciones son la causa primaria del desarrollo económico, una causa más profunda que las características del entorno natural, el suministro de factores y las tecnologías para su uso.

Destacados académicos tienen razón al afirmar que el diseño institucional de un país es determinante para su desarrollo económico, social y político, y condicionan las consecuencias del sistema político en general.

Lo anterior se complementa con lo señalado por economistas prestigiosos como Thomas Piketty, que explican la vinculación positiva entre la promoción de nuevos marcos institucionales y desarrollo económico, destacando que en las sociedades donde una parte muy grande de la población no tiene acceso a los recursos productivos de la economía existe un conflicto distributivo acentuado que perjudica a la eficiencia económica.

En este sentido, se hace necesario adoptar reformas que mejoren la institucionalidad, de manera de fortalecer la capacidad del Estado para responder a las demandas de una nueva ciudadanía, al tiempo de redoblar los esfuerzos para reducir los niveles de pobreza y desigualdad, como parte de una estrategia global para un desarrollo más equitativo y sustentable en el tiempo, tal y como postulan estudios de la CEPAL, PNUD, la OCDE y el BID, entre otros.

Se hace indispensable contar con un nuevo acuerdo social que permita detener el proceso de deslegitimación del poder político, basado en reglas del juego transparentes, justas e inclusivas.

Para ello, tenemos el convencimiento que una Nueva Constitución sigue siendo el mejor instrumento para un cambio democrático que mejore los niveles de cohesión social y, por ende, provea de legitimidad, representación, participación, calidad y eficiencia al sistema político chileno.

Se hace urgente que las personas crean en nuestro sistema político y en su Constitución, para lo cual es necesario establecer su relegitimación mediante nuevos acuerdos sociales básicos sobre el poder y los derechos fundamentales.

Nueva Constitución o Reforma Constitucional ¿Refundación del Estado o Progreso Institucional?

José Luis Cea Egaña⁶

Introducción

¿Es necesario reemplazar la Constitución vigente o basta reformarla, por extensa que sea la transformación que implica tal revisión? ¿Con cuál base objetiva, hoy constatable, se argumenta la sustitución del Código Político? ¿Es el mismo fundamento que se dio un año atrás?

En este documento se procura entregar elementos de juicio para responder aquellas interrogantes y evaluar, con rigor, las alternativas, metodológicas y sustantivas, que van sucediéndose en el debate constitucional.

I. Mirada a la teoría del cambio

El tema de esta comunicación lo situó en el contexto del principio de contradicción y su opuesto, los cuales coinciden en que una idea, acontecimiento o proceso no puede ser y no ser al mismo tiempo. Más precisamente digo que, ese principio, se refiere a conceptos que son contrarios, presumiendo que uno y otro de sus aspectos son complementarios y nunca excluyentes⁷.

En realidad, el cambio, devenir o movimiento de la vida humana es un hecho reconocido como tal desde la más remota antigüedad clásica. Heráclito de Efeso (fl.c.544-501 a.C.), a quien algunos llamaron *el oscuro* y otros *el oráculo*⁸, escribió la máxima imperecedera, hecha suya por Platón, según la cual *el Sol es nuevo cada día*, o bien esta otra sentencia, aún más acogida: *sobre los que se sumergen en los ríos fluyen siempre aguas distintas*⁹.

Ya entonces se afirmó, sin embargo, una línea de pensamiento que provocaba reacciones contrarias. Parménides (c.540 a.C.) sobresalió entre los críticos, pues sostuvo que todo se halla en reposo, fórmula que condensó aseverando que el ser es y resulta inconcebible que no sea, afirmación de la cual dedujo que el ser es inmóvil¹⁰. Esa fue la pretensión de Pericles en el espléndido gobierno de Atenas, precisamente un siglo después, al que proyectó detener en su curso paralizando la rueda de la historia.

Se ha buscado la continuidad jurídica a través, v.gr., de la fijación de las normas en textos, o sea, en escritos que fueron origen del derecho positivo. En la *codificación* hallamos, por ende, una manifestación de la idea de permanencia, asociada al designio de sistematización completa según criterios de coherencia, unidad y uniformidad de interpretación¹¹.

Omitiré las numerosas y complejas reflexiones que siguieron a las ideas expuestas, pero no sin antes realzar su incidencia directa en el tema cuyo análisis me ocupa. Recuerdo, al respecto, que Nicolás Maquiavelo en su libro *El Príncipe* hizo presente a Lorenzo de Médicis que nada es más difícil de establecer, cuyo éxito sea más dudoso y con mayores peligros para llevarlos a cabo que los cambios a la Constitución. ¿Por qué? Pues el innovador se hace de enemigos en todos los que prosperaron con el orden antiguo, y no puede esperar más que un apoyo tibio de quienes esperan prosperar en el nuevo¹².

6 Abogado UC. Máster y doctor en Derecho por la Universidad de Wisconsin, EE.UU. Profesor de Derecho Constitucional en las Universidades Católica y de Chile. Entre 2002 y 2010 fue ministro del Tribunal Constitucional, organismo que presidió entre 2005 y 2007. El siguiente es un documento de trabajo realizado para el Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales, ClapesUC, disponible en nuestra página web www.clapesuc.cl

7 José Ferrater Mora: *I Diccionario de Filosofía* (Madrid, Alianza Diccionarios, 1979) pp.622-623.

8 Id., II p.1464.

9 Id.

10 Id., III p.2500.

11 Véase del autor *III Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2012) pp.399 ss.

12 *El Príncipe* (Madrid, Ed. Sarpe, 1989) p.51.

Pero encontramos también pronunciamientos según los cuales la Constitución tiene que ser cambiada por cada generación a la cual rige, porque es un instrumento al servicio de los vivos y no de los difuntos. Así pensaron Thomas Jefferson y Thomas Paine¹³. Hallamos además la tesis según la cual la Carta Política nunca debe ser alterada, al menos en lo esencial, a raíz de erigirse en la clave de la existencia y porvenir exitoso de la convivencia misma. Esta fue la posición de James Madison en *El Federalista* y otros escritos¹⁴. Por último, es relevante el planteamiento de quienes matizan ambos de tales extremos, fundándose en que el constitucionalismo no es sinónimo siempre de una Constitución, pues se trata de una conquista de la civilización que excede al positivismo. Concretamente, trátase del proceso cultural, consistente en llegar a ser una comunidad libre e igual, pacífica y ordenada, segura y justa, valores que más tarde se articulan en el Código Político que los condensa, pero que no rara vez se sabe que han sido quebrantados¹⁵.

¿Cuál debe ser la actitud de los juristas y politólogos, de los gobernantes y, más ampliamente, de la ciudadanía ante tales premisas?, ¿Es esa, realmente, la actitud que se observa en la práctica? Si dista de serlo, ¿por qué se aparta del esfuerzo por conjugar la continuidad con el cambio? Reaparecen aquí las preguntas que formula Loughlin: ¿cómo puede mantenerse una Constitución bajo condiciones sociales, económicas y políticas que cambian?, ¿de qué manera es posible que ella prohíba la acción revolucionaria si, en sí misma y en su acepción fundacional, fue el resultado de un proceso de tal índole o su opuesto, es decir, contrarrevolucionario?¹⁶

Actualmente en Chile se observa un ambiente de cambios constitucionales que puede ser calificado, indistintamente, de incipiente, confuso, improvisado o incierto en su trayectoria. Inquietan tan discrepantes características porque ellas configuran el clima de opinión pública, ignorante o poco informada, sobre temas que afectarán a fondo su vida diaria a corto o mediano plazo. En realidad, unos siguen argumentando la refundación del Estado que, si no se hace como quieren, acarreará graves consecuencias, incluida la violencia; otros aducen el imperativo de continuar la revisión constitucional, pero dentro del marco institucional vigente, y los hay que creen que no habrá nueva Constitución ni un conjunto de enmiendas a ella, sea raíz de observar divisiones, amplias y profundas, en la Nueva Mayoría; o aferrarse al texto vigente, con alteraciones que no pasan de ser incidentales.

II. Una tesis para legitimar la política

Llego al punto en que enuncio mi tesis. Lo hago pensando en el momento que atraviesa Chile y la formulo en los términos siguientes: Soy un convencido de la necesidad de abrirse siempre al devenir, pero, simultáneamente, del imperativo de evaluar el movimiento, porque hay cambios necesarios o incluso convenientes, pero otros que, ya en sus síntomas, se demuestran apresurados, infundados, nocivos o interesados nada más que para dar privilegios de sectores reducidos de la ciudadanía y no al bien común. La historia deja, por ende, una impronta indeleble e insuperable; pero la libertad humana, evidenciada en el discernimiento imaginativo o creativo, siempre halla fórmulas mejores para asegurar el progreso en la convivencia civilizada.

Está lejano de ser un problema insoluble acertar en la evaluación realizada. Con seguridad, será difícil en comunidades complejas, a menudo pluralistas y divididas. Pero son numerosas las técnicas convergentes en arrojar datos, objetivos y suficientes, para decidir en la línea señalada, sin informarse nada más que mediante las elecciones populares. Encuestas variadas y rigurosamente hechas, sondeos menores, entrevistas, revisión de las redes sociales, manifestaciones en marchas y reuniones de todo tipo son algunas de las vías a través de las cuales se va haciendo presente el sentimiento ciudadano.

Diversas consecuencias fluyen del planteamiento precedente, a las cuales dedicaré la mayor parte del análisis que se realiza en las páginas que vienen. Por ahora, realzo solo qué tan peligrosos y perjudiciales para

13 Coméntense Martin Loughlin: *Foundations of Public Law* (Oxford, UK, Oxford University Press, 2010) pp.276 ss.

14 "Address to the House of Representatives on Amending de Constitution" (1789), reproducido en Isaac Kramnick y Theodore J. Lowi (editors): *American Political Thought* (New York, Norton, 2009) pp.274 ss.

15 Jacques Leclercq: *El Derecho y la Sociedad. Sus fundamentos* (Barcelona, Ed. Herder, 1965) pp.202-203. Consúltense también Gustavo Zagrebelsky: *Historia y Constitución* (Madrid, Ed. Trotta, 2005) pp.27 ss.

16 Zagrebelsky, cit., p.277, Loughlin, cit., pp.297 ss.

el constitucionalismo y la Carta Fundamental son el cambio como fin en sí, de un lado, cuanto la inmovilidad, del otro. Me declaro escéptico, en suma, de la que Giovanni Sartori tituló *ingeniería constitucional*¹⁷. Adhiero, en su lugar, a la sabiduría milenaria que se lee en un discurso célebre, en aquel pasaje que invita a discutir sin temor, pues el peligro está en la ignorancia, el sectarismo y en la intransigencia, inconciliables con la facultad que distingue a los seres humanos, es decir, pensar, debatir y concordar antes que actuar¹⁸.

Esa es la política, participativa y transparente, que se reclama para rectificar las graves desviaciones que ella sufre por la demagogia, el populismo, la opacidad en el ejercicio del poder y la violencia, patologías que dañan la democracia.

III. Impacto del tiempo

El cambio no ocurre, con idéntica intensidad, premura y justificación en los diversos órdenes de nuestra existencia. Concretamente, en relación con las constituciones es más veloz, mientras que se advierte más lento tratándose del constitucionalismo.

¿Qué explica tal diferencia?

Ya anticipamos que el constitucionalismo es una *doctrina*, hoy reconocida con validez universal en las democracias, en la cual se aprecia la continuidad o estabilidad de su núcleo esencial. Su configuración ha sido el resultado de siglos de esfuerzos, sacrificios, éxitos y derrotas. Se entiende por aquel concepto, que Georges Burdeau llamó la *idea de Derecho*, la representación prefigurada que la sociedad se hace de su bien común¹⁹. Con esto queremos referirnos, primeramente, al compromiso de defensa de la dignidad humana como fuente de los derechos, deberes y garantías inherentes a la naturaleza de la persona, supuesto humanista del cual fluye la aspiración perdurable a convivir en orden y paz, mediante la vigencia del Derecho justo que limita al poder y encauza las aspiraciones, públicas y privadas, a la consecución de proyectos de bien común, y, enseguida, a una serie de *técnicas* orientadas a infundir eficacia al paradigma humanista, de las cuales menciono aquí la separación de órganos y funciones con frenos y contrapesos recíprocos, el imperio de la mayoría con respeto de la minoría, la elección periódica de los gobernantes, la alternancia ordenada en el gobierno, y la subordinación del poder al Derecho, incluso en los casos más críticos. En la actualidad, se añade y con razón, al derecho internacional y la jurisprudencia emanada de magistraturas supra o internacionales.

De las Constituciones, por el contrario, puede ser dicho que, en sentido material, esencial o sustantivo, la fórmula política y socioeconómica plasmada en su texto está sometida a alteraciones, unas requeridas por las épocas distintas que alteran las mentalidades; otras, incorporadas prudencialmente por ser ineludibles o cuando menos convenientes; en fin, las demás hechas con base en impulsos de la índole más variada, incluyendo la gama ideológica que es vastísima²⁰.

En síntesis, dichas alteraciones derivan del desajuste que el impacto del tiempo en las mentalidades de personas, líderes y muchedumbres, va infundiendo en la sociedad y, más tarde, en cada Constitución. En otras palabras, la obra del Poder Constituyente tiene que hallarse abierta a satisfacer las exigencias impuestas por la evolución social, precaver las revoluciones y contrarrevoluciones, las asonadas que interrumpen el funcionamiento de las instituciones, la activación de la discordia por utopías que pugnan entre sí, el envejecimiento de los principios y las normas que se reflejan en la Carta Magna y muchos otros factores de semejante relevancia. El Derecho, por consiguiente, en cuanto fenómeno social y nunca creación voluntarista

17 Revítese su libro con tal título publicado por el Fondo de Cultura Económica (México DF., 2000).

18 Oración fúnebre de Pericles por los caídos en la guerra del Peloponeso (431 a.C.), reproducido en Lewis Copeland y Lawrence W. Lamm (compiladores): *The World's Greatest Speeches* (New York, Dover, 1973) p.5

19 Georges Burdeau: *I Tratado de Ciencia Política II El orden social y la idea de derecho* (México DF., UNAM, 1978) pp.17, 21, 56 y 120.

20 Claude Klein y Andrés Sajó: "Constitution-Making. Process and Substance", en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (editores): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford U.K., Oxford University Press, 2012) pp.421-422.

y artificial, tiene que ir reflejando y encauzando ese devenir, evitando así, entre otros acontecimientos, la rebelión de los hechos en contra del orden normativo.

La civilización ha experimentado y sufrido, por miles de años, las arbitrariedades de conductas opuestas a ella. Entiendo que son tales las que pugnan con el valor del humanismo que hemos descrito. Aproximadamente, no pasa de trescientos años el tiempo transcurrido desde que fue entronizado ese ideal²¹, pero realizable porque no es utopía ni algo fantástico someter la dominación de unos seres humanos sobre otros al imperio del Derecho que la racionaliza mediante restricciones, controles y objetivos destinados a la consecución de finalidades legítimas²². Ese acontecimiento, conocido al despuntar el siglo XIX en Alemania como *Estado de Derecho*, marca la consolidación del humanismo constitucional, pero dista de garantizar que se impregnen de él las Constituciones de la mayoría de los países, incluso en esta época.

IV. Métodos

¿Cómo enfrentar tan grave disparidad de trayectoria? ¿Por qué en algunos países se ha forjado la continuidad y en otros ha sido imposible lograrla? En fin, ¿con qué términos explicar la desconstitucionalización del que era un Estado de Derecho y las vicisitudes para reconstitucionalizarlo, muchas veces sin éxito?²³

No es indiferente ni vano preocuparse del método o procedimiento seguido para implantar un Código Político, pudiendo aseverarse que cuanto más ajustado sea a las aspiraciones y demandas de la ciudadanía que pretende regir, mayor es la probabilidad que alcance vigencia real y cobre la cualidad de perdurable. La Constitución en sentido material, esencial o sustantivo coincide en esa hipótesis con la Constitución formal, esto es, la articulada en un texto normativo, transmutándose en *Constitución viva* porque es vivida, día a día, por todos en la práctica, cualidad que aumenta el sentimiento de identificación de la ciudadanía con ella²⁴. Exactamente el fenómeno opuesto sucede si entre una y otra especie de Carta Fundamental se va tornando evidente la asimetría del telos sustantivo, por un lado, y el proclamado en los textos, de otro. Tal disparidad lleva pronto a la progresiva pérdida de vigencia de la Carta Política, desacreditada a raíz de haber sido impuesta por alguna dictadura o mediante la osadía de grupos cerrados con designios de someter la mayoría a sus pretensiones, privilegios o ideologías carentes de representación y, peor aún, de representatividad²⁵.

En democracia, acertar con la ecuación que refleja, lo más fiel o exactamente posible, cuanto piensa y quiere la mayoría ciudadana, se torna decisivo. Pero, sin duda, es más sencillo afirmar tal postulado que coincidir en los métodos concretos para llevarlo a la práctica. El asunto ha sido destacado como el más grave en el orden político y jurídico del Estado, porque presupone determinados procesos que conllevan, según la realidad vivida o padecida, a las encrucijadas que enuncio a continuación:

A. El quiebre abrupto del régimen precedente, erigiendo en su lugar un sistema jurídico, político y socioeconómico nuevo, trazado e implementado, *ex nihilo*, según las prácticas revolucionarias o contrarrevolucionarias; o bien, B. La revisión y reforma de la Constitución en vigor, introduciendo alteraciones al articulado previsto en ella para modificar, aunque sea a fondo pero sin reemplazar por entero, los principios y preceptos del Código Político sometido a enmiendas.

Me detendré en el análisis de cada una de las encrucijadas aludidas.

21 Véase Karl Joachim Friedrich: *I Gobierno constitucional y democracia* (Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1975) pp. 68 ss.

22 María Victoria García-Atance: *Reforma y permanencia constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) pp. 65 ss.

23 Una aproximación interesante y completa a las respuestas se halla en Daron Acemoglu y James A. Robinson: *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la riqueza*. (Santiago, Ed. Planeta Chilena, 2013)

24 Friedrich cit., II pp.77 ss.; y Hermann Heller: *Teoría del Estado* (México DF., Ed Fondo de Cultura Económica, 1968) pp.277 ss.

25 K.C. Wheare: *Las constituciones modernas* (Barcelona, Ed. Labor, 1971) pp.27 ss. La teoría de la representación política debe mucho a Edmund Burke y a Emmanuel J. Sieyes. En la actualidad se impugna la representación por carencia de representatividad de los elegidos o designados para obrar en nombre de la Nación. Parcialmente al menos, tal anomalía es atribuible a la hegemonía que los partidos ejercen sobre el régimen político. De ahí que, sin duda, se torna urgente la revisión democrática a fondo de esas fuerzas políticas, claves para el constitucionalismo.

1. Poder Constituyente Originario

Nuevamente es ineludible recordar a Sieyès para aclarar el tema. De él es la afirmación según la cual toda Constitución requiere de un Poder Constituyente. Pero suya es también la afirmación que distingue el Poder Constituyente Originario, Natural o Primigenio, de un lado, del homónimo Derivado, Jurídicamente regulado o Poder Constituyente Instituido, de otro²⁶. Ambos se identifican con la Nación, pero de manera y con características distintas.

En efecto, la primera de dichas manifestaciones del Poder Constituyente equivale a la Nación en estado de naturaleza, titular de la soberanía, obrando sin limitaciones en las decisiones que adopta, carente de toda norma positiva que le sirva de apoyo o fundamento de validez. Antes de la Nación y por encima de ella, Sieyès dijo que se hallaba solo el derecho natural²⁷.

Obviamente, tal especie de potestad es, dependiendo de las causas, revolucionaria o contrarrevolucionaria en su origen y ejercicio; por idéntica razón será violenta y exigirá acatamiento, con los medios de tal, imponiendo una legitimidad nueva. Es la fuerza normativa de lo fáctico, como ha sido generalmente reconocido. Esa energía arrolladora va pronto acordando resoluciones, de las cuales una es la elección de una asamblea o convención constituyente, cuya labor tendrá que ser fiel a los dictados del poder revolucionario. Así sucedió en Francia a fines del siglo XVIII y, con base en aquel modelo, se han sucedido las réplicas en los siglos siguientes.

El Poder Constituyente Originario instaura un Estado Nuevo, en reemplazo de alguna colonia; o un régimen político, socioeconómico y una *idea de Derecho* distinta de la que impregnaba al ordenamiento destruido o reemplazado.

¿Qué explica la insurrección triunfante y la entronización de un Estado nuevo o de un régimen diferente del sepultado? La respuesta se halla en las circunstancias vividas y sufridas en el *ancien régime*, insoportables por las injusticias e impunidades padecidas, concomitantes con las aspiraciones para implantar un orden mejor.

El Poder Constituyente Originario, sin embargo, presupone una serie de cuestiones que se dan por resueltas aunque no convincentemente. En breve, anoto de ellas que se obvian preguntas espinudas, v.gr., la legitimidad de la *grundnorm de Kelsen*, o primera Constitución histórica o cronológicamente concebida; o en virtud de cuáles principios demandar obediencia a un ordenamiento impuesto por la violencia; o quién es la Nación, titular de tan ilimitada potestad si, como escribe Ivor Jennings²⁸, ella no puede decidir sin que antes alguien determine quiénes la integran.

Si se prescinde de las situaciones extremas que se han mencionado, entonces se torna difícilísimo encontrar ejemplos persuasivos de un Poder Constituyente Originario que haya obrado sin ruptura institucional. Las ilustraciones que se invocan en contrario nos parecen discutibles y, sobre todo, demostrativas de un afán de legitimación política superior al nivel que puede otorgar el ejercicio de la otra modalidad de Poder Constituyente²⁹. En todo evento, aparecen insertas en contextos históricos completamente distintos e incomparables con el de Chile en este tiempo.

26 Sieyès, “¿Qué es el Tercer Estado?” en Ramón Máiz (editor): *Escritos y discursos de la revolución* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009) pp. 129 ss.

27 Véase Jorge Carpizo: “Algunas reflexiones sobre el Poder Constituyente”, en Miguel Carbonell (compilador): *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (México Df., Ed. Porrúa, 2008) ss. 206-207.

28 Citado por Claude Klein y André Sajó, cit., p.424.

29 Klein y Sajó destacan el caso de Israel en el proceso fundacional del Estado en 1948; el de Francia en 1946 y 1958; el de Italia en 1947; el de Portugal en 1976, y el de España en 1978. Empero, el devenir histórico que rodeó esos momentos constitucionales no fue, por supuesto, de continuidad institucional, aunque sí pacífico, al menos con relación a los regímenes así reemplazados o que fueron, como en Israel, por primera vez instaurados.

2. Poder Constituyente Derivado

Actúa dentro de los límites establecidos de antemano por el Código Político vigente para su revisión o reforma. Consiguientemente, si excede dichas formalidades procesales incurre en nulidad o anulabilidad, susceptibles de ser pronunciada, como en Chile, por el Tribunal Constitucional con sujeción al artículo 93 inciso 1º N° 3º de la Carta Política.

Existen Constituciones que habilitan a esta potestad para reemplazar por completo la Constitución. Tal es el caso de Argentina. Dudosa nos parece, sin embargo, tan amplísima facultad en su aplicabilidad a nuestro país, pues coincidiendo en que no está prohibida en el texto hoy en vigor, reputaríamos insostenible intentar su ejercicio en contra del constitucionalismo, incluyendo el telos o idea de Derecho plasmada en su articulado o que fluye de él.

Razonablemente concebido, el Poder Constituyente Derivado se halla obligado a respetar la obra del Poder Originario y de quienes, actuando en tal calidad, lo sucedieron en el tiempo. Argumentar que es concebible y procedente desempeñar la potestad Originaria sobre la base de argumentaciones confusas y carentes de coherencia con el constitucionalismo, nos parece tan insostenible como inaceptable³⁰.

Exactamente por las restricciones y demás obstáculos aludidos, quienes buscan sustituir la Constitución no cejan en el empeño de dar, aunque sea mediante resquicios, con la fórmula que permite saltárselos vía la instauración del Poder Constituyente Originario. En un país de tradición republicana asentada, como el nuestro, ese esfuerzo tiene rasgos de aventura que, cada día de forma más evidente, va perdiendo adeptos.

Las objeciones resumidas terminan en que autores destacados llegan a sostener la inutilidad del concepto de Poder Constituyente y de la dicotomía que hemos bosquejado. Arguyen que estamos ante una paradoja, configurada por una potestad instituida y limitada que, sin embargo, cambia lo que había sido decidido por la potestad originaria e ilimitada³¹. Rechazamos tal tesis por razones diversas, entre ellas, a raíz de haber concluido que la esgrimen quienes no tienen argumentación para la defensa del positivismo jurídico, o sea, que antes de la *grundnorm* no existía el Derecho.

Propugnamos resueltamente la reforma, pero dentro de lo que es propio del Congreso Constituyente ceñido al estatuto de la potestad de revisión. Aún más, nos atrae la idea de un consejo de estudio, asesor, designado de común acuerdo por la Presidencia de la República y aquel Congreso, para que recoja, estudie, apruebe y eleve a la consideración y resolución de los órganos constituyentes un anteproyecto de reforma, con sus alternativas, disidencias y prevenciones. Después, debatido, votado y aprobado por el Congreso Constituyente, se convocaría a referendo nacional de ratificación.

V. Viabilidad de las alternativas

Simplificando el análisis de una temática que ya está demostrado es complejo, podría sostenerse que una asamblea constituyente reúne, en teoría al menos, cualidades de ser el órgano más adecuado para debatir y consensuar perspectivas divergentes, obrando con la calidad de Poder Constituyente Originario. Se piensa así porque tal asamblea sería el órgano más cercano al pueblo, a la Nación o, dicho inexactamente, a la aún no configurada ciudadanía. Ella sigue siendo, sin embargo, manifestación del Poder Constituyente Derivado o Instituido, cuando actúa reemplazando el ordenamiento vigente, a través de medios específicos y sin ruptura institucional³².

30 Consúltense Fernando Atria Lemaitre: "La Constitución tramposa y la responsabilidad del jurista, en Francisco Zúñiga Urbina (coordinador): Nueva Constitución y momento Constitucional (Santiago, Ed. Legal Publishing, 2014) pp.15 ss.

31 Véase Arnaud Le Pilloner: "Le pouvoir de révision", en Michel Troper y Dominique Chagnollaude (directores): III Traité international de droit constitutionnel. Suprematie de la Constitution (París, Ed. Dalloz 2012) p 35.

32 Georges Burdeau: Derecho Constitucional e Instituciones Políticas (Madrid, Editora Nacional, 1981) pp.108 ss.

Puntualicemos, empero, que la sumisión a los partidos, disciplinados más que nunca cuando se trata de hacer que sean obedecidas sus posturas doctrinarias o pretensiones de hegemonía, ha sumido a menudo en el fracaso los esfuerzos del Poder Constituyente Originario. A mayor abundamiento, el tiempo en que actúa tal asamblea es de convulsiones y enfrentamientos. La ausencia de un consenso mínimo en lo esencial ha fortalecido, por lo demás, la misma crítica. El contexto en que se desenvuelve dicho proceso es de ausencia de la moderación y reflexión que reclama una misión tan delicada. Con ello, y en definitiva, el reemplazo o sustitución de la Carta Suprema se esfuma y aumenta la tensión del clima político, paralela a la postración económica y a la intranquilidad social. El país, en pocas palabras, queda enfrentado a incertidumbres, manifestaciones adversarias y hechos de violencia peores que los que la asamblea constituyente se propuso superar. Salvo en tiempos de extrema gravedad, derivados de derrotas en guerras, insurrecciones sangrientas o catástrofes socioeconómicas prolongadas y sin salida, tales asambleas nunca han funcionado con éxito en Estados que gozan de tradición republicana. Los ejemplos que se esgrimen en contrario, repetimos, nos parecen inconvincentes³³.

Merced a la firme y generosa voluntad de las fuerzas democráticas dominantes, es casi seguro que podría eludirse la interrupción cruenta de la convivencia por rebelión o involución, cuartelazo de caudillos o un golpe militar de uniformados anhelantes de salvar a la Patria, ante la inseguridad nacional padecida³⁴.

Ya se ha dicho que el Congreso Nacional es la fórmula alternativa. En él, la Carta Política vigente radica la Potestad Constituyente Derivada. En tal hipótesis, la ecuación política y socioeconómica que se proyecta articular a través de la modificación constitucional es más modesta, pero de legitimidad ostensiblemente mayor aunque no exenta de dilemas porque presupone armonizar los tres tiempos del verbo o acción humana. Esta exigencia no siempre se vuelve verificable porque los parlamentarios ya han demostrado sus fortalezas y debilidades en los procesos de revisión de la Carta Política.

Efectivamente, no cabe duda que resulta indispensable ponderar la historia, pues no se torna juicioso decir que los muertos, por ser tales, perdieron el derecho a ser respetados, aunque sean testigos pretéritos de su misión fundacional del orden existente³⁵. Tampoco puede calificarse de acertado sostener que la Constitución tiene que ser nada más que para las generaciones que hoy conviven, en atención a que ellas son actores del proceso constituyente derivado, intermediado por sus representantes, o directamente ejerciendo la facultad de iniciativa de las reformas, o pronunciándose en referendos de aprobación o rechazo de lo acordado en el Parlamento³⁶. Por último, es quimera suponer que la enmienda en debate se haga con el designio de favorecer a las generaciones futuras, cuya mentalidad se desconoce y se vuelve difícilísimo conjeturarla con acierto, aunque sea mínimo³⁷.

VI. Desconstitucionalización y reconstitucionalización

Si una Constitución surgió ilegítimamente en gobierno *de facto*, pero ha sido modificada y aplicada durante décadas, es obedecida y registra mutaciones jurisprudenciales que le han infundido o aumentado su legitimidad de ejercicio, entonces se vuelve inentendible propugnar el reemplazo de ella o sustituirla por completo. Tal pretensión, equivalente a demandar hojas de papel en blanco para escribirla, desde la nada, es realmente una afirmación equivocada, pues jamás podrá prescindirse por entero de la trayectoria política, socioeconómica y jurídica de un país, como Chile, con experiencia más de dos veces centenaria. En esa trayectoria se halla el quiebre cruento de la democracia que culminó con el golpe militar de 1973, la dictadura que lo siguió por más de dieciséis años y el sacrificio para reconstitucionalizar el régimen político y jurídico, con esfuerzos aún no consumados de reconciliación.

33 Se ha citado en Chile el caso colombiano, pero un análisis depurado del mismo fuerza a desestimarlos por insostenible en cuanto comparable a la situación de nuestro país. Véase al respecto Vladimiro Naranjo Mesa: *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas* (Bogotá, Ed. Temis, 2014) pp.383 ss.

34 Friedrich: cit., I pp.299 ss.

35 Manuel García Pelayo: *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid, Alianza Universitaria, 1984) pp.135 ss.

36 Ma. Victoria García-Atance, cit., pp.68-69.

37 Carlos de Cabo Martín: *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp.13 ss.

La política practicada en democracia y sin desnaturalizaciones, v.gr., las provocadas por demagogia, manipulación, opacidad de poder y corrupción, ha dejado de relieve que las mayorías de hoy se convierten en minorías mañana, sea debido a que los gobiernos sostenidos por aquellas fueron derrotados en las urnas por mil razones diversas; o bien y desgraciadamente, pues hundieron al país en crisis provocando la ruptura del sistema con muertos y desaparecidos, exiliados y heridos, ruina en los espíritus y en la calidad de vida u otros hechos parecidos. Retornar a los acuerdos en lo esencial en ese ambiente es una aventura impredecible y, a todo evento, de lentísima concreción³⁸ y, sin embargo, hacerlo es un imperativo ético y político.

En el contexto descrito tienen que ser situadas y evaluadas las manifestaciones de obcecación y voluntarismo de quienes, en resumen, abogan por el cambio de la Constitución como finalidad intrínseca o, por supuesto, el rechazo a modificarla con la profundidad, en el momento adecuado y con la extensión impuesta por los signos de los tiempos. Ciertamente, los propulsores de una y otra posición se hallan aquejados de síndromes tales como lograr una segunda oportunidad para alterar el devenir histórico, impedir el cambio que no puede ser detenido, o la ilusión de convencer a la mayoría que se resigne a perder los beneficios que ha vivido y que aprecia como derechos adquiridos. Afortunadamente, creo que uno y otro extremos son expresiones de minorías y en declive, pero aún activas e influyentes.

Cualquiera sea la secuela que estas patologías ocasionen a la democracia, sin duda le irrogarán serios perjuicios.

VII. Sustitución y reforma

Vivimos un cambio de época, rasgo elocuente que sintetiza la multitud, variedad y hondura de las transformaciones que van sucediéndose. ¿Estamos preparados para asumir tal cambio y llevarlo a buen término? ¿Nos hallamos confundidos, improvisando y sin discernimiento? ¿O son patentes las divergencias en la ciudadanía, las fuerzas políticas, los liderazgos y la población misma? ¿Por qué no se difunden ideas y proyectos viables y concretos?

La enmienda, modificación o reforma constitucional puede ser amplísima y de gran profundidad, pero reiteramos que, en nuestra opinión, nunca ha de llegar, mientras sea tal, al reemplazo o sustitución total del Código Político vigente. De lógica irrefutable se torna la aseveración según la cual, la revisión de la Carta Fundamental para su reforma presupone que subsiste, en su telos jurídico, político y socioeconómico, el texto, contexto y espíritu de la Constitución sometida a enmiendas. No se trata de proclamar cláusulas pétreas o irreformables, comprobadamente inútiles; pero sí de reconocer las que Peter Häberle³⁹ llama cláusulas de eternidad. Son tales los valores y principios que infunden identidad a una Constitución y cuya textura abierta y flexible se abre al despliegue de una jurisprudencia creativa, actualizadora e, incluso más, consciente del imperativo de introducir mutaciones constitucionales que otorgan continuidad al sistema y estabilidad al Código Fundamental.

Es inconcebible, incluso, que el acuerdo nacional en torno al devenir alcance para alterar en parte considerable la Constitución esencial o material y la fórmula sociopolítica articulada en sus páginas. Empero, insostenible deviene que el Poder Constituyente Derivado o Instituido, aplicando el procedimiento que el Código Supremo ha previsto solo para su revisión y enmienda parcial, por trascendental y amplia que sea, nunca para la sustitución total del mismo, se transmute en poder Constituyente Originario, derogando por completo a ese Código y situando a otro en su lugar. Menos legítimo deviene que lo haga con el pretexto de que se trata de la decisión del Poder Constituyente Instituido y no de una revolución ni contrarrevolución, tampoco de un golpe de Estado, motín o cuartelazo, porque subsistiría la continuidad institucional, sin quiebre de la regularidad jurídica ni de la seguridad pública⁴⁰.

38 Véase, en general, la serie de monografías reunidas por Hernán Larraín Fernández y Manuel Núñez Ramírez (editores): Voces de reconciliación (Santiago, Ed. Tiempo Nuevo, 2013).

39 Peter Häberle: Democracia y Estado de Derecho (Lima, Ed. Palestra 2009) pp.301 ss.

40 María Victoria García-Atance, cit., pp.78 ss.

La reforma constitucional tiene, por consiguiente, límites intrínsecos e insuperables. Es el cambio controlado que se impone al devenir incontrolable. La tesis opuesta no pasa de ser un fraude, tarde o temprano denunciado como tal. En esa condición situamos el decretazo, elucubración carente por entero de solidez jurídica y cuyo designio es tan obvio, que no alcanza siquiera para merecer la despectiva calificación de resquicio⁴¹. ¿Cuál sería la legitimidad de origen de una Constitución así impuesta, aduciendo que es resultado de la revisión y no de la instauración *de facto* de una Carta Política nueva? ¿Qué probabilidades reales de arraigarse en la cultura nacional y, por consiguiente, de perdurar tiene tan inusitada ruptura con el constitucionalismo? ¿No es caer en los vicios que se alegan para descalificar a la Constitución actual por ser ilegítima en su origen? El constitucionalismo es, sin duda, un proceso acumulativo, de larga y difícil gestación, delicado de mantener y sencillo para derribar. Exactamente esa es la aventura del decretazo.

La revisión o enmienda tiene límites, de los cuales destacamos:

- A. Que ha de ser realizada respetando el método previsto en la Carta Magna vigente a ese efecto, procedimiento que busca infundir estabilidad al Código Político, incentivando así la seguridad jurídica y, por supuesto, dejar de manifiesto el rasgo de continuidad del ethos institucional ya realizado;
- B. Que solo en un ambiente prerrevolucionario, en el que los enfrentamientos derivados del desastre socioeconómico que se padece, la anarquía política y el atropello impune al orden jurídico, es concebible la actuación del Poder Constituyente Originario, comenzando por la violación de los derechos y deberes esenciales del ser humano;
- C. Que esa prueba del caos y descontrol imperantes se traspasa al método, actuando no ya con la cualidad de Poder Constituyente Derivado o Instituido, si no que revolucionario, Primigenio u Originario⁴²; y
- D. Que aun en tan extrema y caótica situación siempre tendrá que ser honrada la fórmula universal del constitucionalismo humanista, porque de lo contrario estaremos ante la desconstitucionalización de la cultura normativa de un país, retroceso en el que se cae y del que, volver a surgir, implica ponderar la obra de las generaciones pasadas, limitar el ímpetu de las muchedumbres o masas presentes y, en contexto de genuino reconocimiento de responsabilidad de la catástrofe sufrida, aprender a oír, debatir, ceder y pactar para precaver su cruenta recurrencia.

Pero, ¿es realista asumir la tesis del consenso o, si se prefiere, de un pacto o de la convergencia de voluntades para hallar áreas de entendimiento si la vida está ya sumida en pasión tan intensa que estimula más el tránsito a la violencia, o sea, a expresiones de desenlace por ruptura, ajenas a la política y a la continuidad con devenir controlado? Tenemos que reaccionar a tiempo, admitiendo el acierto de la admonición oída días atrás⁴³: No puede ser que pasemos de la discusión a la exigencia, de esta a la toma y luego a la ocupación, hasta las últimas consecuencias. ¿Después qué? El íter descrito, que ésta siendo marcado por la violencia, puede llegar a ser difícil de detener en su escalamiento.

VIII. Repercusiones del cambio

En la democracia se hallan grupos y líderes que se oponen a los cambios constitucionales. Son los comprometidos con el inmovilismo y, a lo más, tolerantes de alteraciones insignificantes o mínimas del régimen vigente. Generalmente, aducen consideraciones deplorables, vinculadas a lo que puede ser descalificado por refractario, carente de visión o defensivo de intereses creados circunscritos o acotados y carentes de representatividad democrática.

41 Trátase de impulsar la idea de convocar a una asamblea constituyente, saltándose las barreras que levantan los artículos 127 y 128 de la Constitución, eludiendo el control preventivo del Tribunal Constitucional y refugiándose en la potestad reglamentaria autónoma o extendida del Presidente de la República.

42 Ricardo Pisarello: Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática (Madrid, Ed. Trotta, 2014) pp.47 ss.

43 Homilada del Cardenal Ricardo Ezzati en el Tedeum de Fiestas Patrias celebrado en la Catedral de Santiago el 18 de septiembre de 2014.

Tan aguda falta de legitimidad, aunque sea siempre tolerable por el pluralismo, es sin duda severamente perjudicial para la continuidad de las instituciones; culmina en incapacidad para aceptar que el régimen vigente necesita adaptarse a los tiempos nuevos; se convierte en valla para la incorporación de reformas que faciliten la estabilidad del sistema, y alienta la energía de las vías *de facto*.

En último análisis, difícilmente puede admitirse que se trata de factores democráticos. Por lo demás, llega el tiempo en que es más problemático impugnar tales enmiendas, permeadas a fondo durante años por el constitucionalismo y replanteado, una y otra vez, para doblegar las encrucijadas políticas demostrando que han de ser resueltas por políticos y de acuerdo con métodos políticamente inobjektables.

IX. Lecciones de la historia

Los conflictos entre órganos constitucionales, a propósito de las reformas o el reemplazo de la Carta Fundamental, han sido frecuentes en Chile y en numerosas democracias. A menudo, resultaron en rupturas institucionales.

Probablemente, en el tiempo que vivimos esos conflictos ocurren, aún sin alta intensidad porque ha primado mayor dosis de pasión que de reflexión, testimonio de lo cual es la escasa relevancia que cabe reconocer a los debates, de baja jerarquía por su perspectiva y transparencia, en el Congreso Nacional, las universidades, los medios de comunicación y las redes sociales. Añádase a lo dicho el hermetismo, la ambigüedad y otras patologías ya realizadas. ¿Hemos en nuestro país aprendido las lecciones de la historia? ¿O perseveramos en afanes hegemónicos, fingiendo que Chile es de todos, pero obrando en contra de esa proclama?

Recordemos que así fue planteada la Constitución de 1828 con aspiraciones de larga vida, pero las divergencias de pelucones y pipiolos concluyeron zanjadas por las armas en la batalla de Lircay en abril de 1830, abriendo paso al régimen portaliano y a la Carta Política de 1833⁴⁴. Hacia 1875, las tensiones habían reaparecido, sin que las enmiendas de 1871 y 1874 las apaciguaran⁴⁵. Sin embargo, el curso de los acontecimientos no derivó en otra interrupción de la continuidad institucional, porque Chile estuvo inmerso en un proceso de sustitución o desvío de instituciones causado por los conflictos limítrofes con Argentina, y más tarde con Perú y Bolivia. De ellos emergieron desenlaces, que tal vez merezcan llamarse soluciones, aun discutidas con respecto al primero de esos países⁴⁶, a la vez que la Guerra del Pacífico con las otras dos naciones hermanas.

Semejante juicio merece lo ocurrido en 1890 y 1891, ponderando que el antagonismo entre la Primera Magistratura y la mayoría de Congreso, dominado autoritariamente por el Poder Ejecutivo hasta 1886, terminó concentrándose en la guerra civil de 1891 y la historia desenfadada de un parlamentarismo criollo, mejor calificable de *gobierno de asamblea*⁴⁷. El conflicto, una vez más, fue motivado por interpretaciones contrapuestas del Código Político, hecho revelador del disenso que existía en los sectores aristocráticos y mesocráticos en torno de la legitimidad de la fórmula sociopolítica plasmada en la Ley Suprema de 1833, varias veces modificada después de las dos reformas mencionadas, y demostrativo, además, de una confianza ingenua en la potencialidad de los textos constitucionales o, en fin, ilustrativo de la mala fe en que se esgrimían los preceptos de la Carta Fundamental para intentar justificar el quiebre del régimen institucional.

Hubo designios de transformación de la fórmula presidencial, para adecuarla a los nuevos tiempos vividos al terminar la década de 1920. El Presidente Arturo Alessandri Palma los lideraba, con apoyo de los militares jóvenes encabezados por Carlos Ibáñez, más tarde Primer Mandatario y rival de aquél. Esos esfuerzos explican las fricciones con sectores oligárquicos que defendían el status quo, porque los favorecía; pero carecían de la fuerza política real y suficiente, en un pueblo que iba transformándose, para mantener el inmovilismo. Aun así,

44 Francisco Antonio Encina Armanant: XIV Historia de Chile (Santiago, Ed. Ercilla, 1997) pp.300 ss.

45 Guillermo Feliú Cruz: "Durante la República. Perfiles de la evolución política y constitucional de Chile", en Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: La Constitución de 1925 y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1951) pp.60 ss.

46 Gonzalo Vial Correa: II Historia de Chile (Santiago, Ed. Zigzag, 2009) pp.191 ss.

47 Ricardo Donoso Novoa: Las ideas políticas en Chile (Santiago, Ed. Universitaria, 1961) pp.334 ss. Cf. Julio Heise González: Historia de Chile. El régimen parlamentario (Santiago, Ed. Andrés Bello, 1975) pp.461 ss.

se utilizó a los militares con fines de suprimir las movilizaciones obreras en Iquique, Antofagasta, Valparaíso, Punta Arenas y otras ciudades. He aquí el origen de partidos de extrema izquierda, ante cuyas doctrinas fue esgrimida la cuestión social, locución que encerraba un llamado a esa oligarquía y grupos reformadores a que concordaran la modernización del Estado, de la democracia con sufragio universal y sin cohecho, por fin, la materialización de los derechos sociales como acceso a la vivienda sana, la higiene y salubridad pública, la enseñanza básica y el salario justo⁴⁸.

En condiciones de extrema debilidad desde el ángulo del apoyo ciudadano, fue sacada adelante, con intervención castrense amedrentadora, la Carta Política de 1925⁴⁹. Como fuera, se puso en marcha la nueva fórmula, elaborada en parte importante a partir de la redactada por la Gran Convención de 1833. No fue posible estabilizarla, sin embargo, hasta fines de 1932, tras la renuncia de Alessandri Palma, la caída de Ibáñez y dieciséis gobiernos unipersonales y de juntas que llegaron al Palacio de la Moneda con designios unos socialistas, otros socialdemócratas y los demás liberales o conservadores.

No existía acuerdo en lo fundamental para sostener la nueva fórmula política ni la idea de Derecho asociado a ella, más afín con el constitucionalismo social, y plasmarla en la Constitución formal de 1925. La partidocracia estaba dividida a pesar de la intervención que ejercía, rotativamente, como es lógico suponer, en la Administración Pública y la Magistratura⁵⁰.

Autoritario fue el segundo gobierno de Alessandri. En él, sin embargo, logró estabilizar el régimen acudiendo a legislación inconstitucional, claramente represiva, aplicada en contra de movilizaciones campesinas y de fracciones urbanas rupturistas⁵¹.

En 1938 fue inaugurada la era de mandatarios radicales, prolongada hasta 1952, con programas de corte socialdemócrata. Descalificada como continuismo carente de sentido innovador y proclive al clientelismo, la crítica triunfó llevando a la elección de Ibáñez en su segunda administración. Pero, otra vez, la oposición apareció demostrando cuán frágil era el acuerdo entre los partidos y la adhesión de los independientes al reprochar a Ibáñez sus reacercamientos a los cuarteles, una inflación elevadísima, nepotismo y otras circunstancias de favor parecidas⁵².

La revolución en libertad de 1964 a 1970, obra de Eduardo Frei Montalva y su Partido Demócrata Cristiano, creó grandes expectativas, varias cumplidas y otras no. Introdujo las llamadas, por Mario Góngora, planificaciones globales o cambios estructurales. Entre ellos las modificaciones sustantivas al derecho de propiedad, la reforma agraria y urbana, modificaciones en la educación y la chilenización del cobre. Además, propuso resolver los conflictos de la Presidencia con el Congreso Nacional mediante el nuevo Tribunal Constitucional. Frei fue sucedido, sin embargo, no por el candidato de su partido, sino por Salvador Allende, encabezando la Unidad Popular, comprometida con la implantación del socialismo marxista a través de vías legales. Mil días duró ese empeño, con desenlace cruento en el golpe de Estado de septiembre de 1973, el suicidio del Primer Mandatario, un exilio masivo y la implementación de una dictadura que se extendió hasta marzo de 1990.

Tras la derrota del Presidente Pinochet en el plebiscito en octubre de 1988, Chile emprendió la ruta de retorno a la democracia. La vía quedó abierta con cincuenta y cuatro enmiendas al Código Político de 1980, impulsando una transición que suscitó elogio mundial y numerosos cambios, dentro del sistema y para legitimarlo, concordados entre la *Concertación de Partidos por la Democracia* y las fuerzas de centroderecha que formaban la oposición⁵³.

48 Gonzalo Vial Correa, cit., pp.381 ss.

49 Mariano Navarrete Ciris: Memorias (Santiago, Ed. Biblioteca Nacional, 2008) pp.165 ss. Actas Oficiales de la Comisión y Subcomisión de Estudio de la Constitución de 1925 (Santiago, Imprenta Cervantes, 1925) p.455.

50 Gonzalo Vial Correa, cit., pp.381 ss.

51 Id.

52 Id.

53 Federico G. Gil, Ricardo Lagos Escobar y Henty A. Landsberger (directores): Chile, lecciones de una experiencia (Madrid, Ed. Tecnos, 1977).

X. ¿Constitución crecedora o transformadora?

Fue durante el régimen militar que se concibió, redactó y puso en vigencia el cambio constitucional más grande que Chile había tenido desde 1833. Imaginado por civiles adherentes al régimen, o comprometidos con él, debatido casi a puertas cerradas en una Comisión de Estudio integrada por nueve miembros, después revisada en el Consejo de Estado y, definitivamente, aprobada con hermetismo en la Junta de Gobierno y sus colaboradores, nació la Carta Fundamental de 1980. Se la llevó a la ratificación en un referéndum cuya legitimidad de origen es cuestionada hasta hoy y con base irrefutable. Puesta en vigencia por partes y a punto de derrumbarse tras el plebiscito que derrotó a Pinochet en octubre de 1988, la Constitución experimentó muchos cambios en 1989, purgándose de sus peores ribetes autoritarios⁵⁴. En síntesis, fue un Código Político de reacción frontal en contra del estatismo, las políticas socioeconómicas socialistas o semejantes, la implantación de la subsidiariedad en beneficio de la Sociedad Civil y la tutela uniformada sobre el orden institucional de la República.

Desde entonces, llegan a treinta y cuatro las enmiendas, de las cuales la citada de 1989, las dos de 1997 y, más que ninguna, la de 2005, transformaron en democrático lo que no lo era por las incrustaciones castrenses ya aludidas, el veto de la minoría refractaria a las modificaciones a propósito del sistema binominal para elegir parlamentarios, un Senado con nueve miembros designados, un seudorégimen corporativo en los gobiernos regionales y los municipios⁵⁵ y, en un vistazo que omite muchos otros tópicos, el régimen de reforma, inconcebiblemente rígido y con cláusulas pétreas.

Repetimos que ha sido reconocida, como ejemplar, la recuperación de nuestra tradición democrática constitucional, salvando en paz y con justicia las mayores heridas derivadas de las violaciones a los derechos humanos, incluyendo más de tres mil desaparecidos, de los cuales mil no han podido ser hallados hasta hoy.

Igualmente plausible ha sido, en general, el funcionamiento de la macroeconomía, llegando nuestro país a ser considerado un modelo de desarrollo económico, con las alteraciones que, en veinte años, le han infundido a la microeconomía la cualidad de política social de mercado.

Además, los entes fiscalizadores han accionado en contra de los agentes inescrupulosos y los medios de comunicación denuncian las transgresiones a la ética empresarial.

Tampoco, por último, puede ser silenciado al despliegue de la Sociedad Civil autónoma, patente en el acceso masivo a la enseñanza privada subvencionada en todos sus niveles; a las acciones de salud y de seguridad social proporcionadas por entes públicos y particulares; en fin, a la rebaja de los índices de pobreza, hallándose hoy bajo el 14% lo que, en 1970, se aproximaba al 50% de la población⁵⁶.

Estimamos, en síntesis, que la subsidiariedad ha ido alcanzando niveles destacables, echando de menos, sin embargo, que se internalice el principio de solidaridad, cuyo epicentro radica en la Sociedad Civil⁵⁷, y no en el Estado. Por supuesto, es mucho lo que falta avanzar en reformas sociales, pero el balance los estimamos apreciable y no desestimable⁵⁸.

No es sensato callar, empero, que Chile sigue figurando entre los países con peor distribución del ingreso en el mundo, situación criticable que se adjudica a la desigualdad en el acceso de vastos sectores de la población a la riqueza nacional. Consecuente con esta premisa, se plantea, v.gr., en el programa de gobierno de la Nueva Mayoría, la reforma tributaria, la modificación estructural del sistema de enseñanza para erradicar el lucro, la modificación en la legislación laboral impulsando la negociación colectiva, la intervención estatal para concesionar el goce de las aguas y mucho más.

54 Carlos Andrade Geywitz: Reforma constitucional de 1989 (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1990) pp.120 ss.

55 José Luis Cea Egaña; I Derecho Constitucional Chileno (Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2008) pp.90 ss.

56 Con sujeción a fuentes oficiales, el salario mínimo real creció en un 3,7% el 2013; las becas en la educación superior llegaron a 381.000 beneficiarios en 2014; el empleo creció anualmente un 3,5% en los últimos cuatro años; la inflación llegó a 2,5%; la tasa de participación laboral femenina alcanzó a 46,9%; en fin, la población con conexión a internet ascendió a 68% en 2012.

57 Edgardo Boeninger Kausel: Democracia en Chile, Lecciones para la gobernabilidad (Santiago, Ed. Andrés Bello, 1997) pp.253 ss.

58 Consúltase la serie de monografías editadas por Patricio Meller en La Paradoja Aparente (Santiago, Ed. Taurus, 2005).

En nuestro juicio, pensamos que el país se halla en un momento positivo para proseguir con reformas del constitucionalismo y la democracia⁵⁹, pero no al punto de reclamar una asamblea constituyente. Los nudos críticos que subsisten están acotados, son vastamente conocidos y en torno de ellos pueden irse forjando los acuerdos necesarios para superarlos. Lamentablemente, aunque erosionándose por la recesión económica y la aparición de asonadas terroristas, se hacen presentes grupos, de los dos extremos, renuentes a todo acuerdo o pacto, descalificando ahora lo que ya se reputaba un período exitoso, esto es, el cuarto de siglo progresando desde 1990.

XI. Esquema de modificaciones pendientes

En tal agenda pienso en los tópicos siguientes, para cada uno de los cuales formulo interrogantes:

1. El reemplazo del régimen electoral binominal por otro de mayoría simple en distritos uninominales, o bien, su sustitución por una representación proporcional corregida a fondo, de manera que excluya el multipartidismo con subpactos, la vuelta a los tercios y otras fórmulas análogas, así como una representación, que es repetida en lugar de ser dual, evitando uniformar al Senado y a la Cámara con miembros elegidos de acuerdo al tamaño de la población y en perjuicio de la igualdad de las regiones⁶⁰. ¿Es el proyecto, despachado en primer trámite⁶¹, un ajuste forzado para abrir espacio a tiendas políticas que no lo tendrían sin el nuevo régimen electoral? ¿Es eso legítimo? ¿No se reinstaura, por otra vía y sin confesarlo francamente, el execrado régimen binominal al contemplar regiones que eligen dos senadores cada una?, ¿Son irreprochables las configuraciones de distritos para elección de diputados, o se trata de favorecer a ciertos partidos con el desacreditado *gerrymandering*, es decir, armados según las propias conveniencias? ¿Es excesivo aumentar a 155 los diputados y a 55 los senadores o, por el contrario, parece razonable hacerlo habida ponderación de una ciudadanía que ya es de casi catorce millones de habitantes hábiles para votar con la inscripción automática?
2. Es punto de debate establecer el criterio de cuotas para la mujer en todo orden de elecciones populares y de justificado acceso de ella a cargos públicos no electivos, porque puede derivar en abusos, rebaja del nivel de calidad del desempeño y otras secuelas perjudicándolas⁶². ¿No es razonable respetar la libertad de sufragio sin forzar normativas que pueden ser manipuladas con inimaginables designios? Si la ciudadanía femenina es mayoría en Chile ¿por qué no alentar que la demuestre sin regímenes como el aludido?
3. Pienso en la introducción de instrumentos típicos de la democracia semidirecta, v.gr., la iniciativa ciudadana de ciertos proyectos de reforma constitucional o de materias legales de alta transcendencia que hayan suscitado prolongados conflictos interórganos; la ampliación del referendo a nivel comunal y regional; en fin, la revocación restringida de mandatos en una y otra de esas divisiones territoriales. Pero ¿tienen razón quienes afirman que la ciudadanía en Chile carece del nivel cívico suficiente para ejercer tan serias facultades? ¿O que la revocatoria perjudicaría a la representación política?
4. Pienso en el fortalecimiento de los gobiernos regionales, con elección popular del presidente de ellos y el robustecimiento de la autonomía de los municipios, cambios que tienen que ir acompañados de las modificaciones presupuestarias que aseguren la realidad de tal autonomía y la ejecución directa de los recursos correspondientes. En el Poder Ejecutivo se mantendría el nombramiento de los intendentes, pero sin potestad de gobierno, salvo en lo que es orden público y seguridad interior. Empero, ¿no pugna con este cambio la composición proyectada para el Senado en la reforma electoral ya comentada?

59 Véase del autor, en general, Renovación del constitucionalismo en Chile (Santiago, Ed. Legal Publishing, 2012).

60 Revítese el oficio N° 11.421, dirigido por el Presidente de la Cámara de Diputados al Presidente del Senado el 13 de agosto de 2014, adjuntándole el proyecto de ley que sustituye el sistema electoral binominal por otro proporcional inclusivo (Boletín N°9326-07).

61 N. de la R.: El mencionado proyecto se convirtió en ley de la República N° 20.840 con fecha 5 de mayo de 2015.

62 Tom Ginsburg: "¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena", Revista Estudios Públicos (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2014) N° 133 pp.2 ss.

5. Discutible me parece derogar la normativa que separa lo político de lo social, pues conllevaría el retorno de los partidos a su dominio sobre los colegios profesionales, gremios y sindicatos con perjuicio de la Sociedad Civil, en cuyo seno se halla la democracia cotidiana. ¿Es esa, no obstante, una escisión artificial? ¿O se trata de una disposición sensata y que ha resultado beneficiosa?
6. No coincido, en cambio, con el afán de rebajar el quórum de aprobación, modificación y derogación de la legislación orgánica, hasta dejarlo en la mayoría absoluta de los parlamentarios presentes. ¿Por qué? Porque allí está involucrada, simultáneamente, la seguridad jurídica, la protección de las minorías y, no olvidemos, la reforma o revisión de la Constitución, la que ha sido alterada cuantas veces ha existido consenso para hacerlo⁶³, lo que ha ocurrido en treinta y cuatro oportunidades a la fecha. ¿Sería aceptable, como mínimo, reconocer que la actual normativa orgánica y de quórum calificado siga rigiendo mientras no sea reemplazada? ¿Puede coincidirse, en aras del compromiso, en que la legislación sea aprobada con mayoría simple o, cuando más, con la mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio?
7. Debatibles son, para finalizar, algunas de las alteraciones a la parte dogmática del Código Político, especialmente en punto a los derechos reproductivos de la mujer en relación con la defensa de derecho a la vida; o las innovaciones tendientes a restablecer la negociación colectiva por áreas, su impacto en la productividad y el evento de volver a los paros nacionales⁶⁴.

Creo que el clima político en Chile es proclive a continuar introduciendo las reformas que modernicen o perfeccionen el bloque constitucional. Incluyo aquí los principios relativos a la jurisdicción inter o supranacional, sobre la base de reconocer, sin embargo, que la Magistratura en Chile goza del margen de apreciación discrecional que impida a tal jurisdicción imponerse, a todo evento, como se avizora que podría hacerlo.

En suma, la Carta Política de Chile hoy puede ser calificada de crecedora, como la llamó el ministro Tocornal a la Constitución de 1833, o de transformadora, al decir de autores extranjeros de una monografía recientemente publicada⁶⁵. Más todavía: creo que el clima político va en aumento para continuar introduciendo las reformas que modernicen o perfeccionen el bloque constitucional. Concomitante con lo dicho aprecio el decrecimiento de los partidarios de reemplazar la Carta Política.

XII. Libertad e igualdad

Chile forjó en el siglo XIX un régimen político con institucionalidad democrática incomparable en América Latina. El siglo XX exhibió nuestros tropiezos para forjar otro tanto en el ámbito socioeconómico, con secuelas que gravitaron devastadoramente en el régimen político.

Hemos reconstruido, con enorme sacrificio, la democracia constitucional e instaurado un modelo de desarrollo fundado en la libertad y dirigido a la concreción de ella en los más diversos ámbitos de la convivencia.

Hoy, sin embargo, estamos sumidos en un proceso de cambios focalizado en la igualdad, con protagonismo central del Estado y repliegue de la iniciativa libre en la economía y la Sociedad Civil. En esa perspectiva, ¿qué plantea, en términos globales y trascendentes, el nuevo gobierno en el tema de la continuidad y el cambio de la Constitución y el constitucionalismo?

Pensamos que son demasiado amplias y abiertas las referencias al punto, resultando atinado calificarlas de incógnitas o, peor aún, de misterios para los excluidos del proceso de estudio y decisiones. Tales pronunciamientos resultan ser, además, disímiles en relación con el método y los contenidos. Preocupa carecer de certezas en un asunto tan importante, haciendo que aparezcan conjeturas de índole muy distinta:

63 Fernando Atria Lemaitre *et al*: Chile, el otro modelo (Santiago, Ed. LIM, 2013) y, del mismo autor: La Constitución tramposa (Santiago, LOM, 2013). Véase también Jorge Benítez González y Pedro Rosas Aravena: La República Inconclusa. Una nueva Constitución para el bicentenario (Santiago, Ed. ARCIS, 2009); y Lucas Sierra Iribarren: Constitución en Chile (Santiago, CEP, 2011).

64 Programa de Gobierno de la candidatura a la Presidencia de la República de Michelle Bachelet Jeria, capítulo sobre Una nueva Constitución pp.38 ss.

65 Citado por Alberto Edwards Vives: La formación política de Chile (Santiago, Ed. Del Pacífico, 1975). p.48

¿falta dedicación en el Gobierno para el estudio del asunto? ¿Hay improvisación en lo que se va haciendo? ¿Se debe a las divisiones internas que impiden concretar acuerdos?

Se escribe y habla de diferir el debate hasta 2015; o que en enero de ese año el Gobierno tendría un anteproyecto a difundir para emprender su análisis; o que por la complejidad del asunto, es más que dudoso lograr despacharlo antes del cambio de Gobierno. No faltan quienes desprenden de intervenciones radiales de la Presidenta de la República que ella ya desestimó la vía de una asamblea constituyente.

¿Qué fluye de la situación descrita? Razonable se torna pensar que el clima socioeconómico va influyendo en el cronograma político, abigarrado de enmiendas como la tributaria y la educacional, agenda a la que se sumaría la pronta incorporación del cambio de régimen de las aguas y un nuevo estatuto laboral, el acceso a las acciones de salud y la seguridad social.

El *frenesí* de nueva legislación, como ha sido calificado, se extiende al Congreso Unicameral, ofrece la entronización del régimen semipresidencial, la supresión del control preventivo de supremacía por el Tribunal Constitucional, la eliminación del trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República. Reemerge así la ley, con la majestad que se soñó al comenzar el siglo XIX, en desmedro de la supremacía, formal y sustantiva, del Código Político, conquistada en el siglo XX y fortalecida con el neoconstitucionalismo en el presente siglo⁶⁶.

Tal vez, la expresión más exacta para referirme a la situación que atravesamos sea llamarla *hermetismo*, especialmente en torno a cuál terminará siendo el procedimiento seguido para llegar a la meta, es decir, si reemplazar o sustituir la Constitución vigente, comenzando a escribir la nueva Carta Fundamental igual que lo haría quien usa hojas de papel en blanco, o bien, si se optará por la reforma en el Congreso Nacional.

Difícilmente podemos, por ende, hablar de continuidad, porque el ímpetu continúa, aunque en decadencia, proclive al cambio constitucional en su expresión básica, sustantiva o más radical, típica de un Poder Constituyente Originario, paradójicamente sin violencia ni ruptura institucional. Obviamente, al cabo de dos siglos y más de trayectoria republicana, es muy difícil que la nueva Constitución se entronice sin dejar rastro de lo que es, en cifra elocuente, la novena Carta Política de nuestro país, comenzando la serie con el Reglamento que José Miguel Carrera sancionó en 1812. Consiguientemente, prosigue sin ser categórica y definitivamente descartada la idea de convocar a una asamblea constituyente argumentando que, si bien en Chile nunca tuvo éxito, sí lo habría hallado en Colombia en 1991, Venezuela en 1994 o en Argentina en 1993.

Tengamos presente que el apoyo ciudadano a tal modalidad constituyente, en las elecciones de noviembre de 2013, estuvo bajo el 10% de los sufragios válidamente emitidos y lo fue en medio de una controversia no salvada en punto a la inconstitucionalidad de marcar el voto con las iniciales de tal consigna⁶⁷.

Nos preocupa, más allá de tales objeciones, evaluar favorablemente lo que, a todas luces, reputamos son ejemplos poco pertinentes para Chile, la ignorancia que se refleja al confiar en tales asambleas sin que el país atravesase rupturas ni crisis traumáticas de su sistema institucional, o que se espere de ellas el debate, por años que pasen, y el acuerdo, por imposible que sea. Nunca puede ser olvidado que dichas asambleas se caracterizan por centenares de participantes, muy heterogéneos, en variados sentidos, a menudo sin preparación ni experiencia, conocimientos y destrezas suficientes como para fijar el nuevo pacto sociopolítico de Chile con rasgos objetivos y perdurables. Varios otros reparos decisivos pueden serle formulados y que no es menester siquiera bosquejar aquí⁶⁸.

La valla se ha intentado saltarla con resquicios presentados con retórica que nos parece inentendible⁶⁹, además de insostenible desde el ángulo jurídico constitucional.

66 Véase, en general, Miguel Carbonell (editor): *Neoconstitucionalismo* (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

67 Consúltase Alberto Coddou McManus y Pablo Contreras: "Nueva Constitución y Asamblea Constituyente. La expresión de "Marca tu Voto" Anuario de Derecho Político 2014 (Santiago, Universidad Diego Portales, 2014) pp.121 ss.

68 Claude Klein: "Le pouvoir constituant", en Michel Troper y Dominique Chagnollaud: cit., pp.10 ss.

69 Véase Francisco Zúñiga Urbina (Coordinador): *Nueva Constitución y momento constitucional* (Santiago, Ed. Legal Publishing, 2014) pp.51 ss.

XIII. ¿Un escollo removable?

La alternativa, singularizada repetidamente como participativa, institucional y democrática, asume que aquella segunda exigencia se refiere al procedimiento de revisión o reforma de la Carta Política previsto en el Capítulo XV del texto vigente de ella. Tranquiliza, en algo al menos, que esa modalidad se proyecte con respecto a un Congreso Constituyente, o sea, al Poder Constituyente Derivado o Instituido. Empero, el análisis de las disposiciones de ese Capítulo impone reconocer que, a pesar de la amplia mayoría que ostenta la nueva coalición de gobierno, no alcanza a reunir el quórum que exigen los artículos 127 inciso 2° y 128 inciso 2° del Código Político en vigor. Por lo demás, la clave del obstáculo, superior a la insuficiencia de parlamentarios de la mayoría para doblegar ese quórum, yace en que la Presidencia de la República discrepe del proyecto aprobado por ambas cámaras y lo vete, en circunstancias que tampoco se proclama la voluntad de llegar a acuerdos con la oposición y, por idéntica razón, el eventual proyecto de un Congreso Constituyente no pasa de ser algo hasta hoy imaginario⁷⁰.

Propugnamos que sean analizadas y debatidas todas las ideas o planteamientos seriamente fundados en forma de una nueva Constitución o de la revisión amplia de la Carta Política vigente. Entendemos que eso es infundir realidad a lo demandado por la Presidenta de la República cuando destaca que la génesis de los cambios tiene que ocurrir en ambiente de participación.

En el fondo de nuestro argumento se encuentra la confianza, tal vez la esperanza, de arribar a acuerdos que circunscriban la temática que será objeto de los cambios en el Congreso Constituyente, ratificados por referéndum nacional decisorio.

XIV. Cambios en la base política

En última instancia, ¿cuál es el fundamento de la idea que reclama implantar una nueva Constitución? ¿Es necesario o ineludible hacerlo? ¿Quiénes son hoy los defensores de esta tesis? ¿Es acaso el proyecto de la Nueva Mayoría, que en la actualidad no recibe más que el 40% de la opinión pública de apoyo en las encuestas? ¿Siguen unidos, en método y fondo, en torno de esa tesis, equivalente a la refundación del Estado, si ya resulta evidente que las movilizaciones y las redes sociales de 2011, decisivas para la elección de la Presidenta de la República en funciones, proclaman su distanciamiento, incluso ruptura, con el Gobierno?

La incógnita o misterio se halla en los textos que la *nueva mayoría* gobernante ha difundido sin concretar, con claridad, cómo impulsará la sustitución de la Constitución en vigor por otra cuya fórmula política tampoco se despeja, limitándose a declaraciones que se escuchan, leen o visualizan como categorías genéricas. Por ejemplo, eso sucede con Estado Social de Derecho, Constitución legítima en su origen, Estado Laico con exclusión de juramento y símbolos religiosos, y otros rubros parecidos.

Sin forjar pactos, en resumen, no vemos luminosidad en la ruta ni, retornando a lo que dijimos al iniciar esta ponencia, continuidad en nuestro constitucionalismo como tampoco en los cambios adecuados para armonizar la Carta Política con el tiempo que vivimos y el futuro. Pero siguen voceándose las proclamas en contra de los consensos, con lo cual reclaman la vía propia para implantar los cambios refundacionales del Estado, paralelo a la alternativa de las reformas con que nos identificamos.

XV. Ideas finales

Han transcurrido siete meses desde la asunción del nuevo Gobierno. Las referencias a los cambios constitucionales siguen siendo alusiones carentes de concreción. Ahora se lee o escucha que, en el Gobierno, habría un proceso de configuración y una comisión de especialistas, cuyos integrantes serían nominados por los partidos de la Nueva Mayoría, encargada de elaborar un documento que se acerque a un anteproyecto de nueva Constitución.

⁷⁰ Una excepción, por su nitidez y ponderación, es Patricio Zapata Larraín: Una nueva Constitución y el bien común, en Zúñiga, cit., pp.81 ss.

El ambiente que vivimos, sin embargo, continuamos calificándolo de *hermético y confuso*. Probablemente, el control severo que se advierte en el Gobierno sobre el asunto denota el afán de socializar determinadas ideas esenciales, no compartidas por todos los actores y sectores políticos de esa coalición. Es, nuevamente, el dilema de avanzar en medio de disidencias y hacerlo dejando de lado compromisos contraídos con *La Calle*, en 2011, el Programa de Gobierno y los centenares de pronunciamientos disímiles que se manifiestan en el tema. ¿Se ha desestimado la asamblea constituyente y optado por la reforma? ¿Con qué estrategias para remover los escollos de los artículos 127 y 128 del Código Político vigente? ¿Resueltamente dispuestos a apartarse de las posturas fundacionales para, en su lugar, impulsar un Congreso Nacional Constituyente, seguido del referendo de ratificación respectivo?

No cabe duda que las señales económicas negativas van gravitando en el proceso político. Evocamos lo dicho en 1964 por un líder laborista⁷¹ al realzar que, en política, una semana es mucho tiempo. Los recientes sucesos terroristas⁷², acoplados a los ya mencionados, pueden proseguir gravitando en el curso de los acontecimientos. Idéntico sentido tiene la polémica que se ha desatado en torno de la reforma educacional, recién en primer trámite parlamentario. Sin embargo, el declive puede ser revertido si los indicadores revelan aumento del empleo y del consumo, consenso en el nuevo régimen educacional, de prestaciones de salud y de seguridad social. Hasta hoy, empero, el declive del Gobierno continúa⁷³.

Han reaparecido los anuncios de marchas, ahora circunscritas a estudiantes que se presentan como grupo de presión contrario a las iniciativas del Gobierno en la educación. Simultáneamente, cabe destacarlo, va emergiendo *la otra calle y la contra calle*, decididas a manifestarse en marchas que rechazan también, pero por motivos y fines distintos, los proyectos del Poder Ejecutivo. El clima de convivencia va siendo alterado y pensamos que, en ese contexto, se vuelve más incierto aún perseverar en la implantación de una Constitución nueva respetando el orden institucional vigente.

Son más frecuentes, para terminar, los análisis que reprochan, por infundadas o equivocadas, las interpretaciones que siguen efectuándose de las elecciones presidenciales y parlamentarias de 2013. Por ejemplo, se hace hincapié en que en aquellos comicios presidenciales, en la segunda votación efectuada el 15 de diciembre de 2013, sufragaron 5.684.681 ciudadanos, el 46,70% de los cuales lo hizo en favor de la actual Primera Mandataria. Pero se realza, de inmediato, que el padrón electoral bordeaba los 13.700.000 electores, habiéndose registrado una abstención superior al 50% de los habilitados para votar. ¿Es ello denotativo de la Sociedad Civil que va emergiendo, desencantada con la política tal como está siendo practicada? Y, ¿es en esa Sociedad que se halla la mayoría de la ciudadanía, la cual comienza a manifestarse ante las iniciativas comentadas? Dificilmente puede ser entendido tal movimiento como adhesión a la refundación del Estado. Consideramos razonable concluir que él coincide más con la alternativa del progreso institucional según lo hemos comentado.

71 Harold Wilson, Primer Ministro inglés.

72 N. de la R.: El autor hace referencia a los atentados terroristas perpetrados en un centro comercial de la estación del metro Escuela Militar el 08 de septiembre de 2014.

73 El 2 de octubre de 2014 el apoyo ciudadano a la Presidenta Bachelet bajó al 47% y la de Gobierno a 40%.

Reforma Constitucional e Identidad Constitucional

Marisol Peña Torres⁷⁴

Límites al poder de reforma de la Constitución

Convocados a reflexionar sobre una Nueva Constitución para Chile o sobre la reforma de la Carta vigente parece oportuno recordar que *“el poder constituyente (...) es propiamente el poder ordenador: no el poder de hacer la Constitución, sino solo el poder de encontrar, y eventualmente elaborar, en las situaciones históricas y sociales contingentes, los instrumentos para obtener rápida y eficazmente el bien común, que (...) es el bien propio, esto es natural, de todo hombre y por ello común a todos los hombres.”*⁷⁵

Esta reflexión, del profesor español Danilo Castellanos, da pie para sostener desde la partida que la tarea de crear y, con mayor razón, la de reformar la Carta Fundamental no puede prescindir de dos elementos que son básicos. El primero, de carácter sociológico, tiene que ver con la consideración de las situaciones históricas y sociales que le imprimen a la sociedad un rasgo particular, en un momento histórico determinado. Así, una sociedad no nace con la Constitución; la sociedad se ordena con ella. Y lo hace, al decir de Peter Häberle, en forma acorde con su cultura. El profesor alemán sostiene, en efecto, que *“desde el mismo instante en que el pueblo se constituyó, lo que jurídicamente aparece como ‘límite’ de la revisión total del acto constituyente (como en Suiza) significa en realidad algo más. Es expresión viva de la ‘constitución como condición cultural’ en concreto, imposible de dejarse atrás como no sea por una revolución cultural o una pérdida de cultura.”*⁷⁶

El segundo elemento, de carácter teleológico o finalista, se relaciona con la búsqueda del bien común como fin del Estado, esto es, de aquellas *“condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”*⁷⁷. En esta perspectiva, la tarea de crear o de reformar la Constitución no puede soslayar el imperativo descrito cuyo epicentro es que la persona, concebida siempre como fin y nunca como medio de la acción del Estado, debe ser reconocida y promovida en sus atributos esenciales o, lo que es lo mismo, en aquellos que describen y caracterizan su propia naturaleza.

De allí que, en nuestro concepto, tanto la labor del Poder Constituyente Originario como la del Poder Constituyente Derivado o Instituido, están sujetas a los límites que se han descrito, sin perjuicio de que, en el caso de este último, resulta también forzoso atenerse al procedimiento de reforma previsto en la propia Constitución.

En el primer caso, esto es, tratándose del Poder Constituyente Originario, la imposición de una nueva Constitución ajena a la cultura y a los condicionantes históricos y sociales vigentes, así como al bien común, en el contexto de la idea de derecho que sustenta la sociedad, está destinada a producir graves problemas de legitimidad.

Si se trata, en cambio, del ejercicio del Poder Constituyente Derivado o Instituido, la promoción de una reforma constitucional que no respete esos mismos límites o el procedimiento de reforma que la propia Carta ha consultado para esos efectos abre la posibilidad cierta de una declaración de inconstitucionalidad que, en el caso de Chile, estaría amparada en la facultad que le confiere el artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Ley Suprema⁷⁸, al Tribunal Constitucional.

74 Abogado. Profesora Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ministra y ex Presidenta del Tribunal Constitucional.

75 CASTELLANO, Danilo. Constitución y Poder Constituyente. En: AYUSO, Miguel (ed.). El problema del poder constituyente. Ediciones Marcial Pons. Colección Prudentia Iuris, Madrid, 2012, p. 23.

76 HÄBERLE, Peter. Constitución como cultura. Traducción de Ana María Montoya. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 95.

77 Artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución.

78 “Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 3° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.”

Reconocemos que se trata de una atribución potente que algunos quisieran ver restringida exclusivamente a la vulneración del procedimiento de reforma constitucional basado en que, en esta hipótesis es clara la confrontación entre una norma que puede estimarse infraconstitucional (el proyecto de ley de reforma constitucional) y la Carta Fundamental generando un vicio de inconstitucionalidad de forma.

Sin embargo, en el Derecho Comparado, es posible encontrar ejemplos de fallos que han admitido la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional por pugnar con aspectos sustantivos de la Carta vigente –más específicamente, con la “identidad constitucional”– entendida esta como el conjunto de valores y principios que caracterizan la esencia del pacto social reflejado en la Constitución que recoge el devenir histórico de la sociedad regida por ella.

Un buen ejemplo, en este sentido, está constituido por la sentencia dictada por la Corte Constitucional de Colombia el 26 de febrero del año 2010 que declaró inexecutable en su totalidad la Ley N° 1354, de 2009, por medio de la cual se convocaba a un referendo constitucional y se sometía a consideración del pueblo colombiano un proyecto de reforma constitucional que permitía la reelección del Presidente Álvaro Uribe⁷⁹.

De los muchos aspectos interesantes de ese fallo constitucional conviene recordar aquí el que se refiere a los límites del poder de reforma de la Constitución. Sobre este punto, la Corte colombiana sostuvo que:

“El poder de reforma o poder constituyente derivado, por su parte, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, por lo que se trata de un poder establecido por la Constitución, que se ejerce bajo las condiciones fijadas por la misma que comprenden competencia, procedimientos, etc., siendo en consecuencia derivado, limitado y sujeto a controles. Los límites al poder de reforma no solo son los formales derivados de las reglas procedimentales establecidas por la Constitución y las normas legales, sino también los que se derivan del alcance de su competencia, cual es reformar la Constitución.”

Sin embargo, y a efectos de esta reflexión, lo más importante está constituido por el desarrollo jurisprudencial referido al “juicio de sustitución” que permite determinar la inconstitucionalidad eventual de una reforma constitucional por transgredir la identidad constitucional.

En palabras de la Corte, “la sustitución implica la franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra ‘completamente distinta’ que, por ejemplo, sirva de base a una forma de organización política opuesta, como cuando se cambia la república por la monarquía, la democracia por la dictadura o el Estado de Derecho por el totalitarismo”. Agregó que: “Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Carta en forma “permanente o transitoria”, dado que el cambio, total o parcial, no puede ser de una magnitud tal que impida, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria”.

79 Sentencia C-141/10.

Y explicando cómo se realiza el juicio destinado a determinar si ha operado una sustitución indicó:

“El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución –para así evitar que este sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material– y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado– y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.”

Sobre la base de los elementos ya enunciados, la Corte Constitucional de Colombia declaró la inconstitucionalidad de la ley que convocaba a un referendo popular cuyo objeto era consultar a la ciudadanía si estaba de acuerdo en la reelección del Presidente de la República. Sus razonamientos se apoyaron en la cláusula democrática establecida en la Carta Fundamental⁸⁰, según la cual debe propenderse a una separación de poderes que evite la concentración en uno de ellos (el Ejecutivo) acompañada de una adecuada alternancia en el poder que favorezca efectivamente el pluralismo político, valores todos que, en concepto de la Corte, estaban en la esencia de la “identidad” de la Constitución de 1991.

La limitación sustancial al poder de reforma de la Constitución ha sido afirmada también, desde la doctrina, por el ilustre jurista alemán Otto Bachof, para quien *“una ley de reforma constitucional (...) puede contravenir desde un punto de vista formal o material las disposiciones de la Constitución formal. El primer supuesto se da cuando la reforma constitucional no se encuentra contemplada en las disposiciones procedimentales. El último se corresponde con el hecho de que una ley pretenda un cambio de las normas constitucionales a pesar de la intangibilidad declarada en el texto constitucional, lo que sucedería, por ejemplo, en el caso de una ley de reforma constitucional que pretendiese suprimir la distribución del Bund en Länder o la colaboración de estos en la función legislativa, reconocidas en el artículo 79,3 de la Ley Fundamental de Bonn, o afectar a los principios fundamentales recogidos en los artículos 1 y 20. No es necesario aclarar que la norma de reforma constitucional, a pesar de que constituye por sí misma una norma formalmente constitucional, de uno u otro modo, sería “inconstitucional”⁸¹.*

Es a partir de estos razonamientos iniciales que queremos preguntarnos si la “identidad” reflejada en la Constitución vigente en Chile ha cambiado al punto de justificar apartarse del procedimiento de reforma previsto en ella misma para dar pie al ejercicio del Poder Constituyente Originario más propio del nacimiento de un nuevo Estado o de la culminación de un proceso revolucionario.

80 El artículo 1° de la Constitución de Colombia, de 1991, establece que: “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.”

81 BACHOF, Otto. “¿Normas constitucionales inconstitucionales?” Editorial Palestra, Lima, 2008, p. 57.

En este punto, postulamos –al igual que el profesor José Luis Cea– que las invocaciones que se realizan apoyando el ejercicio del Poder Constituyente Originario en el futuro próximo de nuestro país “*aparecen insertas en contextos históricos completamente distintos e incomparables con el de Chile en este tiempo*”. Sobre todo, si a lo largo de las 34 reformas que ha experimentado la Carta Fundamental, la mayoría de ellas en plena democracia, resulta difícil sostener el argumento de su ilegitimidad original y la pervivencia de los denominados “enclaves autoritarios”⁸² que han ido siendo claramente depurados a lo largo del tiempo.

¿Hacia una reforma de las bases de la institucionalidad?

En este acápite de nuestra ponencia formulamos las siguientes cuestiones: ¿Configuran las Bases de la Institucionalidad una identidad constitucional que haya sido superada? Asimismo, ¿cuál es el rol que han jugado las Bases de la Institucionalidad consignadas en el Capítulo I de la Carta vigente, en la jurisprudencia constitucional?

Frente a estas interrogantes, convenimos con el profesor Cea en que “*el Poder Constituyente nunca ha sido, tampoco es ni puede ser, neutro. Por el contrario, su misión es siempre definir, y lo hace en este Capítulo, cuáles son los rasgos esenciales y los grandes objetivos del hombre, la familia, los grupos intermedios, la sociedad y el Estado*”⁸³. Agrega que “*en la Constitución se ve confirmada una cosmovisión de índole humanista. Puede o no ser aceptada, en plenitud o parcialmente, tal cosmovisión, pero lo cierto y claro es que toda Constitución, cualquiera sea ella, no puede cumplir sus funciones, sin suponer o asumir una axiología determinada, aunque sea, en lo que procede, flexible y pluralista*”⁸⁴.

La ausencia de neutralidad en la Carta Fundamental es afirmada también por el ex presidente de la Cámara de Diputados y ex ministro del Tribunal Constitucional, José Antonio Viera-Gallo, para quien “*la Constitución chilena actual, luego de sucesivas reformas, puede caracterizarse como un ejemplo de constitucionalismo estricto y fuerte usando los términos de Comanducci, pues no es neutral frente a los derechos humanos a los cuales considera como anteriores al Estado y los coloca como límites a la soberanía. Pero, al mismo tiempo, reconoce el pluralismo y los principios democráticos como base del orden jurídico*”⁸⁵.

Conviene recordar que en el Memorándum que contiene las Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política, de 22 de noviembre de 1973, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución precisó que esta “*fortalecerá y destacará el imperio de los valores esenciales de la chilenidad y cuidará de preservar la identidad histórico-cultural de la Patria*”⁸⁶.

Después del debate en el proceso de gestación de la nueva Carta, el Constituyente de 1980 optó por no consagrar los principios y valores aludidos en un preámbulo, como suele ocurrir en otras Constituciones del mundo, sino que dentro de su mismo articulado, lo que, sin duda, les imprime toda la fuerza propia de una norma jurídica.

De allí que surjan interrogantes en torno a expresiones como las siguientes: “*Una nueva Constitución no es partir de cero en el sentido de negar la historia. Es partir de cero en el sentido de que es una decisión que no está atada a decisiones anteriores, que no está limitada en cuanto a lo que ha de decidir por reglas que le son anteriores. Nada de esto quiere decir, por supuesto, que una nueva Constitución no puede hacer propias reglas, instituciones o prácticas antiguas.*”

82 Se ha sostenido, en este sentido, que “después de años de intentar eliminar de la carta constitucional algunos de los más evidentes “enclaves autoritarios” (como la existencia de senadores no elegidos democráticamente, la tutela militar del sistema constitucional por medio del Consejo de Seguridad Nacional y la inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas), finalmente el tercer gobierno de la coalición de partidos que se había opuesto al régimen militar logró negociar con la oposición la supresión de dichos enclaves mediante una reforma constitucional aprobada en el año 2005 (...). El intento por instalar la noción de que en el año 2005 el país se había deshecho de la “Constitución de Pinochet” y adoptada en cambio la “Constitución de la democracia” demostró ser un esfuerzo infructuoso, ya que al poco tiempo del intento eran muy pocos quienes defendían seriamente tal idea.” COUSO, Javier y CODDOU, Alberto. Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena. En: FUENTES, Claudio (editor). En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile. Heinrich Böll Stiftung, 2010, pp. 193-194.

83 CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, p. 174.

84 Ibidem.

85 VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio. Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un derecho razonable. En: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl, y COLOMA, Rodrigo. Principios Jurídicos. Análisis y crítica. Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 111.

86 COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Sesión N° 18°, de 22 de noviembre de 1973, p. 23.

*Si lo hace, sin embargo, no es porque esté obligada por ellas, sino porque considera que son suficientemente adecuadas, que es precisamente la manera de afirmar nuestra continuidad con nuestra historia. Si una decisión en realidad solo decide lo que las reglas anteriores le permiten decidir (como la de 2005), entonces no es una nueva Constitución, es una reforma constitucional*⁸⁷. ¿A qué reglas anteriores se refieren esas palabras? ¿Solo a aquellas que regulan el procedimiento de reforma constitucional? ¿O el hecho de considerar que otras reglas –igualmente constitucionales– “son suficientemente adecuadas” permite salvar el respeto a la identidad reflejada en el pacto constitucional? Quisiéramos pensar que esta es la interpretación pertinente de tales expresiones para promover una reforma constitucional acorde a la identidad de la Carta Fundamental y no una revisión total de la misma que desconozca tal aspecto.

¿Hay razones que justifiquen sostener que la identidad constitucional ha cambiado en Chile?

Para responder a esa pregunta, repasemos el contenido general de las Bases de la Institucionalidad consagradas en el Capítulo I de la Constitución.

Se consagra en ellas una visión antropocéntrica conforme a la cual el Estado está al servicio de la persona y no al revés (artículo 1°, inciso cuarto). Ello, fundado en el reconocimiento de la dignidad humana, puesto que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1°, inciso primero). Por lo mismo, la visión del bien común o fin del Estado, que se contiene en el artículo 1°, inciso cuarto, corresponde a un principio ordenador, en virtud del cual el Estado contribuye a crear las condiciones sociales que permitan a todos, pero también a cada uno, alcanzar su mayor realización material y espiritual posible.

La circunstancia de que las personas sean seres naturalmente sociables se ve reflejada, por un lado, en la afirmación de que “*la familia (como sociedad primera y natural) es el núcleo fundamental de la sociedad*” (artículo 1°, inciso segundo) y que “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad garantizándoles la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos” (artículo 1°, inciso tercero) recogiendo los principios de subsidiariedad y de las autonomías sociales.

En las Bases de la Institucionalidad se consignan, asimismo, la forma de Estado (artículo 3°) y la forma de gobierno (artículo 4°). Respecto de la primera, diversas reformas constitucionales⁸⁸ han ido enfatizando el fortalecimiento de la descentralización funcional y territorial, así como la regionalización del país acompañada de un desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas. En cuanto a la forma de gobierno, la escueta afirmación de que “Chile es una República democrática” no ha constituido un impedimento para avanzar en mayores y mejores formas de participación de la ciudadanía concebida esta, ya no solo como la expresión del cuerpo electoral, sino como un coagente, copartícipe y corresponsable de los asuntos públicos. Esta última afirmación se encuentra corroborada, por ejemplo, con la introducción de nuevos mecanismos de participación ciudadana a nivel local mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 19.526, la elección directa de los consejeros regionales posibilitada por la Ley N° 20.678 y la nueva normativa sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública expresada en la Ley N° 20.500.

El ejercicio de la soberanía, por parte de la Nación (artículo 5°) recoge, por lo demás, una tendencia que se afianza en los primeros documentos constitucionales existentes en nuestro país, a la cual se ha agregado, por reforma de agosto de 1989, una explicitación del límite que conlleva dicho ejercicio constituido por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya se encuentren asegurados en la propia Constitución como en los tratados internacionales que Chile ha ratificado y se encuentran vigentes. De esta forma, el respeto a los derechos humanos se configura como un límite al ejercicio de la soberanía, a la vez que como un límite al bien común, en cuanto este debe respetar plenamente “*los derechos y garantías que esta Constitución establece*”.

87 ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Ediciones LOM, Santiago, 2013, p. 34.

88 Leyes N°s 19.097, de 1991 y 20.050, de 2005.

El Estado de Derecho –entendido como el principio de sometimiento de autoridades y gobernados a las mismas normas– tiene también consagración en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental a través de los principios de supremacía constitucional y de juridicidad, de vinculación directa de la Constitución respecto de los órganos de autoridad como de toda persona, institución o grupo, de responsabilidad consagrados en los incisos finales de esas normas y de clausura del derecho público en conexión con los requisitos de validez en la actuación de los órganos del Estado.

Por su parte, la reforma constitucional de agosto del año 2005 elevó a rango constitucional el principio de probidad en el ejercicio de las funciones públicas incorporando, al mismo tiempo, el principio de publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado.

El artículo 9° contiene la regulación constitucional del terrorismo, conceptualizado como contrario por esencia, a los derechos humanos, definición constitucional que ni siquiera fue controvertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su reciente sentencia “*Norín Catrimán y otros vs. Chile*”, de 29 de mayo de este año, donde sí condenó, en cambio, a nuestro país por la tipificación que se contenía en la Ley N° 18.314, que regula las conductas terroristas antes de su modificación en el año 2010.

El conjunto de valores y principios antes recordados es el que constituye –a no dudarlo– el reflejo de la identidad chilena en una perspectiva histórico-cultural.

Una apreciación integral de dichos valores y principios ha llevado a un ex ministro del Tribunal Constitucional a sostener: “*El ideario tras la Constitución de 1980 ha sido exitoso y perdurable en muchos sentidos: el ideal de una economía liberal por sobre una de planificación socialista ha resultado estable, y la libre iniciativa privada se instaló para quedarse. La noción de un Estado subsidiario, aunque exagerada en el texto original, ha sido reformada y, en lo esencial, también parece perdurable*”⁸⁹.

No debe olvidarse que el ideario al que se refiere el ex ministro Correa se construye a partir del reconocimiento del valor de la dignidad de toda persona en cuanto piedra angular de los derechos que ella misma asegura.

En este sentido, en el Programa de Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet se lee que: “*La Nueva Constitución debiera basarse por consiguiente en los valores de la dignidad de la persona; de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad (...)*”. ¿Puede decirse que se esté planteando algo novedoso o un imperativo no cubierto por la Carta actual?

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la dignidad es aquella “*cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados*”⁹⁰. Ha agregado que la dignidad del ser humano implica que “*este ha de ser respetado en sí mismo por el solo hecho de serlo, con total independencia de sus atributos o cualidades personales (...) esta cualidad, propia de toda persona, constituye así el fundamento de todos los derechos que le son inherentes y de las garantías necesarias para resguardarlos*”⁹¹.

La dignidad humana, así concebida ha sido el fundamento del reconocimiento de derechos que sin figurar en el texto de la Constitución, han recibido una tutela en cuanto integrantes del contenido de otros derechos que sí están explicitados en la Carta. Es así como el Tribunal Constitucional ha reconocido como “derechos implícitos” en la Constitución al derecho a recibir informaciones⁹², al derecho de acceso a la información pública⁹³ y al derecho a la identidad personal⁹⁴. Lo anterior, pese a que la Constitución vigente carece de una cláusula expresa que posibilite el desarrollo de nuevos derechos fundamentales como la que se contiene en algunas otras Constituciones latinoamericanas⁹⁵.

89 CORREA; Jorge. ¿Ha llegado la hora de una Nueva Constitución? En: Anuario de Derecho Público 2013. Universidad Diego Portales, p. 29.

90 STC, de 28 de octubre de 2003, Rol N° 389, considerando 17°.

91 STC, de 25 de enero de 2005, Rol N° 433, considerando 25°.

92 STC Rol N° 226-95

93 STC Rol N° 634-06

94 STC Rol N° 1340-09

95 La Constitución del Perú expresa que: “*La enumeración de los derechos contenidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, 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*”. (Art. 3°). La Constitución de Colombia precisa que: “*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*”. (Art. 94).

En consecuencia, la consagración del valor de la dignidad humana no ha impedido sino que, por el contrario, ha permitido el reconocimiento de derechos como los recordados en forma acorde a las nuevas realidades.

Algo similar ha ocurrido con el desarrollo de los derechos sociales cuya justiciabilidad ha estado ligada, en la jurisprudencia constitucional, al valor de la dignidad humana⁹⁶.

Por tanto, esta concepción antropocéntrica, fundada en el valor de la dignidad humana, que caracteriza a la Constitución vigente, está lejos de consagrar una visión liberal asociada exclusivamente al reconocimiento de los derechos individuales, sino que se abre hacia la fórmula del Estado social y democrático de Derecho⁹⁷ que reconoce y promueve también los derechos sociales como lo ha ido proclamando la jurisprudencia constitucional.

La profesora María Pía Silva ha afirmado que *“en las Bases de la Institucionalidad se recogen los fundamentos y principios inspiradores de un Estado Social y Democrático de Derecho”*⁹⁸. En esta línea nos parece que el deber impuesto al Estado, en el inciso final del artículo 1° de la Constitución, en orden a *“asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*, es el que mejor refleja la consagración de la fórmula del Estado Social de Derecho.

Y es que la afirmación de que es deber del Estado, entre otros, asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, constituye hoy el verdadero fundamento para favorecer la igualdad real o sustantiva –y no exclusivamente formal– propia del Estado social y democrático de Derecho, aun cuando esa fórmula no aparezca explícitamente consagrada en la Carta Fundamental.

En otros términos, la falta de concreción expresa del “Estado Social y Democrático de Derecho” no ha sido un impedimento para que la jurisprudencia constitucional –y también la de los tribunales ordinarios– haya avanzado en la justiciabilidad de los derechos sociales con el actual diseño valórico de la Constitución. Un claro detractor del “modelo” de la Constitución de 1980, el profesor Jaime Bassa, ha admitido que *“el criterio de fundamentalidad de los derechos imperante durante la dictadura dista considerablemente del criterio actual: si originariamente la Constitución siguió un criterio formal de fundamentalidad (a través de la tutela reforzada del recurso de protección), es posible afirmar que la situación actual es más propia de un criterio material, en especial respecto de los derechos sociales. La actual situación de garantía en el acceso a las prestaciones, en particular de salud, educación y seguridad social, da cuenta de que la comunidad atribuye una fundamentalidad a estos derechos inexistente en el período predemocrático”*⁹⁹.

Cabe preguntarse, entonces, si más que un nuevo diseño constitucional no se requerirá un cambio en las políticas públicas a partir de los valores y principios que la Carta ya recoge.

En otro orden de consideraciones, pero siempre en el plano valórico, la referencia constitucional a que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*, concebida ampliamente, ha llevado al Tribunal Constitucional a reconocer –a propósito de la impugnación del artículo 102 del Código Civil por tres parejas homosexuales– que *“la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal”* y que *“las características de la institución (la familia), referidas a la protección y desarrollo de la misma, han podido mutar en virtud de diversas normas de rango legal (...)”*¹⁰⁰.

De esta manera, los cambios que la sociedad ha ido experimentando no se han visto frenados o impedidos por los valores y principios contenidos en las Bases de la Institucionalidad en la medida que ellos han

96 STC Rol N° 976-07, a propósito del derecho a la protección de la salud, especialmente en su considerando 23°.

97 El Estado social de democrático de derecho *“comprende no solo la distribución del poder político, sino que también 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. En su centro está la satisfacción de las necesidades básicas de las personas aseguradoras de un mínimo de igualdad, como el trabajo y las remuneraciones, la salud, la previsión social, la educación, la vivienda, entre otros. El Estado social o “sociedad de garantías” es el presupuesto de una ciudadanía social.”* ZÚÑIGA, Francisco. Nueva Constitución para Chile. Las “bases” y las nuevas ideas político-constitucionales. En: Revista de Derecho Público, Edición Especial, Universidad de Chile, Santiago, marzo de 2014, p. 33.

98 SILVA GALLINATO, María Pía. El Estado Social de Derecho en la Constitución chilena. En: AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (Coord.). Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. Editorial Librotecnia, Santiago, 2012, p. 41.

99 BASSA, Jaime. La evolución en la protección constitucional de los derechos sociales vía interpretación constitucional. En: AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (Coord.). Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. Editorial Librotecnia, Santiago, 2012, p. 110.

100 STC Rol N° 1881-10, c, 7°.

sido interpretados con la mentalidad proclive a favorecer una “Constitución viviente”. Como sostiene Ackerman, *“a pesar de que los esfuerzos por convertir nuestra Constitución en algo maravilloso sean una tentación que siempre estará presente, el problema que presenta esta aspiración tan rimbombante es obvio: existen muchas visiones del constitucionalismo liberal democrático que compiten entre sí, y la Constitución no debe ser secuestrada por ninguna de ellas. El propósito de la interpretación es entender los compromisos constitucionales que se han hecho por el pueblo norteamericano a lo largo de la historia, no los compromisos que uno u otro pensador establecen que deberán hacerse”*¹⁰¹.

Por otro lado, debe reconocerse que algunas reformas constitucionales –largamente anheladas– como aquella que estableció que “las personas” nacen libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1º, inciso primero de la Constitución) y que *“hombres y mujeres son iguales ante la ley”* (artículo 19 N° 2º de la Constitución)¹⁰² no han tenido la virtud de superar, por esa sola proclamación, las situaciones de inequidad entre hombres y mujeres que aún subsisten en nuestra sociedad. En un Seminario realizado con ocasión de celebrarse el primer año de vigencia de la Ley N° 20.348 sobre resguardo del derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, la ministra del SERNAM expresaba que *“la brecha salarial de las personas que trabajan remuneradamente alcanza el 12,7% en Chile”*, precisando que *“la brecha se obtiene por la división del ingreso promedio mensual de las mujeres con el de los hombres en igual período”*¹⁰³.

Esta constatación coloca nuevamente en el tapete la pregunta relativa a si la modificación de la Constitución, particularmente de las Bases de la Institucionalidad, vendría a solucionar problemas que, en la práctica, se han mantenido vigentes en la sociedad chilena, pese a anteriores cambios constitucionales. O si, como venimos sosteniendo, más que modificaciones a la Ley Suprema, lo que conviene es enfatizar ciertas políticas públicas que, a partir de los valores y principios ya recogidos en las aludidas Bases, coadyuven efectivamente a superar tales problemas.

Otro de los aspectos vinculados al Capítulo I de la Constitución que se ha venido debatiendo tiene que ver con la forma de Estado y, más específicamente, con el necesario énfasis al proceso de descentralización. El profesor Francisco Zúñiga ha expresado, en este sentido, que *“la nueva Constitución profundizará en las posibilidades de descentralización, desconcentración, delegación y coordinación del poder central en estructuras periféricas y en materias políticas y administrativas, de manera de hacer más representativo el poder del Estado en todo el territorio nacional, acercando a los ciudadanos a sus autoridades y a la toma de decisiones, contribuyendo a una mayor legitimidad y empoderamiento”*¹⁰⁴.

Estimamos que el punto planteado tampoco amerita una reforma sustancial al artículo 3º de la Carta Fundamental que conceptualiza la forma de Estado Unitaria. En esta materia debe tenerse presente que el Capítulo de Gobierno y Administración Interior del Estado es uno de los que han experimentado mayor número de reformas¹⁰⁵ sin que ello haya sido suficiente para la superación del diagnóstico que precede a las propuestas como la del profesor Zúñiga.

La reforma más importante, en nuestro concepto, aún se encuentra pendiente. Se trata de aquella que obliga a indicar los recursos con cargo a los cuales se financiará la entrega de nuevas y mayores potestades a los entes regionales, provinciales y comunales, en forma similar a lo sancionado por la reforma a la Constitución de Francia del año 2003¹⁰⁶.

101 ACKERMAN, Bruce. La Constitución viviente. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 36.

102 Ley N° 19.611, de 1999.

103 <http://www.dt.gob.cl/1601> (consultado el 17 de noviembre de 2014).

104 ZÚÑIGA, Francisco. Nueva Constitución para Chile. Las “bases” y las nuevas ideas político-constitucionales. En: Revista de Derecho Público, Edición Especial, Universidad de Chile, Santiago, marzo de 2014, p. 33.

105 CARMONA SANTANDER, Carlos. Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013. En: Revista de Derecho Público, Edición Especial, Universidad de Chile, Santiago, marzo de 2014, p. 74.

106 El artículo 72-2 de la Constitución francesa dispone que “toda transferencia de competencias entre el Estado y las entidades territoriales irá acompañada de la atribución de recursos equivalentes a los que estaban consagrados a su ejercicio. Toda creación o extensión de competencias que aumente los gastos de las entidades territoriales irá acompañada de los recursos determinados por la ley”.

Con todo, la necesidad de contar con una política eficaz de descentralización y de desarrollo local y regional¹⁰⁷ no ha puesto en cuestionamiento la forma unitaria de Estado consagrada en las Bases de la Institucionalidad chilena demostrando, una vez más, que el avance que Chile necesita en esta materia no parte por el desmantelamiento de su identidad constitucional sino que por renovadas políticas de Estado.

Algo similar puede decirse respecto de la forma de gobierno recogida en las Bases de la Institucionalidad. Nadie ha planteado que Chile no deba ser una “*República democrática*” (artículo 4° de la Constitución) que “*se fundamenta en el equilibrio entre representación política y participación*”¹⁰⁸. Sin embargo, el mayor énfasis que quiera darse a una u otra no altera la esencia de la identidad constitucional en este punto: que Chile –después de las amargas experiencias de su historia– se ha convencido de que la democracia real y vivida es la única forma de gobierno que se ajusta al ideal de derecho vigente en la colectividad.

En fin, el ejercicio de demostrar que la “identidad constitucional” reflejada en las Bases de la Institucionalidad no ha cambiado en Chile podría seguirse multiplicando, pero lo importante, a nuestro juicio, es haber dejado establecido que ellas reflejan, para el juez constitucional, un necesario parámetro con el cual debe enjuiciarse un intento de modificación constitucional que apunte a su sustitución y no simplemente a su adecuación, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

Propuestas

Esta ponencia no podría concluir sin una propuesta de futuro que tenga en cuenta que el inmovilismo constitucional conspira con el ideal de contar con una Constitución “real” y no simplemente “formal”, siguiendo la terminología de Lasalle. El peligro de tal situación radica en la atrofia de la conciencia constitucional o simplemente en la desconstitucionalización.

En esa línea, y reiterando que, en nuestro concepto, las Bases de la Institucionalidad –consagradas en el Capítulo I de la Carta vigente– siguen reflejando la “identidad constitucional” chilena, nos permitimos sugerir algunas modificaciones que el Congreso Nacional, en ejercicio del Poder Constituyente Derivado, podría ponderar a la hora de materializar la revisión de la Constitución.

En primer término, y ante las frecuentes imputaciones de “activismo judicial” que se dirigen contra los jueces, parece del todo conveniente considerar la inclusión, dentro del Capítulo I de la Carta Fundamental, de una cláusula de desarrollo de derechos fundamentales que permita reconocer, por la vía jurisprudencial, aquellos que no están expresamente consagrados en ella o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Enseguida, urge, en nuestro concepto, una reforma que aclare el rango normativo que tienen los tratados internacionales de derechos humanos cuando se incorporan al ordenamiento jurídico interno. Ello, basado en la disparidad de criterios que se han apreciado entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios de justicia. Mientras que el primero ha indicado que esos tratados tienen rango supralegal pero infraconstitucional, los tribunales ordinarios han acogido la tesis del bloque de constitucionalidad afirmando que dichos tratados tienen rango constitucional en Chile.

Asimismo, el reforzamiento del Estado Social y Democrático de Derecho exige, en nuestra mirada, que la referencia al valor de la solidaridad no se reduzca exclusivamente a un principio que orienta las relaciones al interior de las regiones, provincias y comunas del país (artículo 3° de la Constitución). Por el contrario, parece aconsejable que este valor sea incluido, dentro del artículo 1° de la Carta Fundamental, a la par del principio de servicialidad del Estado y en estrecha referencia al bien común.

107 Véase VON BAER, Herinrich y PALMA, César. Política de Estado en Descentralización y Desarrollo Local y Regional. En: CEA EGAÑA, José Luis (editor). La sociedad chilena en el nuevo siglo. Tomo II, Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, Santiago, 2013, pp. 417-434.

108 ZÚÑIGA. Ob. Cit., p. 33.

Por último, celebramos muy especialmente la elevación a rango constitucional del derecho de acceso a la información pública¹⁰⁹, por la vía de una moción en actual trámite en el Congreso Nacional, pues, como señaló nuestro Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 634, se relaciona directamente no solo con la posibilidad de ejercer nuestros derechos sino que, también, con un efectivo accountability o rendición de cuentas de parte de la ciudadanía y respecto de sus autoridades.

109 Boletín N° 8805-07.

Bases de la Institucionalidad. Apuntes acerca de las Normas de Principio en la Nueva Constitución

Francisco Zúñiga Urbina¹¹⁰

I. Proemio: a la búsqueda de las “bases”

En el título del capítulo I de la Constitución se designan como “Bases de la Institucionalidad”, sustituyendo así a las redundantes “Bases esenciales de la institucionalidad chilena” del Acta Constitucional N° 2 (DL N° 1551, de 1976), o a las más sobrias fórmulas de las Constituciones históricas (capítulo I “De la nación”, capítulo IV “De la forma de Gobierno” y capítulo V “De la división de poderes” de la Constitución liberal de 1828, o capítulo II “De la forma de gobierno” y capítulo III “De la religión” de la Constitución conservadora de 1833, o el capítulo I “Estado, Gobierno y Soberanía” de la Constitución democrática de 1925), las que se han definido como un “marco de carácter valórico y conceptual” en donde se establecen los principios y valores básicos del ordenamiento jurídico chileno (STC Rol N° 167-93, c. 10° y Rol N° 280-98, c 12°).

La introducción del capítulo I como “Bases de la Institucionalidad” fue una de las materias que se discutieron al interior de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) en plena dictadura, uno de los antecedentes o fuentes de la Constitución vigente, más que fuente de su historia fidedigna. Dos cuestiones fueron en la CENC particularmente relevantes. La primera, la idea de contemplar “los principios básicos o fundamentales” que orienten el ordenamiento constitucional (CENC sesión 37). La segunda, la intención explícita de “darle contenido a la Constitución (de) un carácter estrictamente normativo, preceptivo, no programático” (CENC sesión 40).

Los miembros de la CENC estuvieron de acuerdo de conformar en un capítulo especial los principios y valores básicos del ordenamiento jurídico. Con ello se buscaba evitar la ambigüedad sobre la relevancia normativa de estos preceptos en el propio texto constitucional, en directo contraste con los preámbulos de ciertas cartas constitucionales.

Dentro del Capítulo de “Bases de la Institucionalidad” encontramos un plexo de decisiones fundamentales (Böckenförde)¹¹¹, a saber, encontramos los principios generales de dignidad, libertad e igualdad de las “personas” (art. 1, inc. 1°); la referencia a la familia y los grupos intermedios de la sociedad civil (art. 1, inc. 2° y 3°); el bien común como fin del Estado (art.1°, inc. 4°); los deberes generales o fines del Estado (art. 1°, inc. 5°); la forma jurídica del Estado (art. 3°); la forma política del Estado de gobierno republicano y democrático (art. 4°); la soberanía nacional, popular y del Estado y sus límites (art. 5°) las bases o principios de identidad del Estado de Derecho (arts. 6° y 7°), y los principios de probidad y publicidad (art. 8°).

Además, el capítulo I contiene un epocal artículo 9° que inscribe en lo que denominamos libremente el “derecho constitucional del enemigo”, y un artículo 2°, que enuncia los emblemas nacionales. Se sostiene, por una parte, que no sería necesario consagrar a nivel constitucional los emblemas nacionales y que esto es propio de materia de ley. Respecto del terrorismo, se cuestiona la forma de articulación del verdadero principio detrás del enunciado: la defensa de los derechos humanos. El terrorismo puede lesionar derechos fundamentales o derechos humanos; pero no puede constituir un principio en sí mismo, sino es lastrando una ficción acerca de la contradictoriedad con los derechos o las ficciones acerca de su naturaleza de “delito común” o de los institutos de gracia, “flexibilizados” mediante la reforma constitucional de 1991 (artículo 63 N° 16 CPR).

La doctrina y la jurisprudencia han ido definiendo la relevancia constitucional de las Bases de la Institucionalidad, en tanto capítulo de la Constitución. Un primer aspecto dice relación con la función sistémica

¹¹⁰ Abogado. Profesor titular de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile.

¹¹¹ Böckenförde, Ernst Wolfgang: “Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia”, Edit. Trotta, Madrid, 2000.

de los “principios y valores rectores”, en virtud del cual las Bases permiten entender de manera coherente y sistemática el sentido y alcance del resto de las disposiciones constitucionales (Silva Bascuñán)¹¹². En un sentido moderno, las decisiones fundamentales permiten identificar las formas de Estado y la “fórmula política”.

Un segundo aspecto se relaciona con su carácter interpretativo. La jurisprudencia constitucional estima que las Bases tienen un carácter normativo –siguiendo el criterio de la CENC– y no constituyen normas programáticas (STC Rol N° 46-87, c. 21°). Asimismo, el TC ha señalado que la Constitución debe ser interpretada en conformidad con lo que establecen las Bases de la Institucionalidad, especialmente cuando se aplican técnicas de interpretación sistemática y teleológica (STC Rol N° 19-83, c. 9° y Rol N° 53-88, c. 2°). Así, por ejemplo, en relación a la interpretación de los derechos fundamentales, el TC ha sostenido que deben “desecharse las interpretaciones constitucionales que resulten contradictorias con los principios y valores rectores. Así, frente a diversas interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que en la práctica imposibiliten la plenitud de su vigencia efectiva o compriman su contenido a términos inconciliables con su fisonomía” (STC Rol N° 1185-08, c. 13°).

Un tercer y último aspecto es la funcionalidad limitativa de los valores y principios del capítulo I de “Bases de la Institucionalidad” del poder estatal, en especial del artículo 5° inciso segundo de la Constitución que importaría un límite a la soberanía, o más propiamente a su ejercicio, y en tal medida un límite al poder constituyente derivado en conexión con un hipertrofiado y amorfo “bloque constitucional de derechos” (Nogueira Alcalá)¹¹³.

Ciertamente todos estos aspectos pueden ser problematizados, en particular el tercero relativo al bloque constitucional de derechos y el supuesto límite al poder constituyente de los “derechos esenciales”, pero lo relevante es determinar cómo las “normas de principio” fijan las “bases” de una Constitución pluralista en lo ideológico y abierta a las ideologías, tradiciones y culturas constitucionales que le sirven de sustento. Como bien lo observa Cea Egaña, en nuestro medio el poder constituyente no es neutro, y agregamos la Constitución no solo son normas de organización y funcionamiento de los poderes públicos, como pretenden ideológicamente algunos minimalistas¹¹⁴.

II. Estructura normativa e interpretación de la Constitución

El constitucionalismo moderno en sus diversas tradiciones o vertientes (liberal, democrática y social) admite como paradigma dominante un concepto normativo de Constitución distante del paradigma decimonónico de un concepto político, retomando así la tradición de los monarcómacos. Conforme a este concepto normativo, la Constitución es la ley suprema u orden jurídico fundamental, fruto de la autodeterminación política del pueblo y recipiente de compromisos que aquilatan, en un techo ideológico abierto o plural, todo lo que es determinante para los fines y estructura normativa de la Carta Política. Asimismo, la Constitución cumple ciertas funciones básicas y tiene un contenido usual: el estatuto del poder político estatal y el estatuto o carta de derechos, deberes y garantías constitucionales¹¹⁵.

La Constitución entendida desde una aproximación estructural como ley suprema, tiene dos dimensiones: es la norma básica de un sistema en la medida que determina la producción válida de las normas jurídicas de todo el ordenamiento jurídico (Kelsen), y es un subsistema de normas *iusfundamentales* que operan como reglas de competencia (Ross); un Derecho de la Constitución compuesto de dos partes:

112 Silva Bascuñán, Alejandro: “Tratado de Derecho Constitucional”, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV, p. 18-19

113 Nogueira Alcalá, Humberto: “Derecho Constitucional Chileno”, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 3 vol., Santiago, Tomo I, 2012, pp. 541-719, en especial pp. 602-693.

114 Cea Egaña, José Luis: “Derecho Constitucional Chileno”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 3 vol., Santiago, Tomo I, pág. 163.

115 Sobre la Constitución y el constitucionalismo histórico una sinopsis en el libro de Fioravanti, Mauricio, Constitución. De la antigüedad hasta nuestros días. Editorial Trotta, Madrid, 2001 y de Grimm, Dieter, Constitucionalismo y derechos fundamentales (Estudio preliminar A. López Pina). Editorial Trotta, Madrid, 2006, pp. 107-153. Sobre la Constitución formal-material un texto obligado de Otto Pardo, Ignacio de, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Editorial Ariel, Barcelona, 1985, pp. 28-56, y del mismo autor Lecciones de Derecho Constitucional. Introducción. Giastur Ediciones, Oviedo, 1980, pp. 79-107.

en el lenguaje del criticado dualismo tradicional, de un derecho objetivo y de un derecho subjetivo. De este modo, los principios de constitucionalidad: supremacía formal-material, valor normativo y eficacia normativa, no son sino consecuencia de su autoafirmación de supraordenación jerárquica de un sistema cerrado y completo de normas¹¹⁶.

Así, las normas *iusfundamentales* de conducta (dirigidas a los sujetos de derecho) y de organización (dirigidas al Estado), en el mismo lenguaje de Posada (tomado de Giner y Calderón) de la parte “dogmática” y de la parte “orgánica” de la Constitución, están enderezadas a tener eficacia normativa, directa o indirecta, positiva o negativa, con o sin desarrollo infraconstitucional, y vinculan a todos los poderes públicos y a todas las personas o sujetos; especialmente vinculan a los Tribunales de Justicia en la tutela del derecho propia de la función protectora-represiva que cumple el derecho, exigen de un custodio jurisdiccional supremo y obligan a una “interpretación conforme” a la Constitución.

En el fondo, las normas constitucionales asumen el carácter de normas o reglas de competencia en el sentido que establecen, habilitan, limitan u orientan el poder estatal; de suerte que las normas de conducta son reglas de competencia negativa o prohibitiva, puesto que fijan límites a la actividad del poder estatal, como ocurre con las normas relativas a derechos que delimitan un ámbito de personalidad (subjetividad y autonomía); y las normas de organización son reglas de competencia positiva o afirmativa, en la medida que son constitutivas de órganos, atributivas de competencia y procedimientos, y determinantes en la fijación de relaciones interinstitucionales, pudiendo, además, estas normas fijar directrices u orientaciones al poder del Estado o establecer pautas para la hermenéutica de la Constitución o de sus partes componentes, estableciendo programaciones, objetivos, medios y fines; como ocurre en nuestro país al concebir la Constitución a la Administración del Estado como una Administración para el desarrollo. Estas normas *iusfundamentales*, sean permanentes o transitorias, tienen una estructura normativa interna abigarrada, heterogénea y con notas características basales a las que nos referiremos a continuación, y que hacen a la peculiaridad de la Constitución.

De esta estructura normativa interna, y compatible con la distinción básica entre normas de conducta y normas de organización, es posible identificar, siguiendo los aportes de Huber, Scheuner y Rubio Llorente, las normas *iusfundamentales* siguientes: normas declarativas y principios fundamentales (normas de principio), normas de reconocimiento de derechos, normas de reconocimiento de garantías (institucionales, normativas y jurisdiccionales o procesales), habilitaciones, mandatos, prohibiciones y directrices a los poderes públicos, normas sobre producción de normas (incluidas las normas de reforma constitucional), normas de reenvío, y normas orgánicas (sobre organización y funcionamiento de órganos del Estado, normas de procedimiento, normas atributivas de competencias). Otro autor germano, K. Stern, nos propone como clasificación de normas constitucionales, la siguiente: normas de competencia, normas de creación de órganos del Estado, normas de procedimiento, normas de reforma o revisión constitucional, disposiciones normativas, normas sobre derechos fundamentales, normas sobre garantías, normas sobre estructura y fines del Estado, normas con mandatos constitucionales, normas jurídico materiales y normas jurídico organizatorias¹¹⁷. Huelga señalar que desde la heterogeneidad reseñada, las normas *iusfundamentales* pueden ser encuadradas tipológicamente en más de una de estas categorías taxonómicas.

La concepción dominante de la Constitución como ley suprema y su autorreconocimiento de valor y eficacia normativa permiten sostener que esta es el tronco a partir del cual todas las ramas del derecho nacen, y proyecta sus efectos duraderamente sobre tales ramas y, además, es en sí como subsistema normativo un derecho que bajo determinadas condiciones es directamente aplicable. Lo anterior conlleva en la teoría

116 Consultar a Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (trad. R. J. Vernengo). 7ª Ed. Editorial Porrúa-UNAM, México DF., 1993, pp. 232-235; y *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. E. García Maynez). 3ª Ed. UNAM, México DF., 1969, pp. 146-152. De Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. G. Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 1963, pp. 76-81 y “On the concepts ‘State’ and ‘State organs’ in constitutional law”, en *Scandinavian Studies in law*, N 5 (1961), pp. 11-129, y su traducción al español de Vásquez, E. A. en recopilación titulada: *El concepto de validez y otros ensayos*. 1ª Ed., 1991, 4ª Ed., 2001. Fontamara, México DF., 2001, pp. 73-92.

117 Consultar recopilación de trabajos de Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*. Editorial CEC, Madrid, 1993, pp. 88-89. También el libro de Requejo P., José Luis, *Sistemas Normativos, Constitución y Ordenamiento*. Mc Graw, Madrid, 1995. De Klaus, Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, (Trad. J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón). Editorial CEC, Madrid, 1987, pp. 265-279.

constitucional contemporánea a un cierto exceso bajo la etiqueta de “fuerza normativa” de la Constitución que hace de esta un demiurgo normativo, *deus ex machina* o totum normativo; que deviene en verdadera patología y que denominamos “fetichismo constitucional”, la que hemos criticado sistemáticamente en diversos trabajos, apelando a un sinceramiento y realismo mínimos. Esta patología tan extendida en la teoría constitucional y sus autores contemporáneos, por un lado ha “sacralizado” política y jurídicamente la Constitución declarándola suprema, inviolable y normativa, y por otro, a la hora de la verdad, enfrentados con el “barro del ídolo que ellos mismos han creado, se ven obligados a acudir a fórmulas incoherentes con sus posiciones dogmáticas” (Nieto). En el fondo, el “fetichismo constitucional” confunde la normatividad (valor y eficacia normativa) con la aplicación directa u “operatividad” de normas constitucionales o justiciabilidad y aquejados de un acendrado panjudicialismo refuerzan un amplio campo a la discreción del control jurisdiccional, introduciendo a los tribunales y al Tribunal Constitucional en la creación de derecho, exorbitando así su funcionalidad destructora (“legislador negativo”) de normas inconstitucionales o reintegrativa del ordenamiento jurídico.

Así, se puede dar cuenta de una estructura normativa interna y de fines de la Constitución, que hacen de esta un “marco abierto” o “abanico de posibilidades”, en razón de su extensión, polivalencia y diseño normativo iusfundamental, que determina los alcances del desarrollo normativo infraconstitucional, de la hermenéutica constitucional y de cuándo debe entrar a tallar la reforma constitucional con sus órganos y procedimientos preestablecidos o “poder constituyente derivado”¹¹⁸.

Constituye un tópico afirmar que el derecho constitucional es la juridificación de la política, expresión de la racionalización del poder propia del Estado moderno y su forma jurídico-política es el Estado de Derecho, y su síntesis con la forma política estatal: republicano-democrática, es la denominada “democracia constitucional” o “Estado constitucional”. A partir de este tópico se hace necesario establecer en la Constitución un techo ideológico, usualmente abierto o plural, y funciones precisas, por una parte, y una composición de normas constitucionales que exige una taxonomía adecuada y una estructura normativa interna, por otra parte, todo lo cual permite concebir a la Carta Política como “ley peculiar” o “naturaleza especial” (Linares Quintana) y, debemos añadir, distinta a la legislación.

Aquí es necesario recoger algunas ideas acerca de la estructura normativa interna iusfundamental y cómo esta estructura determina su desarrollo infraconstitucional y su hermenéutica. En este sentido nos recuerda Martínez Sospedra: *“La afirmación de la Constitución como ley peculiar se debe tanto a su especial significación política como a su no menos especial posición en el ordenamiento, y ello tiene reflejo tanto en las técnicas de redacción de la Constitución misma como en las funciones que en el sistema jurídico la ley fundamental cumple. Finalmente, tiene un papel decisivo a la hora de afrontar una cuestión capital en un Estado como el nuestro en el que la Constitución es norma de aplicación directa y existe un sistema organizado y eficiente de justicia constitucional, a saber, el problema de la interpretación de la Constitución misma”*. En suma, observa Hesse, las normas *iusfundamentales* son peculiares por su rango o posición jerárquica, clase de sus reglas, condiciones de su validez y su capacidad para imponerse a la realidad social; lo que obliga a armonizar la supremacía y vinculación a la Constitución con su carácter abierto, indeterminación y amplitud de sus normas, en su lenguaje y estructura; permitiendo concluir lógicamente que estas normas “no son completas ni perfectas”¹¹⁹.

118 Sobre la interpretación y sus reglas consultar a Wroblewski, J., Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Editorial Tecnos, Madrid, 1985, y Alonso, Enrique, La interpretación de la Constitución. Editorial CEC, Madrid, 1984. En el continente un texto clásico, muy citado por la jurisprudencia constitucional, es de Linares Quintana, Segundo V., Reglas para la Interpretación Constitucional según la doctrina y jurisprudencia. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.

119 Martínez Sospedra, Manuel, Estado y Constitución. Una introducción. Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1991, p. 257, y Derecho Constitucional español. Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1995, pp. 68-72. Del eminente jurista germano Konrad Hesse se consulta su trabajo introductorio en la obra colectiva Manual de Derecho Constitucional. IVAP-M. Pons, Madrid, 1996, y Escritos de Derecho Constitucional (trad. P. Cruz Villalón). Editorial CEC, Madrid, 1983, p. 17. También del administrativista español Alejandro Nieto, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”. RAP, Nº 100/02, Vol. 1, 1983, recogido en recopilación Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración. Editorial CEPC, Madrid, 2001, pp. 85-123.

Por otra parte, resulta tradicional para los operadores jurídicos formados por largo tiempo en una cultura legiscentrista el empleo de reglas y criterios hermenéuticos consolidados, v.gr. las reglas de Savigny, esenciales para la interpretación y aplicación de la legislación, en torno a las cuales se han diseñado las principales técnicas de hermenéutica. Ello contrasta con la hermenéutica constitucional en que la “naturaleza especial” (Linares Quintana) o de ley peculiar que posee el Derecho de la Constitución, determina reglas hermenéuticas específicas. La ley y la legislación tienen una finalidad distinta de la ley constitucional y su estructura o diseño difiere notablemente del de esta.

La ley y la legislación están diseñadas, nos advierte Martínez Sospedra:

1. “Para el desarrollo y aplicación de políticas sectoriales y concretas. La ley ordinaria es, normalmente, una ley dirigida a ordenar un sector concreto de la sociedad, y a ordenar dicho sector de la realidad social en razón de una política determinada, escogida por el legislador de entre una pluralidad de políticas posibles. Por muy amplio que sea el campo normativo de la ley ordinaria, este es siempre sectorial y expresa, por ello, una ordenación inspirada en políticas asimismo sectoriales.
2. Proporcionar, en la medida de lo posible, una solución legal única a cada problema. En tanto que instrumento de una política concreta la ley ordinaria está diseñada para dar en cada caso una solución legal única o una gama muy reducida de soluciones legales estrechamente ligadas o emparentadas entre sí. En la medida de lo posible, el ideal de la ley ordinaria es la univocidad, obtener el resultado de un significado único, preciso, de cada uno de sus enunciados, siendo en este sentido el caso extremo el de las normas penales. Ideal de univocidad que es consecuencia del propósito político unitario, y del carácter sectorial de la ley, y que explica la utilización intensiva por el legislador de la terminología técnico-jurídica, dado que esta está diseñada, precisamente, para reducir la equívocidad mediante la precisión conceptual y terminológica.
3. La huida del lenguaje ordinario. La consecuencia necesaria de este planteamiento es la búsqueda de un lenguaje peculiar para expresar y comunicar las normas, de donde una tendencia muy marcada a la especialización terminológica en las diversas ramas del saber jurídico. La exigencia del lenguaje técnico-jurídico propio de cada rama del Derecho, que vienen referidas a grandes áreas o sectores de la realidad social, así como la afirmación de la autonomía que cada una de aquellas reclama para la fijación de sus propios conceptos entrañan el progresivo abandono del lenguaje común como instrumento para expresar las normas a favor de la terminología propia de cada rama del Derecho. Lo que, dicho sea de paso, aleja de la norma al ciudadano común y dota de una no despreciable influencia política a esa suerte de opinión pública de los juristas que llamamos “la doctrina”.
4. Una duración limitada. El propósito ordenador directo de la ley ordinaria conduce a la limitación de la vida de la misma. En una sociedad en rápido cambio de las condiciones económicas, técnicas, sociales, etc., una normativa que buscar ordenar un sector de la realidad social para orientarlo según opción política concreta está fuertemente sujeta al condicionante de la cláusula *rebus sic stantibus*. La ley ordinaria nace con vocación de permanencia, pero su fundamental propósito ordenador de un sector concreto en una realidad social en rápido cambio surte una fuerte permanencia en aquellos sectores de la realidad en los que los cambios son muy lentos o inexistentes, en los que las inercias son extremadamente fuertes, en la medida en que tales sectores tienen una importancia reducida –y aún menguante– en la sociedad moderna, lo que caracteriza a la mayoría de aquellas es, ciertamente, su escasa estabilidad.
5. La importancia de la solución más legal. Es el objetivo de la ley ordinaria. En tanto que instrumento de una política sectorial concreta de ordenación la efectividad de la norma ordinaria exige la imposición de los operadores jurídicos una estrecha vinculación por la ley. Por ello, administrar la ley es ejecutar la ley. La ley no se limita a habilitar a los poderes públicos y a los particulares para desarrollar actividades de aplicación que, de alguna manera, son discrecionalmente escogidos por estos, la ley impone a sus administradores no un marco o unas orientaciones genéricas, sino unas prescripciones detalladas que

conducen a una gama muy reducida de opciones entre las que el administrador tiene que optar, en el mejor de los casos y, si es posible, imponer una solución única”¹²⁰.

En cambio, huelga decirlo, la norma constitucional se halla muy alejada del diseño referido, obedece a finalidades distintas, tiene un campo de aplicación diferente, se redacta mediante técnicas propias, tiene una amplia vocación de permanencia y no busca tanto prescribir políticas como limitar las opciones que los actores políticos pueden escoger legítimamente, usualmente con techo ideológico abierto. Martínez Sospedra nos dice: “*La ley constitucional difiere de la ley ordinaria por una razón fundamental: el objeto propio de la ley constitucional no es un sector de las relaciones sociales, sino su totalidad; la finalidad de la ley constitucional no es establecer ordenaciones con vistas a la imposición de políticas concretas, sino establecer un marco general de relaciones jurídicas que, determinando los modos, condiciones y formas de producción de reglas de Derecho, permita el desarrollo en normas concretas-ordinarias de políticas diferentes*”. Usando un símil singularmente adaptado, el objeto propio de la Constitución es establecer “las reglas del juego político y no diseñar las singulares estrategias y tácticas del juego mismo”; ya que la Constitución condensa derecho y política en un orden fundamental o marco, lo que la aleja de poseer un “carácter sacro” (Nieto), más bien su carácter es derechamente profano.

De lo expuesto, podemos enunciar las características basales del diseño o estructura normativa de la Constitución, que como hemos dicho es esencial para determinar el alcance de su desarrollo infraconstitucional y de su hermenéutica. De estas características basales subrayamos con Martínez Sospedra las siguientes:

1. “La Constitución es un marco general. No hace falta recurrir a la noción clásica de la Constitución como actualización del contrato social para convenir que la función propia de la ley fundamental es establecer la ordenación general del Estado, esto es establecer aquellas reglas jurídicas que determinan quién está legitimado para ejercer el poder público, en qué condiciones y con qué límites puede el mismo ser legítimamente ejercido y que finalidades generales, en cuanto constituyen un auténtico proyecto político de Estado, deben ser perseguidas mediante las diferentes políticas concretas cobijables bajo la Constitución misma. Si la Constitución es la norma de cabecera del ordenamiento, en la que diversas ramas del mismo entran sus respectivas “*têtes de chapitre*” se debe precisamente a ese hecho.
2. La Constitución es norma de vocación pluralista. Por su propia naturaleza, la Constitución no es norma llamada a prescribir políticas concretas, antes bien es norma dirigida a establecer la estructura general del ordenamiento y a facilitar, de este modo, la definición, la adopción, el desarrollo y actuación de una pluralidad de políticas concretas. No hay una sola política constitucional, la Constitución ampara una diversidad de políticas posibles y se limita a excluir, de la totalidad de las políticas adoptables, tan solo aquellas que no son compatibles con la ordenación general de la sociedad que la misma prescribe, con el proyecto de Estado que la misma incorpora. Nos encontramos aquí en las antípodas de la ley ordinaria. En términos generales nunca hay una solución única, una sola solución constitucional a los problemas que se presenten, siempre hay diversas políticas legítimas sobre sectores concretos dentro del marco constitucional, expresión que difícilmente puede ser más ilustrativa.
3. La Constitución no contiene, como regla general, normas inspiradas en el propósito de lograr una solución única. La consecuencia resulta obvia tras lo dicho. La apertura a una pluralidad de políticas (sobre cualquiera de las materias no contempladas por la Constitución, e incluso sobre aquellas que la Constitución de algún modo contempla), implica la limitación de la norma constitucional a la fijación de normas generales de orientación que pueden ser concretadas en orientaciones políticas diversas y, por tanto, en normas ordinarias también diversas. De ahí que las técnicas de redacción de la Constitución sean diversas a las de la ley ordinaria y que, en consecuencia, la interpretación constitucional tenga exigencias diferenciadas.
4. La Constitución tiene vocación de perpetuidad. Lo que no es más que una consecuencia de su naturaleza de ordenación general, de norma de cabecera y marco de las demás normas. Ello exige, asimismo, técnicas

120 Martínez, Estado, cit. nota n. 5, pp. 258-260.

redaccionales y de interpretación peculiares, y es la causa final de determinadas instituciones, destinadas a garantizar la continuidad del ordenamiento general mediante su adaptación. Esa es la razón de ser de la jurisprudencia constitucional o de los sistemas de reforma constitucional.

5. Legislar no es ejecutar la Constitución. Por tanto la relación entre la Constitución y las normas ordinarias no es homologable a la que pueda existir entre la ley ordinaria y las normas subordinadas a la misma. No existiendo una única solución constitucional, una sola ordenación de materia concreta que complete y agote las posibilidades constitucionales, más bien al contrario, al existir siempre una pluralidad de opciones constitucionalmente legítimas la opción por un determinado tipo de ordenación legal ordinaria entra dentro de la esfera de acción legítima del legislador, del Parlamento, siempre que no entre en contradicción con el orden vinculante de convivencia constitucionalmente fijado”¹²¹.

Establecida esta cuestión, la Constitución, dado que busca finalidades diferentes a la ley y a la legislación y dado que posee un diseño o estructura normativa distinta, no es susceptible de ser redactada de acuerdo con las mismas técnicas de aquélla, ni puede ser interpretada del mismo modo.

Junto al diseño y estructura normativa de la Constitución, y en razón de sus principios: supremacía, valor normativo y eficacia normativa, posee una estabilidad normativa consecuencia de su jerarquía en el sistema, la que es asegurada a través de la técnica de la rigidez, cuando no también a través de la imposición de límites materiales o “cláusulas de eternidad” al poder de reforma constitucional, límites que no están presentes en nuestro Derecho de la Constitución, el cual admite en iter complejo la reforma total y parcial, diferenciando quórum ordinario y extraordinario por capítulos del texto constitucional.

Tal rigidez y jerarquía de la Constitución en el sistema no excluyen la elasticidad espacial y temporal de las normas constitucionales, elasticidad que deriva de la “polivalencia semiológica” de las palabras y de las locuciones empleadas y de sus conexiones. En cuanto a “palabras”, “locuciones” y sus “conexiones” Predieri señala: *“Unas y otras son escogidas a menudo por su elevado grado de elasticidad, por ser umbestimmte Begriffe. Se recurre a ellos para dejar amplios márgenes al Poder Legislativo, o normativo, ya en sentido espacial, para la precisión extensiva o reductiva de los conceptos a través de normas de grado inferior, ya en dirección temporal. En esta última los cambios de campo semántico actúan de modo complejo. En parte por las variaciones en el lenguaje común o en las jergas de especialistas, a las que la normativa recurre cada vez más, pero más a menudo aún por las variaciones del lenguaje normativo y judicial, y del metalenguaje de los juristas”*¹²².

La Constitución como “orden fundamental”, “marco general” o “abanico de posibilidades”, exige el recurso a técnicas peculiares, las normas de cabecera o “têtes de chapitre” a que se refería P. Rossi en los albores de la disciplina a mediados del siglo XIX, las que deben satisfacer exigencias que no se hallan presentes en la ley y legislación. En este orden de ideas, son cuatro las técnicas más usuales y extendidas en la conformación de las normas constitucionales: el uso abundante de la normación incompleta, la frecuencia del recurso a conceptos jurídicos indeterminados, la mayor relevancia del lenguaje ordinario y la relativa rareza del recurso al lenguaje técnico-jurídico y el uso frecuente de la remisión normativa.

En palabras de Martínez Sospedra, el lenguaje con que se escribe la Constitución recurre a las técnicas siguientes:

1. “El recurso a la técnica de la normación incompleta. Una característica llamativa del lenguaje constitucional es la frecuencia con la que a la hora de definir las normas constitucionales se recurre a la técnica de la normación incompleta. Dicho recurso implica, en primer lugar, que la Constitución establece una parte de la normación de una institución, materia o asunto, pero tan solo una parte de la misma. En segundo lugar, que el texto constitucional llama al legislador ordinario a completar el programa normativo que el propio texto ha dejado incompleto, de tal modo que este debe realizar su tarea marcado por aquella

121 Martínez, Estado, cit. nota n. 5, pp. 261-262.

122 Predieri, Alberto, “El sistema de las fuentes del derecho”, en libro colectivo La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático. 2º Ed., 1981, Reimp., 1988. Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 202.

parte de la normación constitucionalmente fijada, que le viene impuesta por razón de la supremacía de la norma constitucional. En tercer lugar que, pese a ello, el legislador cuenta con un apreciable margen de maniobra, con una esfera de acción en el seno de la cual si bien la producción normativa viene vinculada parcialmente por la norma constitucional, el Parlamento cuenta con un margen de acción, con una esfera de discrecionalidad importante, que lo es tanto más cuanto más incompleta sea la norma constitucional. En cuarto y último lugar que la Constitución renuncia a la aplicación inmediata y directa de su propia norma precisamente por razón de la voluntaria incompletion, sustituyendo esta por un mandato dirigido al legislador para que éste complete la normación constitucional, ejerciendo una discrecionalidad reducida que, empero, permite una pluralidad de normaciones de desarrollo y concreción. De este modo la determinación concreta de la ordenación de materias, figuras, órganos o instituciones depende de la colaboración entre el constituyente y el legislador ordinario, instrumentada mediante el deber de producción normativa que recae sobre este último y sobre el reparto del programa normativo efectivo por la Constitución. Como consecuencia, la normación correspondiente se descompone en dos elementos: uno permanente, dotado de la supremacía propia de la ley fundamental, que se impone al Parlamento, otro complementario del anterior, variable con el tiempo, las opciones políticas de la mayoría parlamentaria y las necesidades del proceso político o el cambio social. La razón de ser del recurso a esta técnica, que permite combinar elementos permanentes y variables en una misma normativa, es doble: de un lado permitir una ampliación notable del campo de acción de pluralismo político, de las mayorías cambiantes, sin necesidad de establecer un núcleo normativo completo dotado de la estabilidad propia de la Constitución, del otro facilitar la adaptación de la ley fundamental a las cambiantes circunstancias políticas y sociales, sin perjuicio de afirmar un núcleo normativo permanente [...].

2. El uso abundante de conceptos jurídicos indeterminados. Si bien el uso de conceptos jurídicos indeterminados no es per se una característica de la formación constitucional, no obstante sí lo es la abundancia e importancia de su uso en la ley fundamental. Aunque más destacada en unas partes de la Constitución que en otras [...] resulta llamativa la particular afición del constituyente por esta técnica. La razón de ser de tal uso no es difícil de determinar y está ligada a la vocación de permanencia de la ley fundamental. Como es bien sabido, tales conceptos tienen como característica esencial el carecer de un significado preciso, aunque este es concretizable por los operadores jurídicos y concretizable, en su caso, por jurisdicción.

Pues bien, en el lenguaje constitucional su abundante presencia se debe al hecho de que no se limitan a operar como cláusulas de cierre de la normativa concreta, como suele suceder en su uso en la legislación ordinaria, sino que, sin perjuicio de cumplir dicha función, establecen una normativa constitucional imprecisa pero determinable mediante el recurso a conceptos de orden jurídico, pero también sociológico, político, cultural, etc., que dota de flexibilidad a la formación constitucional, permite la evolución de la Constitución viva sin necesidad de recurrir a los costes y riesgos de la revisión constitucional y sin cesuras en la continuidad de la formación misma. De ahí su uso intensivo en aquellas partes de la Constitución de carácter más acentuadamente doctrinal, más allá del uso tradicional de las cláusulas de cierre, que también se da.

Naturalmente ello no facilita la tarea de la interpretación constitucional, no es casual que sea en torno a tales conceptos donde se halle el punto nodal de la querrela, tradicional en el constitucionalismo norteamericano, entre los partidarios de la *strict construction* y quienes sostienen la actualización de la ley fundamental, entre otras cosas porque obliga a un recurso intensivo a técnicas peculiares de interpretación y tiende a acentuar la función práctica del recurso a los principios y orden de valores de la Constitución, pero, en contrapartida, su uso tiene ventajas evidentes. Desde luego el problema que el uso de tales conceptos plantea es creciente con el tiempo, pues obviamente recursos interpretativos de gran autoridad y certeza –como el recurso a los trabajos parlamentarios como medio de acreditación de la “voluntad del constituyente”– ven su valor drásticamente disminuido con el transcurso del tiempo en cuanto al contenido de estas cláusulas se refiere [...].

3. El uso del lenguaje: preferencia por el no técnico. No hace falta comulgar con quienes ponen el acento en la función pedagógica de la Constitución, ni en quienes subrayan su utilidad a efectos de propaganda, para tomar nota del hecho de que las Constituciones tienden a emplear con frecuencia en sus textos el lenguaje ordinario o, por decirlo de otro modo, que no emplean el lenguaje técnico-jurídico con la asiduidad con que lo emplea el legislador ordinario. Las razones de esta conducta son varias, y algunas de ellas deben resultar evidentes a la vista de lo que llevamos dicho. En efecto, la mayor relevancia del lenguaje no técnico implica, en primer lugar, el deseo de huir de una legislación diseñada para procurar una solución legal única o, dicho en términos positivos, la voluntad de hacer posible una pluralidad de desarrollos legislativos posibles de las normas constitucionales concretas; en segundo lugar permite una mayor flexibilidad de la formación constitucional, al estar el lenguaje ordinario más abierto a la mutación del significado de sus términos que el técnico-jurídico; en tercer lugar habría que señalar que el uso del lenguaje ordinario hace más fácil la inteligencia de la Constitución por los legos en derecho y que, en consecuencia, facilita el control del cumplimiento de la misma y de sus desviaciones, tanto por los ciudadanos como por los medios de comunicación, amén de permitir una más fácil difusión de su conocimiento. De ahí la importancia que tiene la forma literaria en el cumplimiento de las funciones políticas que está llamada a desempeñar la Constitución.

A diferencia de lo que sucede con la técnica anterior, la presente no ofrece especial cualificación en su uso por razón de la materia, el uso de expresiones ordinarias es común en todas las partes de la Constitución, si acaso señalar la particular relevancia del mismo en la formulación de las normas de principio, cuya importancia resulta obvia [...].

4. El uso abundante de las normas de principio y de la remisión normativa. Por último, los textos constitucionales hacen un uso intenso de las normas de principio y de las remisiones normativas. La razón de ello es simple. Por lo que toca a las primeras, las mismas tienen su espacio natural en la Constitución por razón del objeto de la misma. Si este es el establecimiento de la estructura general del orden vinculante de convivencia, así como del sistema de ordenación general y de dirección de la sociedad (por eso es Constitución “política”), va de suyo que el tipo de normas que mejor se adapta a ese objeto es, precisamente, el de las normas de principio, en cuanto que estas establecen ordenaciones muy generales, verdaderas “reglas de organización” del campo normativo al que se refieren [...]. Por lo que toca a las segundas su uso frecuente en la ley fundamental se debe a razones a estas alturas obvias. El grado máximo de flexibilidad y capacidad de adaptación de la Constitución, y uno de los métodos que mejor se acomodan a su carácter de ordenación general es precisamente la remisión normativa. No obstante, se hace necesario añadir que su notable aumento en las Constituciones democráticas se debe a otra razón, no necesariamente menos noble: la necesidad de negociación entre fuerzas políticas y sociales divergentes —e incluso antagónicas— para formular una Constitución democrática viable puede tropezar con el obstáculo de regulaciones sobre las cuales el consenso es momentáneamente imposible. La remisión normativa constituye, entonces, una técnica particularmente indicada a la hora de establecer lo que Schmitt denominó, no sin cierta ironía, ‘compromisos dilatorios’¹²³.

Así, el uso indistinto por parte del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial de categorías jurídicas constitucionales de naturaleza diversa para resolver casos similares —al menos en cuanto a las normas en cuestión— produce un peligro de vaciamiento y desconstitucionalización de la Constitución; naturalmente, no por el necesario desarrollo infraconstitucional de sus normas, el cual se vale especialmente de la “elasticidad” espacial y temporal de estas. Tal elasticidad va de la mano de un cambio en el lenguaje de los operadores del derecho (legisladores, políticos, jueces, juristas) y de los destinatarios del poder, que dice relación con las interacciones de la sociedad, la política y el Estado, y que son reflejo de las posiciones de poder que se ocupan y de las consabidas ideologías en sentido fuerte y débil del término, que sirven para enmascarar o justificar decisiones. Este es un vaciamiento y desconstitucionalización tácitas por obra de las

123 Martínez, Estado, cit. nota n. 5, pp. 263-268.

magistraturas, en el marco de la elasticidad de las normas constitucionales, necesarias para el desarrollo y adaptación de la Constitución a la realidad, ya que observamos una relación dialéctica entre normatividad y facticidad.

Una lectura distinta conduce a yerros y peligros: primero, el vaciamiento de la Constitución por el Tribunal Constitucional o de los jueces bajo el pretexto de la interpretación oficial conduce a desconstitucionalizar la Constitución y convertir las decisiones judiciales en la fuente genética del contenido constitucional, y de esta manera de rematerializar la Constitución; con total prescindencia de la forma.

La forma-jerarquía de la Constitución está dada por su fuente: la potestad constituyente originaria o derivada, y solo tal forma puede albergar la materia o contenido constitucional. Normas de conducta y normas de organización, en suma reglas de competencia, que por su estructura son de textura abierta.

Luego, es un peligro no menor asociado estrechamente a los anteriores, el quebranto del principio democrático que está en la base del edificio estatal y del plexo de potestades públicas o normativas, y del cual pende el principio de jerarquía normativa, y el quebranto de la supremacía de la Constitución, al quedar expuesta la Constitución a su desconstitucionalización y rematerialización. Es menester tener presente que la forma hace a la materia constitucional, y tal forma ancla el principio de jerarquía normativa y su expresión específica en este nivel: los principios de constitucionalidad (supremacía, valor normativo y eficacia normativa), al principio democrático que da soporte a la potestad constituyente.

Precisamente las garantías normativas de estabilidad de las normas *iusfundamentales* como la rigidez y los quórum supramayoritarios descansan en un principio democrático que le da soporte al principio de jerarquía normativa y que exige del poder constituyente no solo mayorías reforzadas sino de un verdadero pacto que refleje un proceso ampliamente deliberativo (representativo) y participativo en la génesis de una Constitución democrática.

De la manera expuesta, la Constitución concebida como un ordenamiento marco y abierto, un orden jurídico fundamental, y no un código constitucional exhaustivamente regulador, encuentra en la “reforma constitucional” y en la “interpretación constitucional”, las vías de su actualización y “concretización”; si bien la interpretación oficial –la realizada por los tribunales y los órganos del Estado que ejecutan y controlan el cumplimiento de la Constitución– así como por la comunidad de juristas es una consecuencia propia de constituciones democráticas, en orden a que su carácter abierto y techo ideológico plural, permite que el sistema jurídico-político (dinámica, cambio y adaptación) refleje las opciones políticas concretas en cada momento histórico; con lo cual el lenguaje escrito de la Constitución que arrastra problemas de ambigüedad (semántica, sintáctica y contextual), vaguedad (intencional, extensional, combinatoria, gradual, etc.), de “textura abierta”, entre otros; en su indeterminación, incomplitud, apertura, resulta virtuoso o útil simplemente, ya que posibilitan el consenso intergeneracional bajo un “gran paraguas”, en que el desarrollo infraconstitucional e interpretación constitucional queda abierta a los poderes públicos y operadores jurídicos, y lo que es más importante a la ciudadanía, partidos y movimientos en un espacio público de deliberación acerca de lo político constitucional¹²⁴.

Tal textura abierta de las normas constitucionales y su lenguaje puede terminar siendo una condena, al hacer realidad ese postulado inaceptable en un sistema democrático en orden a que la Constitución es lo que los jueces dicen que es, rememorando a Evans Hughes, y ese poder como bien observa Kelsen es “insoportable”, nos enfrenta no solo al gobierno de los jueces sino a la dictadura de las minorías togadas. Tal postulado nos hunde en las patologías del fetichismo constitucional y del activismo judicial, potenciados por el constitucionalismo de postguerra y en especial post 1989, en que la democracia constitucional emerge como el fin de la historia, y que aflora en esa teoría y meta-teoría denominada neoconstitucionalismo que paradójicamente tanta fortuna hace en América Latina.

124 Consultar a Aguiló, Josep, La Constitución del Estado Constitucional. Editorial Temis- Palestra, Colombia, 2004, pp. 135-146. También es de utilidad la monografía de Moreso, Juan José, La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución. CEPC, Madrid, 1997. También a Santamaría, Principios, cit. nota n. 22, pp. 181-191.

El neoconstitucionalismo se funde así con la sustantivación de la democracia política de postguerra: la democracia constitucional, un verdadero oxímoron.

III. Techo ideológico de la Constitución: decisiones fundamentales en normas. Breves consideraciones acerca del Estado, la sociedad y la economía

La Constitución debe optar por una concepción personalista del Estado en que éste no es solo un sistema de potestades sino un sistema de garantías. Por ende, la Constitución, que es una ordenación jurídico-fundamental del orden político, debe contener en su frontispicio un conjunto de decisiones fundamentales (Böckenförde), que dicen relación con la persona humana, la forma del Estado y del Gobierno y las relaciones de éste con la sociedad y la economía. De la mano del personalismo y concepción mecánica del Estado, no natural o sobrenatural, está la concepción vicarial del poder político que hunde sus raíces en el republicanismo moderno.

El déficit democrático y la imposición ideológica de la Constitución de 1980/2005 en su origen y en el contenido ideológico-normativo que la constituye, así como la eficiencia y representatividad de su arreglo institucional, nos exige, como sociedad democrática, plural y deliberante, a un análisis prospectivo constitucional, que arribe a identificar las bases de una “Nueva Constitución”.

En efecto, el diseño constitucional que nos rige, impide el ejercicio efectivo de la soberanía por parte del pueblo, bajo el pretexto de una “soberanía de la Constitución”, ya que hace imposible que la mayoría prevalezca a la hora de decidir acerca de los asuntos públicos más fundamentales; desconoce, de igual manera, a las minorías en el desarrollo de las políticas públicas, y carece absolutamente de una intervención estatal de planificación económica que acoja los requerimientos de miles de ciudadanos que se encuentran en el desamparo. En razón de lo anterior, hemos generado una sociedad que desconoce, ignora o reniega de la representatividad política de los cargos, al diagnosticar la imposibilidad de innovar en las políticas públicas, por el techo ideológico neoliberal dispuesto en la Constitución 1980/2005.

En razón de lo anterior, se proponen un conjunto de “bases” acerca de las decisiones fundamentales que la Nueva Constitución debe hacer sobre el Estado, la persona, la sociedad y la economía, así como las relaciones de estas.

1. El Estado social y democrático de Derecho.

El Estado social y democrático de Derecho consagra el principio fundamental de que el Estado no puede dejar en el desamparo a quienes se encuentran excluidos por motivos sociales, culturales y económicos, excluidos del desarrollo y la modernidad. Las libertades públicas y los proyectos de vida, que cualquier persona desea adoptar, dependen de que existan las condiciones sociales y económicas de poder decidir y esto no sucede cuando concurren en ella un conjunto de hechos que constituyen desventajas insalvables tanto en el punto de partida como en la carrera por la vida. El Estado social descansa en un concepto basal de “ciudadanía social” entendido como un estatus que se concede de pleno derecho a una comunidad, fundiendo integración e igualdad a través de derechos y deberes de las personas y sus colectivos (Thomas H. Marshall). Por esta razón, resulta importante reflejar los valores centrales de una nueva forma de comprender las intervenciones públicas, bajo la óptica de un Estado social y democrático de derecho. Como bien observaba el decano Duguít al teorizar *avant la lettre* acerca del servicio público, el desafío es dejar de concebir al Estado solo como un sistema de potestades, sino también como servicios públicos dispuestos a la provisión de bienes públicos.

El Estado de Derecho es una forma jurídico-política de Estado que surge con las grandes revoluciones francesa y americana del siglo XVIII y que actualiza el viejo ideal de gobierno de la ley, forma estatal en que el principio de legalidad se convierte en la medida de toda autoridad legítima y, además, en un límite en el ejercicio del poder, a fin de salvaguardar los derechos individuales. De este modo, el Estado de Derecho es una creación del liberalismo, que en el siglo XX es complementada y superada por el Estado social y democrático de derecho, que surge en el período de entre guerras como una teorización socialdemócrata y que después de la Segunda Guerra Mundial se convierte paulatinamente en una fórmula de compromiso plural en lo

ideológico y fundacional del Estado de las democracias contemporáneas. El Estado social y democrático de Derecho complementa el Estado liberal, no lo niega, ya que preserva el principio de legalidad, pero le impone al Estado un conjunto de cometidos en relación a las personas, a la sociedad civil y en la economía; superando un Estado gendarme o mínimo para reconocer un Estado máximo que procura la salvaguarda de derechos económicos, sociales y culturales reflejo de necesidades públicas impostergables tales como educación, salud, renta básica, trabajo, sindicación, descanso, previsión social, vivienda, entre otros.

El Estado social y democrático de Derecho es un Estado fuerte; ya que no es solo un Estado regulador, sino también un Estado gestor de servicios y de fomento, y empresario; pero que compatibiliza la actividad pública y privada en la economía y la sociedad. Luego el Estado social y democrático de Derecho es un Estado social en la medida en que es un Estado fuerte, con musculatura, dotado de recursos humanos profesionales calificados por sus méritos y vocación de servicio, en suma, un Estado eficiente para cumplir sus cometidos, pero no un Estado hiperburocrático capaz de ahogar fiscalmente a la economía del país o sustituir o desplazar la esencial iniciativa privada o emprendimiento empresarial.

Esta forma jurídico política de Estado es una concepción sostenida por la socialdemocracia europea de la segunda postguerra, que define al Estado en un rol activo en las políticas públicas, en la economía y sus vínculos con la sociedad civil. De este modo, el Estado adquiere el compromiso o cometido social de crear las condiciones, instituciones o normas que permitan asegurar el acceso y pleno ejercicio de los derechos humanos, tales como vivienda, salud, educación, servicios básicos, etc. Asimismo, la concepción de un Estado social y democrático compromete al Estado a adoptar decisiones progresivas a la plena satisfacción de los derechos, con una prohibición de amparar políticas regresivas o contraproducentes a las vigentes.

2. República democrática, representación y participación

Las constituciones históricas en Chile han empleado diversos términos para designar la forma política del Estado, a saber: “república representativa popular” (art. 21 de la Constitución de 1828), “gobierno popular representativo” (art. 2 de la Constitución de 1833), gobierno “republicano y democrático representativo” (art 1 de la Constitución de 1925) y la sobria “república democrática” (art. 4 de la Constitución de 1980), entre otras. Las constituciones históricas de nuestro país imprimen un sello a la forma política del Estado, que es la opción por la república, es decir por la temporalidad en el ejercicio del poder, la electividad de las autoridades del Estado y la responsabilidad en el ejercicio del poder.

En la actualidad, la ciudadanía solicita más instancias de representación y participación, lo anterior ha permitido diversas reformas legales que han dispuesto, por ejemplo, las primarias, la participación en la generación de políticas públicas conforme a la Ley N°18.575, acceso a la información pública, etc.

De esta manera, es necesario consagrar mecanismos de participación directa de la ciudadanía, como el referéndum, iniciativa popular de ley y revocatoria de autoridades. Asimismo, crear mecanismos de participación y diálogo social, a través de un Consejo Económico y Social, que tendrá por objetivo ser un órgano consultivo, integrado por cuerpos intermedios de capital, trabajo y profesiones agremiadas.

Finalmente, es indispensable reforzar los derechos de la ciudadanía vinculados a la democracia, representación y participación, haciendo efectivo el sufragio en el extranjero, un derecho de asociación política genérico y de asociación político partidista específico, y un derecho de acceso a la información pública.

Para una Nueva Constitución identificamos a la república como su seña de identidad política, pero fundada en los principios de representación y de participación. La forma política republicana adscribe a una forma de Estado propia de la modernidad y a las democracias contemporáneas de tipo pluralista que se consolidan en Occidente después de la Segunda Guerra Mundial, y que influyen decisivamente hoy en nuestra América Latina. Tales democracias no son solo democracias representativas o directas fundadas en elecciones periódicas sino también democracias participativas o semidirectas que completan las elecciones periódicas con un conjunto de técnicas de participación del pueblo en las decisiones públicas en diversos niveles territoriales, como la revocatoria, referéndum, las consultas y la iniciativa popular de ley, en todas sus variantes.

De este modo, la república democrática se asienta simétricamente en los principios de representación y participación, fundando una democracia moderna sólida y estable.

3. Estado regional

Desde la fundación del Estado nacional Chile, ha sido un Estado unitario con fuertes elementos de centralización política, herencia del molde afrancesado del Estado jacobino- napoleónico con el breve interludio del ensayo federal. De esta suerte, se impone hoy la asunción de una nueva forma jurídica del Estado que retome la tradición municipalista y dé un salto cuantitativo y cualitativo en la distribución territorial del poder político fortaleciendo la regionalización y evitando la provincialización regresiva de este proceso.

Un Estado regional reconoce en la región el motor de desarrollo y un centro de decisiones administrativas que se funde en el principio democrático. De este modo, se hace necesaria la elección directa de los consejos regionales por la ciudadanía regional y la elección directa del presidente o intendente del Gobierno Regional, la máxima autoridad administrativa de la región; quedando reservado al delegado del presidente o prefecto la función de gobierno de la región, conservando éste el carácter de agente natural y directo del Presidente de la República en el territorio.

El Estado regional supone la máxima transferencia de las funciones y potestades administrativas al Gobierno Regional como la elección de sus autoridades por la ciudadanía regional mediante sufragio directo y una fórmula electoral que asegure la proporcionalidad.

Es indispensable en Chile consagrar una nueva distribución territorial del poder político, que profundice el proceso de regionalización y concrete la anhelada descentralización administrativa del país, instaurando un auténtico e inconfundible Estado Regional.

Para concretar lo anterior, es indispensable separar las funciones de Gobierno- Administración en la Región, quedando el delegado o prefecto circunscrito, exclusivamente, al campo gubernativo y el Gobierno Regional, al campo de las funciones y potestades administrativas ordenadas al desarrollo y participación regional.

Asimismo, es necesario profundizar la legitimidad y representatividad de las autoridades del Estado Regional. De este modo, el Consejo Regional y el presidente o intendente del Gobierno Regional deben ser electos de manera directa por los ciudadanos.

4. Laicidad del Estado

Una Nueva Constitución también es heredera de una tradición institucional que se remonta a la fundación del Estado nacional y a las leyes laicas, exigiendo hoy el explícito reconocimiento de la laicidad del Estado y el respeto de todas las creencias y cultos o la pertenencia a sociedades éticas que se constituyan en conformidad a la ley.

5. Pueblos indígenas

Chile, en razón de su historia y para concretar la inclusión de todas las culturas que lo componen, requiere de un reconocimiento expreso de los pueblos indígenas, su lengua, tradiciones, costumbre, derecho consuetudinario y el reconocimiento y protección de todo tipo de minorías.

Es fundamental que nuestra Constitución consagre, de manera inequívoca, una cláusula antidiscriminación en el contexto de la igualdad ante la ley, que además asegure la diversidad, encomendando al legislador la sanción de distintas formas de discriminación fundadas en estándares, como el origen social, la raza, la religión, las opiniones políticas, sexualidad, etc.

El reconocimiento constitucional de pueblos indígenas es un reconocimiento de Chile y de la nación con su pasado, sus raíces, que se proyectan al presente y porvenir. Asimismo se hace necesario el reconocimiento de

las culturas, lenguas, costumbres y derechos colectivos de los pueblos indígenas, abriendo al Estado nacional a una efectiva multiculturalidad. Los límites de dicha multiculturalidad son el Estado nacional mismo y la república democrática.

6. Supresión del derecho constitucional del enemigo

El artículo 9º de la Constitución vigente es una reminiscencia del régimen autoritario, y se inscribe dentro del “derecho constitucional del enemigo”, por lo que es imperioso retomar la tradición republicana de la defensa penal del Estado a través de la ley penal; sin ficciones acomodaticias y propias de otra época.

7. Internacionalismo y latinoamericanismo

La nueva Constitución debe superar la “insularidad” de la Constitución vigente (Ríos-Núñez)¹²⁵, dar cuenta del mundo global y de nuestra identidad indo-latinoamericana. Ello se traduce en una regla de apertura al derecho internacional general y al derecho internacional común, a sus directrices hermenéuticas; y una apertura a la supranacionalidad subcontinental.

IV. Conclusiones: nueva Constitución

Al concluir, volvemos al proemio y nos preguntamos: ¿Y los valores o los principios? En el capítulo I de “Bases de la Institucionalidad”: son la “filosofía perenne” o “positivización de principios de derechos natural” (Cea Egaña) de la Constitución o simplemente decisiones fundamentales acerca de las personas y sus grupos, el Estado, la sociedad y la economía y, en ambos casos, reflejo del techo ideológico de la Constitución.

La “filosofía perenne” es el retorno al derecho natural, cuya respuesta contemporánea es el neo-naturalismo de postguerra y que se afianza en 1989 en lógica de fin de la historia, postulando la constitucionalización del derecho, la moralización del derecho a través de la distinción principios y reglas (Alexy); distinción ideológica, y cuyo encuadre teórico y meta-teórico es el neoconstitucionalismo¹²⁶, “concepto represa” (Gomes Canotilho) que recibe “aguas” de distinta fuente, expresión del “eterno” renacer del derecho natural, y que está aquejada de una “auténtica saturación retórico-dogmática” y ad portas de la “polución conceptual”, de lo cual un botón de muestra es el ejercicio del peso a propósito del principio de proporcionalidad.

Las “decisiones fundamentales” situadas en el frontispicio de la Constitución o en su preámbulo, son “normas de principio” (Crisafulli)¹²⁷ y reglas de competencia que se engarzan a la estructura abierta de las normas constitucionales, abierta ideológicamente y en su significado, a fin de permitir una hermenéutica fructífera y pluralista, y un desarrollo infraconstitucional en manos del legislador democrático de tales normas. El rol de la jurisdicción constitucional en este contexto es de una “jurisdicción de límites”, autolimitada mediante un ethos decisional y de técnicas de self restraint como la no justiciabilidad de las cuestiones políticas, y también deferente con los poderes públicos democráticos. En las antípodas de una concepción normativista y democrática de la Constitución, se sitúa el neoconstitucionalismo, con sus patologías de fetichismo constitucional (bajo el pretexto de la fuerza normativa de la Constitución y de la constitucionalización del ordenamiento jurídico) que conlleva un vaciamiento de la Constitución como subsistema normativo (desconstitucionalización) y de activismo judicial (preñada de elitismo epistemológico y de antidemocratismo).

125 Núñez, Manuel Antonio: “Integración y Constitución”, Edeval, Valparaíso, 2000.

126 Alexy, Robert: “Teoría de los derechos fundamentales”, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Sobre la constitucionalización del derecho y sus condiciones el libro de Ricardo Guastini “Estudios de teoría constitucional” edic de IJ-UNAM Fontamara, México DF, 2007, pp. 153-164. Y sobre el “neoconstitucionalismo el libro coordinado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo “El canon constitucional” Editorial Trotta-IJ-UNAM, Madrid, 2010, en especial los trabajos de Carbonell (pp. 153-164) y Pozzolo (pp. 165-184). Del jurista portugués Jose Joaquim Gomes Canotilho “Principios y nuevos constitucionalismos. El problema de los nuevos principios”, en Revista de Derecho Constitucional Europeo N° 14, 2010, pp. 321-364.

127 Crisafulli, Vezio: “Lezioni di diritto costituzionale” Editora CEDAM, Milano, 1984. También “Sobre la eficacia normativa de las disposiciones de principio en la Constitución”, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile (1969).

El compromiso con una nueva Constitución no busca dar respuesta a una realidad cataclísmica o revolucionaria, refundacional de todo el estatuto fundamental, sino que a un momento constitucional determinado, que se observa hasta ahora fuerte o débil y corto o prolongado en el tiempo. La nueva Constitución aporta en la perspectiva de las “Bases de la Institucionalidad”, la apertura del techo ideológico de la Constitución sintetizando las tradiciones del constitucionalismo liberal, democrático y social, poniendo fin a un techo ideológico autoritario y neoliberal.

La nueva Constitución se piensa, concibe, delibera y escribe sobre una “hoja en blanco”, no desde cero, sin bloqueos o vetos, sin pretextos impuestos desde la lógica puramente contramayoritaria de aquellas fuerzas políticas conservadoras del status quo, quienes se asilan en quórum reforzados ordinarios y extraordinarios del capítulo XV de la Constitución, para condenar toda reforma al gatopardismo¹²⁸.

128 Zúñiga, U., Francisco: “Nueva Constitución y Momento Constitucional”, Thomson Reuters, Santiago 2013.

¿Nueva Constitución? Bases Conceptuales para el Debate Constitucional

Rodrigo Delaveau Swett¹²⁹

Primera parte: Qué es una Constitución

La pregunta encierra la paradoja del *iuspublicismo* de toda sociedad moderna democrática: el instrumento utilizado para defender a las personas de su propio Estado es el mismo que le otorga potestades a ese Estado. Para esto importa saber o, al menos, observar qué puede –y no puede– ser una Constitución.

En un país que se presume legalista –en el entendido que esto es más que la constatación que las leyes se venden como revistas en los kioscos–, existe la tentación de que todo puede solucionarse mediante normas de carácter jurídico. Así, por los salones del Congreso han visto pasarse los más diversos proyectos de ley, como la protección solar en playas y piscinas¹³⁰ los que establecen la obligatoriedad de señalar el significado de las siglas¹³¹, o el que limita el peso de las mochilas escolares¹³². Puede que todas estas cosas sean muy buenas y hasta necesarias, pero otra muy distinta es que se utilicen leyes para intentar resolverlas.

El debate constitucional o, mejor dicho, el debate sobre el contenido de la Constitución, no está ajeno a esta tentación. Cuanto más será la inercia a que un texto mágico –pero creado enteramente por seres humanos– nos salve de los males sociales o incluso de nosotros mismos mediante la seductora idea de una Nueva Constitución que borre de un plumazo nuestras necesidades y malestares.

El profesor José Luis Cea se preguntaba con razón si este era un debate sobre Ingeniería Constitucional, o bien, sobre Diseño Constitucional. En efecto, se reconoce escéptico, en suma, de lo que Giovanni Sartori tituló ingeniería constitucional¹³³. Por el contrario, se adhiere en su lugar, *“a la sabiduría milenaria que se lee en un discurso célebre, en aquel pasaje que invita a discutir sin temor, pues el peligro está en la ignorancia, el sectarismo y en la intransigencia, inconciliables con la facultad que distingue a los seres humanos, es decir, pensar, debatir y concordar antes que actuar”*¹³⁴.

El dilema esconde además un segundo punto: ¿Es la Constitución un artilugio de mecánica perfecta con la cual soñemos controlar todas y cada una las variables, como lo sería un artefacto de ingeniería, capaz de predecir los comportamientos, y adoptar un código o algoritmo para ese comportamiento? Quizás ello puede ser posible en el mundo de las denominadas ciencias exactas, donde la ingeniería presenta enormes ventajas. La pregunta es si resulta posible controlar todas las variables en un universo distinto, como lo es el Constitucionalismo. Lo anterior no debe ser confundido con no proponer regla alguna, o bien, que se postule una suerte de teoría del caos constitucional. Por el contrario, somos partidarios de integrar la mayor cantidad de mediciones y datos duros a nuestro debate, pero ello no es sinónimo de entender o aspirar que, mediante una Constitución, todas las variables institucionales y humanas puedan ser controladas por un documento único. Al final del día nadie quiere un “Transantiago Constitucional” donde una única visión pueda controlar recorridos, frecuencias y precios de los servicios, con total olvido y en reemplazo del conjunto de decisiones individuales que componen la sociedad, con las particularidades que esas mismas decisiones contienen.

Es por ello que la idea de un Diseño Constitucional sea más apropiada para enfrentar el debate. Este responde más bien a plantear las líneas matrices, el enfoque y grandes trazos de lo que debe ser una Carta Fundamental, abandonando las definiciones específicas a los órganos y personas competentes y responsables para pormenorizar las particularidades que resultan imposibles de regular a nivel constitucional.

129 Abogado, Profesor de Derecho Constitucional y Regulatorio, Magister en Derecho Público UC. Master of Law (LLM) y Doctor en Derecho (JSD) Universidad de Chicago.

130 Boletín 4860-12.

131 Boletín 4860-12

132 Boletín 5422-04

133 Sartori, Giovanni. Ingeniería constitucional. Fondo de Cultura Económica (México DF., 2000).

134 Cea Egaña, José Luis. Nueva Constitución o Reforma Constitucional ¿Refundación del Estado o Progreso Institucional? Documento preparado para el seminario, organizado por CLAPES UC, el día martes 18 de noviembre de 2014 en el Salón de Honor de la Universidad Católica de Chile. Pág. 4.

De vuelta a nuestra pregunta inicial sobre qué es una Constitución, el profesor Díaz de Valdés¹³⁵ ha recogido al menos cinco respuestas posibles. A saber,

- a. Como pacto político fundamental, es decir un conjunto de acuerdos básicos, que reconoce una visión contractualista de la Constitución;
- b. Como norma superior, que resalta su dimensión jurídica, ordenadora del poder y de los órganos que regula;
- c. Como instrumento de protección de derechos fundamentales, reforzando una visión histórica donde se ve al legislador como un potencial verdugo de derechos y libertades esenciales;
- d. Como instrumento de garantía de democracia, la que se materializa mediante el control de constitucionalidad y;
- e. Como mecanismo para limitar el poder, en particular el poder estatal.

A nuestro juicio, las visiones expuestas no son contradictorias o excluyentes entre sí. Tampoco hay un juicio de valor en cuanto se consideran versiones “correctas o incorrectas”. Por el contrario, lejos de ser contrapuestas, nos parecen del todo complementarias.

El punto de reflexión, entonces, dice relación con cuál de estas visiones es insustituible, o dicho de otro modo, cuál de ellas no puede ser llevada a cabo por otro cuerpo normativo o institución o, al menos, reconocer que existen algunas más insustituibles que otras. Ello permitirá encontrar, de algún modo, la esencia del constitucionalismo.

Así, el pacto político fundamental se da más allá de un texto constitucional concreto, y tiene que ver más bien con el cumplimiento y asimilaciones del orden social, el cual incluso puede prescindir –como ha sido la mayor parte de la historia– de una Constitución formal. En cuanto a la Constitución como norma superior ordenadora de las atribuciones y organización de los órganos del Estado, esta puede ser cumplida y compartida también por otras normas de diverso carácter, como lo sería entre nosotros las Leyes Orgánicas Constitucionales y en general cualquier ley que le otorgue potestades a un órgano público. Lo mismo puede ser predicado respecto de la Constitución como catálogo de derechos fundamentales, donde la consagración y desarrollo no solo puede estar expresado en leyes y tratados internacionales, sino incluso puede prescindirse de un catálogo expreso, como sucedía en la antigua Inglaterra –con anterioridad a 1689– y en el presente caso australiano. Respecto del concepto de Constitución como garantía de democracia materializada mediante el control de constitucionalidad, resulta particularmente interesante que el origen de esta última institución no radique en su reconocimiento constitucional expreso. Paradójicamente, el poder para declarar legislación de origen parlamentario no estaba reconocido explícitamente en la Carta Fundamental americana, sino que surge como interpretación necesaria de lo que siempre han realizado los jueces del *Common Law* y, por lo tanto, es una expresión de poderes implícitos del órgano encargado de controlar la Constitución de las leyes y, por lo mismo, no es en estricto rigor algo exclusivo de la Constitución.

De este modo, la única expresión insustituible para una Carta Fundamental es su carácter de límite del poder estatal: solo una norma dotada de supremacía que prevalezca sobre la voluntad de los gobiernos y mayorías de turno, que sea más bien la expresión de consensos sociales mínimos más extendidos y permanentes. Así, la “Constitución límite” constituye la última línea de defensa de las personas respecto del poder del Estado, ya que tanto Ejecutivo, Legislativo y todas las funciones del Estado deben someter su acción a la Constitución. Es, por lo demás, el origen del Constitucionalismo, del Estado de Derecho y de la idea que tanto gobernantes como gobernados se sometan a un mandato común.

135 Díaz de Valdés, José Manuel. Bases de la Institucionalidad: Una Revisión Propositiva (en prensa) 2014.

En este orden de ideas, nadie más que la Constitución puede poner límites verdaderos a la acción estatal. Es aquí donde las Cartas Fundamentales cumplen un rol crecientemente relevante, dado que en tiempos de excesiva frondosidad e inflación normativa, ese papel toma particular peso institucional. **Mientras más crecen las facultades del Estado, más necesaria se hace la limitación de las facultades del mismo**, ya que de otro modo se vuelven contra el ciudadano.

Segunda parte: Propuesta

Encontrar puntos de referencia desde donde podamos construir un debate común nunca ha sido fácil. Tomando como referencia el diagnóstico anterior, es decir, que en un Estado con legislación expansiva debe enfrentarse el debate sobre una eventual nueva Constitución con ciertos puntos de apoyo que, de algún modo, trabajen en un plano o eje diferente al ideológico. En efecto, un lenguaje o perspectiva de cómo podemos enfrentar los dilemas que se nos presentan. Al respecto, podemos esbozar tres puntos de referencia para el debate: minimalismo constitucional, pragmatismo razonado y moderación constitucional.

1. Minimalismo

El jurista Jorge Correa Sutil suele emplear la figura de la denominada “Constitución Tarjeta de Navidad”, en virtud de la cual la Carta Fundamental no es más que en un papel en blanco en el cual todos los sectores expresan sus deseos de buena sociedad para el futuro, en el que la Carta Magna no sería sino la suma de aspiraciones ideológicas, políticas o sociales.

En virtud de lo anterior, se intenta superar esta visión maximalista donde la Constitución por recoger todo, es todo. Y en un mundo donde todo está en la Constitución, nada lo está.

Así, y aún cuanto estemos lejos de seguir el ejemplo de India (con 444 artículos) o el de Bolivia (con más de 118 procesos de reforma), el concepto de minimalismo no se agota en lo cuantitativo, a saber, que la Constitución tenga pocos artículos o que su contenido sea textualmente breve. Ello debe abarcar también un minimalismo cualitativo, donde sean acotadas las materias a ser tratadas en la Constitución, siguiendo nuestra premisa inicial de la insustituibilidad de la Carta Fundamental, como límite al poder. Reservar lo constitucional a aquello que solo puede ser ejecutado, protegido o instituido por el texto constitucional.

Esto no es solo una suerte de puritanismo jurídico. Ello tiene un contenido práctico inmediato cual es, por ejemplo, en vez de restringir la acción de juez constitucional, pero ampliar el campo de acción del mismo (ampliando el contenido de la Constitución), sustituirlo por un Tribunal Constitucional fuerte, pero con un campo de acción delimitado, donde solo los conflictos que no puedan ser resueltos por el sistema político (i.e. el Congreso) deban ser conocidos a nivel de justicia constitucional.

Es, finalmente, la mayor capacidad que tenemos como sociedad a ponernos de acuerdo en menos cosas, lo que asimismo afianza la primera de las expresiones de la Constitución como Pacto Social. La capacidad de ponerse de acuerdo en menos cosas tensiona menos al sistema político y social.

Un ejemplo claro de lo anterior son el regionalismo y la descentralización, un ideal u objetivo transversal que, al parecer, todos los sectores están muy de acuerdo.

Ello implica reconocer que pueden existir elementos que no solo deseamos sumar o agregar en la Constitución, sino también ponernos de acuerdo sobre qué cosas podemos suprimir. La lista puede ser interesante: van desde los emblemas nacionales en las Bases de la Institucionalidad hasta la pormenorización de la propiedad minera en el Capítulo de Garantías Fundamentales. El propio Correa Sutil ha planteado sacar los derechos sociales de la Carta Fundamental. Consagrar irresponsablemente un amplio catálogo de derechos no solo es un juego de suma cero (con necesidades múltiples, recursos escasos, con creces superará el Óptimo Pareto ya que no puedo mejorar la situación de algunos sin quitarles a los otros). También puede ser la fuente de desprestigio del texto constitucional que tanto han sufrido naciones vecinas.

2. Pragmatismo

Por pragmatismo razonado entendemos someter al debate constitucional a un análisis empírico sobre cuáles instituciones han funcionado a nivel constitucional, cuáles no, y cuáles simplemente aparecen como ausentes, inútiles o anacrónicas, pero sin abandonar los principios que pueden inspirar legítimamente a quienes impulsan una visión u otra. Pragmatismo no es abandono de convicciones, es someter dichas convicciones a un estándar razonable de viabilidad política, de consenso social y, por sobre todo, de medición.

En lo primero se trata de identificar qué normas nos resultan verdaderamente “molestas” y realizado el barrido ver cuáles otras sí generan consenso necesario para su mantención.

Aquí nos encontramos con diversas problemáticas que han debido enfrentar otras áreas del análisis económico del derecho: la paradoja del todo y la parte; agregación de preferencias y el de la intensidad de las preferencias, donde la tabulación o la aplicación de medición, teoría de juegos u otros elementos de la ciencia pueden ayudar a encontrar una solución.

Un ejemplo de lo anterior es preguntar si se está de acuerdo con la Constitución, como un todo, y luego realizar la misma pregunta en base a preceptos concretos, lo cual podría revelar una mayor adhesión al texto actual de la pensada.

Finalmente, en cuanto a la intensidad de la preferencia, sondeos afirmaban que más de un 50% de la población estaría de acuerdo con una nueva Constitución, no obstante que solo para el 2% esto era una prioridad, ocupando el puesto 16 entre 17 prioridades de reformas¹³⁶.

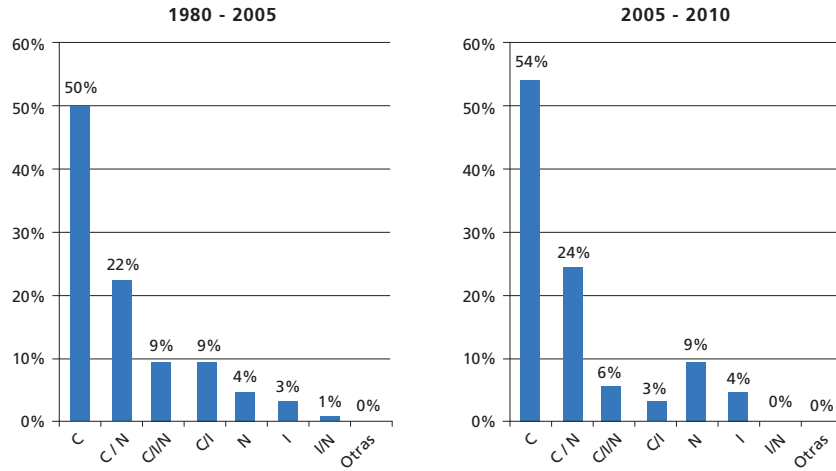
En definitiva, el mundo político y jurídico se ha embarcado en un cambio constitucional del cual no sabemos mucho y –ciertamente– no hemos medido nada. ¿Son las Leyes Orgánicas Constitucionales el verdadero instrumento de amarre o bloqueo a la voluntad democrática? ¿Son las normas de la libertad económica o del derecho de propiedad verdaderas trabas a los derechos sociales? Estas y otras interrogantes deben ser resueltas y respondidas con rigor científico, del cual existen muy pocos estudios.

Un ejemplo de lo anterior, en el contexto de las críticas expresadas respecto del control preventivo forzoso, se afirma que constituiría un verdadero dique por parte del Tribunal Constitucional su facultad de controlar preventivamente y, de manera forzosa, las leyes que contengan disposiciones orgánicas constitucionales, es decir aquellas que para su aprobación, modificación o supresión requieren de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, de conformidad a los artículos 66 inciso 2º y 93 N°1 de la Carta Fundamental. Esta tesis descansaría sobre el supuesto que esa magistratura ha tenido un rol consistente en el tiempo en cuanto a declarar la inconstitucionalidad de leyes orgánicas constitucionales sometidas a su conocimiento, es decir, que un número significativo de sentencias en relación al total de leyes que fueron objeto de control forzoso se vieron expuestas al reproche de constitucionalidad por parte del Tribunal.

No obstante, la evidencia pareciera apuntar en la dirección opuesta. Para el período comprendido entre los años 1980 y 2010, un total de 482 sentencias referidas a proyectos que contenían normas orgánicas constitucionales fueron objeto de control preventivo forzoso por parte del Tribunal Constitucional. De este total, en 30 años, solo 16 normas sometidas al control obligatorio por parte del Tribunal Constitucional fueron declaradas totalmente inconstitucionales (I) es decir el 3,3%, contra el 51,4% que ha sido declarado íntegramente constitucional.

CUADRO 1

Sentencias de control preventivo forzoso del TC Período 1980-2010

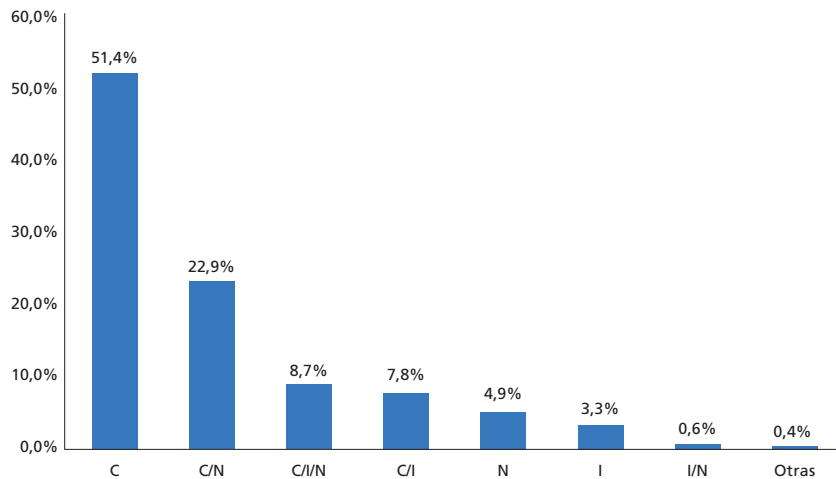


Fuente: elaboración propia a partir de los datos contenidos en el Anexo I de Sierra y McClure. La Supramayoría en la potestad legislativa chilena. (2012) P.60-65.

Aún si consideramos las sentencias en que la constitucionalidad de ciertas normas convive con otras que fueron declaradas inconstitucionales, o no propia de Ley Orgánica Constitucional (es decir, donde se determinó que ciertas normas que fueron llevadas al control obligatorio por parte del tribunal en definitiva no eran materia de Ley Orgánica Constitucional) las cifras siguen siendo extremadamente bajas. En efecto, 38 sentencias, es decir el 7,8% del total de leyes orgánica constitucional conocidas por el tribunal fueron declaradas en parte constitucionales y en parte inconstitucionales (C/I); 3, es decir el 0,6% fueron declaradas en parte inconstitucionales y en parte no propias de Ley Orgánica Constitucional (I/N); y en 41 de las sentencias, es decir el 8,7% se mezclan normas declaradas constitucionales, inconstitucionales, o no propias de Ley Orgánica Constitucional (C/I/N).

CUADRO 2

Sentencias de control preventivo forzoso del TC Período 1980-2010



Fuente: elaboración propia a partir de los datos contenidos en el Anexo I de Sierra y McClure. La Supramayoría en la potestad legislativa chilena. (2012) P.60-65

Podría objetarse entonces que las decisiones del Tribunal en cuanto al control preventivo obligatorio fueron afectadas por el cambio en su composición y en sus facultades. Pero incluso si separamos por etapas del Tribunal (Cuadro 2) según su mecanismo de designación y facultades, es decir desde 1980 a 2005, y desde este año en adelante, las diferencias no son significativas. Lo anterior contradice el supuesto carácter “tramposo” o de dique que tendría la institución del control preventivo forzoso. Con todo, y precisamente por la baja incidencia respecto del total de actividad de control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, quizás estas cifras debieran servir para abonar la tesis de suprimir el control forzoso, pero no necesariamente el control preventivo. Así, no parece descabellado hacer compatible el control ex ante, reconocido en muchas naciones como Francia, Portugal o Colombia, con el carácter voluntario del requerimiento.

Se trata, pues, de un debate diferente, el cual no es posible fundamentar desde la mayor o menor intensidad de las sentencias del Tribunal, medida desde la supuesta falta de deferencia para con el legislador. No por nada autores como Sergio Verdugo¹³⁷ han manifestado sus reparos al control ex ante y forzoso desde una óptica completamente distinta, a saber, desde el aporte de la dogmática constitucional en las sentencias del Tribunal Constitucional emanadas del control preventivo y obligatorio de constitucionalidad.

En conclusión, queremos cambiar la Constitución, pero aún no hemos medido nada. No se trata solo de medir el impacto de un marco constitucional en relación a variables extraconstitucionales, algunas de difícil trazabilidad.

3. Moderación

Por último, no es posible el debate constitucional desde el extremismo jurídico, venga de donde venga. Ello es antagónico al concepto mismo de Carta Fundamental, donde no hay espacio para caprichos constitucionales.

Al respecto, parece relevante considerar que nuestra Carta Fundamental actual no es enteramente original al constituyente de 1980. En efecto, ello implicaría un desconocimiento de 200 años de tradición y evolución constitucional, borrando de un plumazo los irrefutables avances conseguidos en las últimas tres décadas, muchos de los cuales encuentran su fundamento institucional en la Constitución vigente, y fruto de experiencias históricas nacionales y comparadas y una buena dosis de acuerdos. Lo sorprendente acá es que diversas instituciones supuestamente imputadas –para bien o para mal– al texto de 1980, son en realidad fruto de esta tradición. Resulta difícil vislumbrar cómo una nueva Constitución parta de la base de que todo en la actual es malo, no solo desde el punto de vista pragmático, sino que negaría muchos de los valores y principios de quienes desean erradicarla. Si todo en ella es negativo –y por esa razón se requiere una nueva–, ¿sería la solución dictar la nueva Constitución como una anti-Constitución de la actual?

Ahí está el artículo primero, con texto casi idéntico a la Declaración de Derechos del Hombre de la revolución francesa, al igual que la protección a la libertad religiosa o la protección al derecho de propiedad (declaración a la que nadie podrá acusar de neoliberal); ahí está la limitación del ejercicio de la soberanía por parte de los derechos fundamentales; ahí, la regla de oro del Derecho Público Chileno y las bases del Estado de Derecho (del voto particular de Mariano Egaña). Y claro, ahí está también el presidencialismo reforzado creado a fines de los 60 en la Constitución del 25; así como nuestro diseño del Poder Judicial conservado desde épocas napoleónicas.

En definitiva, sea reforma o nueva Constitución, es precisamente el debate donde deben primar la cordura, la moderación, la ponderación, la razonabilidad y la prudencia jurídica, sin piromanía o extremismo constitucional.

137 Verdugo R, Sergio. Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador. Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, pp. 201 - 248.

Palabras finales

¿Puede haber entonces “Nueva Constitución” quemando la pradera? No se trata de absolutizar una visión “histórica” ni menos nostálgica de instituciones pasadas, sino simplemente de reconocer que la riqueza acumulada en este tiempo no puede ser arrojada por la borda, no al menos sin medir o tasar lo que estamos botando.

He aquí finalmente, entonces, el gran daño colateral de una refundación constitucional completa: 40 años de jurisprudencia constitucional, donde lejos de defender una sola visión de la Constitución, ésta se ha encargado de dar distintas interpretaciones y matices a una partitura común que reflejen el sentir de la audiencia y las características del recinto.

Por último, necesitamos mucho más evidencia para ver qué queremos de la Constitución antes de poner sobre la mesa nuestra lista de supermercado. Quizás no nos pongamos de acuerdo en todo, pero sabremos que la Constitución es finalmente el instrumento más perfecto que hemos encontrado hasta ahora para defender a los ciudadanos de su propio Estado.

Constitución Social y Económica, objetivizando el debate

Arturo Fernandois Vöhringer¹³⁸

Primero, agradezco a Clapes UC y a todos los organizadores, colaboradores y asistentes la invitación a este panel sobre un tema tan importante e interesante. Estando en un momento de cambios en nuestra sociedad, creo que va a ser muy interesante compartir la mesa con dos profesores¹³⁹ con quienes tenemos divergencias, además de la valiosa moderación del profesor José Luis Cea.

1. La importancia de indagar objetivamente en los problemas y obstáculos que se pretenden superar con una nueva Constitución

He querido titular esta presentación con el siguiente nombre “Constitución Social y Económica, objetivizando el debate” [omití política por la razón que voy a explicar]. Intentaré hacer lo que hemos hecho en otros foros, pero profundizando, ampliando y sofisticando la argumentación que hemos vertido en ellos.

Voy a partir pidiendo algo muy difícil –el que no pueda asumirlo está exculpado– que es hacer abstracción del problema y discusión sobre la legitimidad (de origen o devenida) de la Constitución de 1980. Es un esfuerzo de abstracción hipotética, como la que suelen hacer los civilistas cuando analizan demandas civiles de perjuicio (las condiciones equivalentes). Y pido este esfuerzo para efectos de la pregunta que voy hacer, a la cual vamos a destinar esta exposición.

La pregunta central que me interesa compartir con ustedes, junto con su respuesta, es: ¿ha sido la Constitución de 1980 un obstáculo que ha entrabado, perjudicado o tronchado el libre flujo de la sociedad y del Estado hacia sus destinos en materia social y económica?

Como sabemos, la Constitución pretende formular principios generales, bases de la institucionalidad y determinados mecanismos jurídicos básicos de garantía. Pero deja el desarrollo cotidiano de la sociedad al libre flujo legislativo y administrativo de las instituciones que de la Carta se derivan. Por lo tanto, si uno quisiera cuestionarse la necesidad de una nueva Constitución o una amplia reforma de la actualmente vigente, la pregunta trascendental es ¿dónde están los obstáculos, las barreras, que supuestamente han impedido el libre flujo hacia, por ejemplo, un Estado social (como se sostiene por los promotores de una nueva constitución)?

Creo que esta pregunta es crucial por varias razones. Primero, porque nuestra discusión sobre la legitimidad de la Constitución se puede prorrogar indefinidamente y tiene apariencia de no resolverse nunca. Estamos quienes creemos que la Carta de 1980 es legítima y están lo que van a sostener con todo su ahínco y pasión que es ilegítima, cualquiera sea la cantidad de validaciones y reformas que se le introduzcan. Y es obvio que si esto último se transforma en un sentimiento mayoritario y abrumador en la sociedad, suficientemente poderoso por sí mismo, entonces habrá una nueva Constitución. Pero si no lo es, o es dudoso, o no nítidamente mayoritario o autosuficiente, entonces esta pregunta es trascendental: ¿hay que reformarla de todas formas porque está obstaculizando el libre flujo de la sociedad hacia los horizontes que hoy se persiguen?

Una segunda razón por la cual es relevante la interrogante planteada, es que si nosotros subsumimos todo el derecho constitucional nada más que a nuestra adhesión política y a nuestra opinión sobre hechos históricos determinados, terminaremos transformándolo en opinología jurídica y dañaremos su carácter de norma jurídica. Pienso que el derecho constitucional se compone de ambos elementos. Por un lado se nutre de sentimiento político; y el poder constituyente consiste también centralmente de una sensación política de legitimidad o ilegitimidad, de idea de derecho, como decía George Burdeau. Pero también se compone esencialmente de una voluntad organizadora, normativa. Tiene también de norma.

138 Profesor titular de Derecho Constitucional en la P. Universidad Católica de Chile.

139 Profesores Javier Couso y José Antonio Ramírez.

Entonces, si no se ejerce la abstracción a la que estoy invitando, se desenfoca el debate sobre la reorganización normativa, sobre los avances que se quiere proponer, y por supuesto, sobre los problemas que pueden traer las reformas que se proponen. Tanto las enmiendas constitucionales que se plantean por la Nueva Mayoría, como las múltiples iniciativas legislativas que promovieron durante este año (2014), exhiben defectos normativos. En esto tengo convicciones profundas de errores y defectos, al margen de nuestra discusión sobre la legitimidad de la Carta.

Por ejemplo, se ha planteado reiteradamente que uno de los fundamentos de la nueva Constitución es reencontrarnos con el Chile Republicano, con la tradición constitucional chilena. Esta tradición se habría perdido en una refundación brutal, absoluta y autoritaria que envuelve la Carta de 1980. Pero cuando uno pregunta cuáles son los ejes de esa tradición republicana que habría sido abrogada del todo, van apareciendo contradicciones. Por ejemplo, sabemos que los promotores de una nueva Constitución desean un Tribunal Constitucional menos relevante, sin control preventivo. Pero ocurre que el Tribunal Constitucional es inobjetablemente parte de esa tradición republicana supuestamente quebrada y que se desea recrear, pues en 1970 este órgano fue incorporado a la Constitución de 1925, precisamente con la facultad de control preventivo de proyectos de ley. Sin embargo, esto último es lo que hoy se quiere remover. Entonces, ¿dónde se sitúa la tradición? Otros casos de contradicciones del mismo tipo los encontramos en la iniciativa legislativa económica exclusiva del Presidente de la República, que proviene de la Carta de 1925 y fue fortalecida en 1970, y en el control preventivo de legalidad de la Contraloría, que también se quiere remover con las reformas actuales. Por tanto, entre los mismos promotores de este argumento existe una desorientación sobre cuál sería la tradición constitucional que se quiere reponer para refundar nuevamente Chile desde sus bases constitucionales.

Otra razón para seguir indagando los eventuales obstáculos objetivos que impedirían a la Constitución satisfacer las necesidades del Chile de hoy, y transformarse realmente en una norma aceptada por todos, es recordar que cuando la Constitución de 1980 surgió, existía un diagnóstico preciso de los defectos de la Carta de 1925 que se buscaban superar. Al margen de toda opinión política, eran evidentes varios defectos técnico-políticos. El más básico defecto fue el mecanismo de elección presidencial en una sola vuelta, que significó la llegada de presidentes políticamente débiles, con minoría en el voto popular y en el Congreso, y la consecuente dificultad de su relación con el Congreso Nacional. Por tanto, este defecto se transformó en un castigo ciudadano a la hora de juzgar al Presidente de turno por como llevaba adelante su programa.

Otro defecto objetivo clarísimo de la Carta de 1925, en torno a la debida separación de poderes, eran los decretos presidenciales de insistencia –ilimitados– que en la práctica permitían legislar al Jefe de Estado, con el consecuencial quiebre de la juridicidad. También se equivocó la Carta de 1925 en la ausencia de la facultad de imperio de los Tribunales de Justicia, lo que llevó incluso a un Presidente de la República a reclamar para sí la facultad de jerarquizar qué fallos judiciales se cumplirían, y cuáles se postergarían, en función al orden público y el impacto que en él tuvieran esos fallos. Este fue un error gigantesco, técnico-político, del diseño de Estado de Derecho que acogió la Constitución de 1925, de letales efectos para el quiebre de la democracia. Naturalmente, otorgar la facultad de imperio directamente a los tribunales (art. 76) fue un avance fundamental de la Carta de 1980.

Además, en aquella Norma Suprema de 1925 se dieron graves carencias jurisdiccionales, al no existir una acción cautelar de derechos fundamentales –un recurso de protección– ni nada análogo que permitiese a la persona acudir a los tribunales para tutela de sus derechos. El Tribunal Constitucional solo llegó en 1970 a la escena institucional chilena, con bastante atraso respecto de los estados de derecho más avanzados. A todo esto hay que sumar los problemas de disciplina fiscal, básicos y esenciales, que fueron resueltos con normas orgánicas de la Constitución de 1980, y que nos han dado prestigio internacional indiscutido respecto de la salud de nuestras cuentas públicas. Aquí hubo defectos evidentes, perfectamente identificados, en la Constitución de 1925. Por último, en ese texto el catálogo de derechos también era naturalmente mucho más precario y menos expansivo que el que vino a desarrollar el nuevo Texto Magno.

En conclusión, para un supuesto nuevo orden constitucional debe al menos contarse con un catastro similar al que se tuvo 40 años atrás al evaluar la Carta de 1925. Es eso lo que hoy escasea en el diálogo académico. Si hoy queremos modificar severamente nuestra Ley Fundamental, o derechamente reemplazarla por otra, es fundamental hacer un diagnóstico técnico sobre lo que queremos resolver y dónde está la solución.

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional como indicador de las eventuales trabas y obstáculos de la Constitución

Hay varias opciones para responder la problemática planteada. Nosotros hemos tomado el camino de revisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en especial tratándose del control preventivo eventual. En estas sentencias deberían notarse las supuestas trabas y obstáculos de la Constitución, en nombre de la cual se habría producido la detención del flujo de leyes que intentan expandir la acción del Estado en distintos aspectos de la sociedad.

La elección de este indicador requiere cierta explicación, pues algunos sostienen que el principal mecanismo “neoliberal” de la Constitución es la selección que establece el artículo 20 de los derechos susceptibles de ser reclamados mediante el recurso de protección. Para los críticos de la Carta de 1980, dicho precepto divide los derechos constitucionales en primera y segunda categoría, revelando aquí un supuesto menoscabo de los derechos sociales.

Sin embargo, ese razonamiento es muy parcial, y la conclusión exagerada, porque obvia una realidad evidente. Los críticos no se percatan que si legislador desea ampliar la cobertura social, por ejemplo una ley ofrece prestaciones sociales, profundizando los derechos de los ciudadanos, como por ejemplo lo hizo el conocido “Plan Auge” hace algunos años en materia de salud, por regla general va a poder hacerlo. Una ley común perfectamente puede favorecer a los ciudadanos, dotándolos de crecientes beneficios sociales. En estos casos, ¿alguien podría controvertir que esa prestación se va cumplir?, ¿alguien podría sostener que esa persona va a tener problemas en los Tribunales, solo porque el artículo 20 tiene una clasificación para efectos del recurso de protección? Cuando la ley ha ordenado algo, esa prestación se cumple, los Tribunales acogen los reclamos y la Contraloría se pronuncia debidamente.

En consecuencia, el índice que habría que atender, para emitir un juicio sobre los derechos sociales en la Constitución de 1980, es si alguna ley o proyecto de ley han caído descabezados por el Tribunal Constitucional, al considerarlos contrarios a una Constitución –que tendría un supuesto sello neoliberal– y que impediría la expansión del Estado social. Por esto, que el indicador a revisar son las sentencias de este Tribunal. Hemos seleccionado seis temas en materia de derechos sociales que revelan cómo está este balance.

3. El principio de subsidiariedad

Vamos al primero –para nosotros más libertario y fundamental– y para algunos el más polémico de los principios constitucionales: el principio de subsidiariedad. Para algunos críticos extremos, este sería el responsable de transformar a Chile en un país individualista, y que ha impedido al Estado resolver los problemas más impostergables de la sociedad.

La primera sorpresa aparece en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional que se refieren, con nombre y apellido, a este principio de subsidiariedad. En las décadas de funcionamiento del Tribunal apenas encontramos cuatro sentencias que revisando proyectos de ley en control preventivo facultativo, no obligatorio, invocan expresamente este principio:

- Ley de Prensa (Rol N° 226/1995)
- Liceo Experimental Manuel de Salas (Rol N° 352/2002)
- People Meter I (Rol N° 2358/2012)
- People Meter II (Rol N° 2509/2013)

Sin embargo, en tres de estos casos (Ley de Prensa, People Meter I y II), si bien se alude al principio de autonomía social del Artículo 1° inciso 3° CPR, y hacen gala del principio de subsidiariedad, en realidad tratan primariamente problemáticas de libre expresión. Con o sin principio de subsidiariedad –en mi opinión– probablemente se hubiera llegado a la misma conclusión que llegó el Tribunal, en razón de la libertad para emitir opinión e informar.

Así, tenemos solo un caso que se refiera efectivamente al principio de subsidiariedad: el Liceo Experimental Manuel de Salas (2002). Es el más bonito de estos fallos, pues exhibe varios considerandos describiendo con mucha pulcritud lo que es el principio de subsidiariedad. Pero resultó que terminó por desestimar el requerimiento, es decir, se rechazó el planteamiento de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (UMCE) que pedía, en virtud de la autonomía universitaria, que el Liceo Manuel de Salas no fuera trasladado por una ley a la Universidad de Chile.

En conclusión, el balance del principio de subsidiariedad es prácticamente inexistente en lo que estamos indagando. Es muy discutible sostener que la filosofía de la Constitución, por la cual los particulares tienen primacía en todas las actividades que no son indelegables del Estado, ha efectivamente producido problemas en el flujo legislativo bajo la Carta de 1980. Los casos que brevemente hemos reseñado refuerzan la tesis que en este punto caben muchos matices y muchas posibilidades. Por ejemplo, este año (2014), el proyecto de ley de AFP Estatal se ha enviado al Congreso y está fundado en determinadas razones que el legislador deberá calificar; si el Congreso estima que son justificadas, podría perfectamente ser aprobado y dar a luz la primera empresa estatal creada bajo la actual Constitución (sin perjuicio de algunas objeciones que mantenemos en el proyecto, que colisionan con preceptos que impiden la contratación entre órganos del Estado).

Otra situación relacionada es el proyecto de expansión del giro empresarial de ENAP, el cual se acaba de enviar al Congreso. Esto es parte del juego que la Carta Fundamental permite, pues no está prohibido el Estado empresario; solo se le coloca en un plano de excepcionalidad, de supletoriedad. Lo que ocurre es que nunca –hasta hoy– se había enviado un proyecto de ley para expandir el Estado empresario. Recién ahora están llegando estos proyectos al Congreso y, sin embargo, algunos culpan desproporcionadamente a la Constitución y su principio de subsidiariedad por esta realidad que les ajena.

4. Propiedad

Hay un segundo gran tema entre los opositores a la Carta de 1980, y es criticar que con la Constitución actual se habría propietarizado en exceso el ambiente jurídico. Esta afirmación causa mucha sorpresa, porque resulta que la Constitución del 80 en materia de propiedad ratificó la función social de este derecho, que entró en nuestro texto supremo recién en 1967. Este elemento de balance –la función social– no provenía de la gran tradición constitucional de la Constitución de 1925, a la que algunos acuden como fuente nutricional para la nueva carta, sino que aparece en 1967 con la reforma constitucional respectiva, y se mantuvo en nuestra Carta actual. Si bien en la Comisión Ortúzar se cambiaron algunos conceptos en la materia –pues estimaron los comisionados que cabía reducir las causales (Nación, en lugar de Estado, por ejemplo)– la función social de la propiedad se mantuvo sólida en el texto. El programa constitucional de la Nueva Mayoría presenta a la función social casi como una novedad para la nueva Constitución, y resulta que está allí, sólida en el artículo 19 Nro. 24 y anteriormente en el artículo 10 Nro. 10, desde el año 1967.

Así, nunca se ha estimado que la propiedad carece de límites y que no deba armonizarse con el bien común. Lo que sí hizo la Carta de 1980 fue mejorar las garantías de la expropiación, lo que era un clamor jurídico. Se resolvió con normas bastantes obvias y sencillas, sin que se haya producido ningún conflicto. Así, hoy no hay conflicto en torno a la expropiación entre el Estado y las personas, mientras que la función social sigue en el texto.

En cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional –en control preventivo de proyectos de ley– relativas a la propiedad, tenemos que la gran mayoría de las 8 o 10 que existen (no hay más) recaen en materia de reserva legal. Es decir, son discusiones acerca de si el Presidente de la República a través de un decreto puede o no establecer o imponer limitaciones al derecho. Los fallos han resuelto en uno u otro

sentido, bastante equitativamente en número, desde los casos Publicidad Caminera I¹⁴⁰ y II¹⁴¹, Cesiones Gratuitas¹⁴², Impacto Vial¹⁴³, hasta Catalíticos¹⁴⁴. Pero el acento de la discusión ha tenido lugar en torno al principio de reserva legal, no al derecho de propiedad y su función social. Ese realmente no ha sido el corazón de la discusión.

Existe un solo caso de un proyecto de ley declarado inconstitucional en nombre la propiedad por afectar la esencia de este derecho, es el caso Rentas Vitalicias del año 2001¹⁴⁵. Un caso que ya va a cumplir 14 años.

En consecuencia, cuando se afirma que la propiedad está realmente exacerbada en la Constitución, normalmente se razona únicamente en torno a que los tribunales usan el derecho de propiedad para garantizar derechos sociales, y eso estaría mal. Yo pregunto, ¿eso está bien o está mal? Por ejemplo, si a un alumno que ha sido removido arbitrariamente de un colegio, una Corte le acoge un recurso de protección, no fundado por el derecho a la educación, sino invocando el derecho de propiedad sobre su calidad de alumno, invocando la propiedad incorporal que proviene desde Andrés Bello en nuestro Código Civil, y también presente en la Constitución, ¿está bien o está mal ese razonamiento? ¿Debe ser motivo de reproche? Alguna crítica –poco persuasiva– sostiene paradójicamente que está mal, porque estaríamos en una zona de excesiva propietarización constitucional. Nosotros sostenemos que eso está bien, que es armónico con nuestra Constitución e instituciones civiles, pues se resuelve el problema y se recurre a una institución que proviene de nuestro Código Civil y no es una invención malévola de la Carta de 1980.

5. Materias laborales

En materia laboral, hoy tenemos diversos proyectos en todas las áreas, además que viene una reforma completa. ¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional? ¿Cuántas reformas laborales se han caído, en razón de la libre contratación –artículo 19 n° 16– y sus diversas formulaciones? Efectivamente existe una sentencia de 2006, el caso Ley de Subcontratación¹⁴⁶. Pero nótese, en este fallo el tema que se debatió no fue si puede o no la ley agregar beneficios a la relación laboral, o intervenir el contrato de trabajo, o razonablemente imponer más o menos obligaciones subsidiarias al problema de las leyes sociales. El problema que se discutió fue si la definición de empresa en el Código del Trabajo debía o no conservar la frase final que la dota de una entidad legal determinada. El proyecto proponía eliminar esa frase, a fin de no considerar la identidad legal de la empresa para efectos de las obligaciones laborales provenientes de la subcontratación. Frente a esto se alegó una vulneración al derecho de asociación, porque toda asociación merece tener reconocida su identidad legal. ¿Qué hizo el tribunal?: declaró inconstitucional esta modificación en razón del artículo 65 CPR, pues exigía iniciativa exclusiva del Presidente de la República y esto había sido una indicación parlamentaria. Es decir, se usó una razón de forma para resolver un problema sobre derecho de asociación, más que el problema de fondo de justa retribución, libre contratación, etc.

6. Salud

En materia de salud encontramos las mayores sorpresas. Tenemos el caso Peña Wasaff de 2008¹⁴⁷, en el cual el Tribunal hizo exactamente lo contrario de lo que se acusa a la Constitución. El artículo 33 ter del D.F.L. N° 5 de Salud (de 2005) permitía subir los precios de los planes de salud de acuerdo a tablas de riesgos, etc. Ante esto, si bien el Tribunal afirmó que la norma era perfectamente constitucional, resolvió que en este caso debía acogerse la inaplicabilidad y se impidió, en la gestión pendiente respectiva, el alza de planes. Posteriormente,

140 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 146/1992.

141 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 167/1993.

142 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 253/1997.

143 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 370/2003.

144 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 325/2001.

145 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 334/2001.

146 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 534/2006.

147 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 976/2008.

en la sentencia Rol N° 1710/2010 se declaró inconstitucional el artículo 33 ter, congelando los precios. Esto es exactamente lo contrario a lo que se imputa a una constitución neoliberal.

7. Educación

En materia de educación hay principalmente dos sentencias, los casos Jornada Escolar Completa I¹⁴⁸ y II¹⁴⁹ de 2004. En estos, entre múltiples impugnaciones se acogieron solo dos relativas a matrículas y nombramiento de directores, mientras que todas las demás quedaron perfectamente aceptadas por el Tribunal Constitucional. Esto nos lleva a un tema que hoy está en el centro de la discusión y que va a ser problemático, si el derecho de asociación permite o no selección y copago. Si miramos hacia atrás, solo hemos tenido una ocasión que produjo un roce y yo creo que la interpretación del Tribunal Constitucional fue bastante prudente. Nadie podría decir que se ha impedido el flujo de leyes.

8. Tributos

En materia tributaria –como lo dijo el profesor Rodrigo Delaveau– tenemos la siguiente paradoja: nunca una reforma tributaria ha tenido problemas de constitucionalidad en el Tribunal. Nunca. Ni en el año 1994 cuando se triplicó la patente municipal¹⁵⁰; ni en 1995 con Tabacos I¹⁵¹, ni el año 1998 con Tabacos II¹⁵², ni mucho menos con Rentas Municipales II¹⁵³ que amplió la 6ta. Transitoria, a mi juicio en forma completamente lícita.

Lo que sí podemos encontrar es sentencias relativas al problema de la delegación de la jurisdicción tributaria¹⁵⁴ y la causa Intereses Moratorios del año 2012¹⁵⁵. En este último caso, el Estado se equivocó al querer cobrarle al contribuyente intereses moratorios manifiestamente desproporcionados e injustos. Sin embargo, si buscamos proyectos de ley decapitados en el Tribunal Constitucional por tener una Constitución neoliberal, no encontramos ninguno en materia tributaria.

9. Conclusiones

Cerrando esta intervención, estimados profesores, creo que insistir en la condición sustantiva de neoliberalidad de la Constitución, sin apuntar exactamente a cuáles son los problemas, nos desenfoca de varias cosas importantes.

Primero, de las reformas que hay que hacer en la Constitución, por ejemplo en materias de descentralización. Es un tema que está presente. Yo tuve la fortuna y el honor de participar en la comisión que se reunió a este respecto, y hay mucho que hacer. Los que creemos en la subsidiariedad también creemos en la subsidiariedad territorial, donde las regiones debieran tener su propia voluntad.

Esta discusión sobre el carácter neoliberal de la Constitución también nos desvía del cómo encuadrar el crecimiento inorgánico del Estado. Hoy hay múltiples proyectos de ley que potencian al Estado, dándole facultades administrativo-sancionatorias. Se olvida que la esencia de lo administrativo sancionatorio es aplicar una multa a una infracción concreta, evidente, obvia, y no la calificación de situaciones jurídicas. Eso se está desarmando hoy día. Los órganos administrativos están ejerciendo jurisdicción hace mucho tiempo y no tenemos ni siquiera una palabra sobre una superintendencia, por ejemplo, en la Constitución. Tenemos que pensar en eso.

148 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 410/2004.

149 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 423/2004.

150 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 203/1994.

151 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 223/1995.

152 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 280/1998.

153 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 773/2007.

154 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 681/2006.

155 Tribunal Constitucional, sentencia Roles N°s 1951-1952/2011.

Se desenfoca también de los problemas de separación de poderes. La eliminación del control preventivo del Tribunal Constitucional no hace otra cosa que terminar con la supremacía constitucional, porque el control represivo no está funcionando bien para resguardar los respectivos derechos, como muestra la obra del profesor Gastón Gómez¹⁵⁶. Dos tercios de las inaplicabilidades no están produciendo ningún efecto en la justicia ordinaria. La eliminación de esta facultad del Tribunal Constitucional y del control preventivo de la Contraloría sería volver, no a la Constitución de 1925, sino a la de 1833.

Con todo esto, lo que quiero hacer es a invitarlos a concentrarnos desde la academia en los defectos reales de la Constitución para trabajar en posibles reformas o, quizás, si las circunstancias políticas así lo indican, en una nueva Constitución. Pero sobre errores precisos y defectos, no desafectos.

156 GÓMEZ BERNALES, Gastón (2013). Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común (Santiago, Ediciones UDP).

La Demanda de una Nueva Constitución para Chile: hacia una Democracia Plenamente Soberana

Javier Couso Salas¹⁵⁷

I. Entendiendo la demanda de una nueva Constitución

Desde hace unos años, Chile viene experimentando una peculiar coyuntura constitucional, consistente en que diversos sectores políticos, sociales y académicos demandan una nueva Constitución. Un ejemplo de esto es que, en las dos últimas elecciones presidenciales (2009 y 2013), la mayor parte de los candidatos incluyeron en sus plataformas electorales la necesidad de introducir una nueva carta fundamental. Adicionalmente, diversos actores sociales como el movimiento estudiantil –que desde el 2011 irrumpió con fuerza en la vida política del país— y la agrupación ‘Marca tu Voto’, han hecho persistentes llamados en el mismo sentido, lo cual ha dado lugar a numerosas publicaciones y actividades académicas que intentan dar cuenta de esta inesperada demanda.

Para algunos sectores, la demanda de una nueva Constitución es paradójica. El que en un país con una transición a la democracia generalmente considerada como ejemplar vastos segmentos del espectro político, social y académico pretendan una reformulación del pacto político fundamental, aparece como irracional.

Quienes se oponen a introducir una nueva carta fundamental recuerdan las numerosas veces en que la Constitución de 1980 ha sido reformada, así como el hecho de que –bajo su vigencia— el país no solo transitó exitosamente desde un régimen autoritario a una democracia, sino que ha experimentado una era de progreso económico y de reducción de la pobreza sin precedentes.

¿Cómo es posible que en un contexto como el reseñado se pretenda alterar las bases políticas fundamentales que enmarcaron un periodo tan próspero? ¿Acaso no arriesgamos con ‘echar a perder’ todo lo avanzado si sustituimos la Constitución que ha presidido el proceso histórico de Chile del último cuarto de siglo? ¿Es aceptable pretender una ‘refundación’ del país a estas alturas? ¿No se correrá el riesgo de seguir el ejemplo populista de Hugo Chávez (y sus catastróficas consecuencias) si se embarca en una ‘aventura constitucional’? ¿No advierten quienes advocan una nueva carta fundamental la incertidumbre económica que el solo hecho de plantear una revisión de las reglas fundamentales del juego político general?

Estas son solo algunas de las preguntas que ha suscitado la demanda de instituir una nueva Constitución en sectores contrarios a esta propuesta. Y las aprehensiones e inquietudes que subyacen a ellas representan una legítima preocupación por el futuro institucional del país. Reconociendo esto, en este ensayo me propongo defender la tesis de que, lejos de insensata o caprichosa, la demanda por una nueva Constitución responde a problemas reales y muy profundos, por lo que debe ser tomada en serio.

En todo caso, es evidente que nos encontramos ante un país profundamente dividido en su diagnóstico acerca de su ‘salud constitucional’. Por ello, en lugar de asignar irracionalidad o insensatez a quienes plantean la necesidad de introducir una nueva carta fundamental, es necesario entender las razones que animan esta demanda, de manera de abrir un diálogo constructivo entre dos grupos de la sociedad chilena a los cuales la Constitución, en lugar de unirlos, los separa.

¹⁵⁷ Abogado. Profesor Titular y Director del Programa de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales e investigador del COES (Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social).

II. La Constitución de 1980 como un documento que divide a los chilenos

Antes de desarrollar mi argumento central, parece necesario detenerse brevemente a qué entendemos por una Constitución. Esto, dado que, subyacente a los diversos diagnósticos anotados más arriba, se encuentran distintas concepciones acerca de la naturaleza y rol que debe jugar una carta política en un Estado democrático. No se trata de poner a competir diferentes maneras de comprender lo que significa contar con una Constitución, sino que de advertir que hay hoy en el país muy diferentes entendimientos de lo que debe ser una carta fundamental, y que eso tiene un impacto en la forma de abordar el problema constitucional chileno.

Existen, por cierto, una multiplicidad de definiciones acerca de lo que es una Constitución política, cada una marcada por las diferentes tradiciones políticas y jurídicas existentes, así como por diferentes ideologías y aproximaciones epistémicas. Así, por ejemplo, para Hassan Ebrahim –quien jugó un importante rol en la elaboración de la Constitución de Sudáfrica— una carta fundamental representa nada menos que ‘el alma de una nación’ (Ebrahim, 1998),¹⁵⁸ mientras que para Jurgen Habermas es el único basamento a partir del cual se puede construir un sentimiento patriótico en sociedades pos-metafísicas, dando lugar a lo que el autor alemán denomina ‘patriotismo constitucional’¹⁵⁹ (Habermas, 1998). En la misma tesitura, diversos autores estadounidenses han enfatizado el carácter unificador de la nación que juega la Constitución Federal de 1787¹⁶⁰.

Las concepciones de Constitución recién descritas enfatizan fuertemente los aspectos simbólicos de las cartas fundamentales en tres importantes democracias contemporáneas (como lo son Estados Unidos, Alemania y Sudáfrica). Ello sugiere que más allá de sus orígenes –polémicos, en el caso alemán y el estadounidense— las constituciones deben poder jugar un rol unificador de la nación, lo que solo puede ocurrir si son percibidas por la vasta mayoría de la ciudadanía como un documento digno de la adhesión de la comunidad democrática.

Si lo mencionado recién es un aspecto relevante del rol que debe jugar una carta fundamental en una democracia contemporánea, la Constitución de 1980 claramente no ha logrado pasar satisfactoriamente este ‘test’, ya que para una porción relevante de la ciudadanía sigue representando la imposición de una dictadura militar al país en su conjunto. En efecto, y reconociendo que los aspectos simbólicos de las constituciones no agotan el sentido de estas últimas, es posible que los sectores que se oponen a siquiera considerar la introducción de una nueva carta fundamental no hayan sopesado debidamente la negativa carga simbólica que tiene la Constitución de 1980 para muchos chilenos, aun con todas las reformas que ha experimentado desde que fue adoptada en un plebiscito fraudulento (Fuentes, 2013). De hacerlo, advertirían que la falta de legitimidad que ella ostenta ante vastos sectores del país es un problema real, que debe abordarse de alguna manera.

En suma, más allá de las múltiples enmiendas introducidas a la carta de 1980¹⁶¹, y aún considerando que los denominados ‘enclaves autoritarios’ han ido gradualmente siendo eliminados –restando solo algunos vigentes—, es un hecho de la causa que muchos seguimos viendo en la Constitución vigente la imposición de una dictadura cruenta y, por tanto, indigna de la adhesión de una comunidad democrática.

158 Ebrahim, analizando la Constitución de Sudáfrica, sostiene que: “Esta Constitución establece un puente entre el pasado histórico de una sociedad profundamente dividida caracterizado por las luchas, conflictos, sufrimientos indecibles e injusticias, y un futuro fundado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia y las oportunidades de coexistencia y el desarrollo pacífico de todos los sudafricanos, sin distinción de color, raza, clase, credo o sexo. La búsqueda de la unidad nacional, el bienestar de todos los ciudadanos sudafricanos y la paz requiere la reconciliación entre los pueblos de África del Sur y la reconstrucción de la sociedad. La adopción de esta Constitución establece una base segura para la gente de Sudáfrica para trascender las divisiones y los conflictos del pasado, lo que generó violaciones graves de los derechos humanos, la transgresión de principios humanitarios en los conflictos violentos y un legado de odio, el miedo, la culpa y la venganza. Estos ahora pueden abordarse sobre la base de que hay una necesidad de comprensión, y no de venganza, la necesidad de reparación, y no de venganza, la necesidad de ubuntu, y no de victimización (...) Con esta Constitución y estos compromisos nosotros, el pueblo de Sudáfrica, abrimos un nuevo capítulo en la historia de nuestro país. Nkosi Sikelel iAfrika. Que Dios bendiga a nuestro país “. Véase a Ebrahim (1998).

159 Habermas plantea que: “sociedades multiculturales como Suiza y los Estados Unidos muestran que una cultura política en la que puedan echar raíces los principios constitucionales no tienen por qué apoyarse sobre un origen étnico, lingüístico y cultural. Una cultura política liberal constituye solo un denominador común de un patriotismo constitucional que agudiza el sentido de la multiplicidad y de la integridad de las distintas formas de vida coexistentes en una sociedad multicultural”. Véase Habermas (1998), citado por Araya (2001:96).

160 Véase la reciente intervención del integrante de la Corte Suprema de los Estados Unidos Justice Anthony Kennedy: “Marshall (...) concibió la Constitución como un documento unificador al que le tenemos lealtad, el documento que, en palabras de Madison [en “El Federalista”] ‘debe sobrevivir por años...’”. En: <http://www.wm.edu/offices/revcenter/news/2014/justices-kennedy-and-goldstone-discuss-constitutions,-old-and-new,-at-the-law-school.php>

161 A este respecto, cabe anotar que no se ha alterado una coma de la Constitución de 1980 sin contar con la venia de los herederos políticos de la dictadura, producto de las altas mayorías parlamentarias necesarias para reformar la mencionada carta.

III. ¿Qué cuenta como una “nueva” Constitución?

En este punto, cabe detenerse en la –casi metafísica– cuestión de qué cuenta, exactamente, como una ‘nueva’ Constitución. ¿Es necesario que se adopte una carta totalmente diferente a la actualmente vigente para poder decir que nos encontramos ante una Constitución efectivamente ‘nueva’? ¿O basta con enmendar algunos aspectos puntuales de la carta vigente, de manera de cambiarle su ‘ADN’, por utilizar una expresión coloquial, para establecer que estamos ante una nueva Constitución?

Considerando que, en la práctica, las más importantes constituciones que Chile ha tenido (la carta de 1828, la de 1833, la de 1925 y la de 1980) han sido elaboradas en base a la que las precedió, es claro que una ‘nueva’ Constitución no requiere contar con un articulado enteramente novedoso. En efecto, en la tradición constitucional chilena nunca se ha ‘partido de cero’, sino que cada nueva carta fundamental se ha elaborado a partir de la anterior. Esto explica, por ejemplo, que aún hoy la Constitución contenga la siguiente cláusula: “En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre” (artículo 19 n° 2, inciso primero), disposición que viene recogiendo desde la Constitución de 1828, la cual, en su artículo 11 establecía que “En Chile no hay esclavos; si alguno pisase el territorio de la República, recobra por este hecho su libertad”.

El recoger disposiciones de cartas anteriores cada vez que se redactaba una nueva Constitución se hizo con mucha más frecuencia a medida que nos acercábamos al tiempo presente. De ahí que la Constitución de 1980 recogiera –aun en su versión original– buena parte de lo dispuesto por la carta de 1925, aun cuando incluyó otras disposiciones que cambiaron la ‘identidad’ de la última.

Así, puede descartarse de plano que una nueva Constitución requiera ‘partir de cero’, borrando enteramente los elementos más importantes de la tradición constitucional chilena. Por el contrario, la diferencia entre una mera reforma constitucional y una nueva Constitución parece radicar en el hecho de que la ciudadanía –representada por quienes esta elija– tenga la oportunidad de revisar la Constitución vigente en su integridad, manteniendo aquello que parezca razonable preservar y sustituyendo aquello que considere inadecuado. Si esto es así, la demanda por una nueva Constitución no debe tomarse como una pulsión por desechar completamente lo desarrollado durante doscientos años de rica tradición constitucional, sino que más bien como la posibilidad de que el pueblo y sus representantes puedan otorgarse libre y soberanamente una carta que –necesariamente– mantendrá muchos elementos de nuestro acervo constitucional, al tiempo que innova en otros aspectos, en un proceso que cuente con legitimidad democrática.

IV. Taxonomía de las diferentes perspectivas constitucionales del Chile actual

En la segunda sección de este ensayo, expresamos que la concepción del rol que debe jugar una Constitución en un Estado democrático tiene un fuerte impacto en el diagnóstico que de hecho se hace acerca de la ‘salud’ constitucional del país. En esta sección, argumentaremos que diferentes entendimientos del rol de las cartas fundamentales influyen también en el tipo de nueva Constitución que se desea introducir, específicamente, si esta debe ser una carta exclusivamente política, o también económica y social.

En este punto cabe anotar que, al interior del sector del país que reclama una nueva carta fundamental, existen dos grupos claramente distinguibles. El primero de ellos concibe a la Constitución como un documento que contiene un programa económico y social definido, y que, por tanto, quisiera que una eventual nueva carta fundamental juegue un rol parecido al que buscó el constituyente autoritario con la de 1980, pero con una ideología de signo contrario. En otras palabras, este grupo busca ‘congelar’ su modelo favorito de economía y sociedad en la Constitución, de manera de hacer imposible su alteración por el libre juego democrático. El segundo grupo, por el contrario, concibe el rol de la Constitución como uno fundamentalmente político, que establece un marco básico de reglas democráticas para que diferentes mayorías introduzcan sus propuesta de política pública, las que permanecerán vigentes mientras sigan contando con la aprobación de la ciudadanía, al tiempo que se consagran un número reducido de derechos fundamentales dirigidos a proteger a las minorías. Para este segundo grupo, el gran problema de la Constitución de 1980 no es principalmente que contenga una ideología económico-social ‘equivocada’, sino el hecho de que –aun después de todas las enmiendas que se

le han introducido— continúa siendo una carta profundamente hostil al gobierno de las mayorías, conforme al diseño original de una ‘democracia protegida’.

En efecto, para este último grupo –con el cual el autor de este ensayo se identifica— la Constitución de 1980, más allá de haber sido impuesta por una dictadura, tiene el defecto de impedir que las preferencias del electorado de traduzcan en políticas públicas de manera fluida, producto del efecto combinado de un sistema binominal que tiende al ‘empate’ entre las dos primeras fuerzas políticas, a la existencia de leyes de súper-mayoría que hacen difícil reformar leyes importantes sin el concurso de la minoría y, finalmente, a la presencia de un control preventivo de constitucionalidad cuya sola existencia es utilizada como una efectiva amenaza por parte de la minoría en el Congreso frente a proyectos de ley que no son de su agrado.

Para este segundo grupo, una nueva Constitución no debiera intentar ‘congelar’ un modelo socioeconómico determinado, sino que más bien dejar a las mayorías gobernar –respetando, por cierto, los derechos verdaderamente fundamentales de las minorías—, algo que la Constitución de 1980 desafortunadamente no permite.

La hostilidad de esta última al gobierno de mayorías democráticas –añadimos quienes nos identificamos con esta perspectiva— no es fruto de la casualidad, sino que forma parte de la lógica esencial de la carta aprobada por la dictadura, cuyo objetivo central –como lo reconoció públicamente uno de sus más importantes ideólogos, Jaime Guzmán— era que:

“Si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhela, porque –valga la metáfora– el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario.”¹⁶²

Como se puede advertir, no contentos con la imposición de una Constitución que contenía un programa económico-social determinado, los redactores de la carta de 1980 buscaron explícitamente que el (inevitable) retorno a la democracia no alterase la ‘obra’ del régimen militar, para lo cual deliberadamente se introdujo una carta que, como lo expresa Guzmán con una candidez extraordinaria, buscaba que los adversarios de la dictadura (esto es, los demócratas) se vieran obligados en el futuro a hacer más o menos lo mismo que hizo el régimen militar en materia económico-social. Es difícil imaginar algo más contrario al ‘fair play’ democrático que el utilizar la Constitución –que, como vimos más arriba, representa en otras latitudes ‘el alma de la nación’, o la fuente de la unidad nacional— para forzar a la mayoría a hacer lo que prefiere un grupo eventualmente minoritario de la ciudadanía.

En efecto, si quienes se oponen al cambio constitucional en Chile hicieran el esfuerzo de ponerse en el lugar de quienes son afectados por la actual Constitución, por ejemplo, imaginando cómo se sentirían si una dictadura de izquierda hubiera dejado instalada una carta constitucional que forzara a eventuales mayorías de centroderecha a hacer esencialmente lo mismo que lo que haría un gobierno de izquierda, quizá le tomarían el peso a lo distorsionador que es vivir bajo la Constitución como la actualmente vigente para quienes tienen preferencias ideológicas diferentes a las que impulsó el régimen autoritario.

Recapitulando lo planteado en esta sección, existe al interior del sector que plantea que Chile necesita una nueva Constitución al menos dos grupos claramente discernibles. Uno, que busca una nueva carta fundamental con el objeto de introducir en ella un modelo económico-social determinado –de cuño socialdemócrata—, lo que representa una concepción del rol de la Constitución como una forma de ‘congelar’ en la misma un modelo de economía y sociedad, y otro, que busca simplemente terminar de democratizar la sociedad chilena, permitiendo que convivan bajo una misma Constitución grupos con diferentes perspectivas ideológicas.

Si la taxonomía recién anotada es correcta, la división constitucional que se advierte actualmente en Chile no sería binaria, confrontando a quienes demandan una nueva Constitución versus quienes rechazan esto último, sino mucho más compleja, incluyendo: A) a quienes rechazan de plano una nueva carta constitucional;

162 Véase Jaime Guzmán (1979).

B) a quienes desean una nueva carta que permita a las mayorías democráticas gobernar sin estar constreñidos a hacer más o menos lo mismo que lo que los adherentes del régimen militar hubieran deseado, y C) quienes desean introducir una nueva Constitución que perpetúe un modelo de signo contrario al que la dictadura pretendió introducir.

V. ¿Constitución “política” o Constitución “plena”?

En la sección anterior se argumentó que, a pesar de sus diferencias ideológicas, tanto los defensores de la Constitución de 1980 como uno de los grupos que demandan una nueva carta fundamental comparten una misma concepción de lo que debe ‘contener’ una carta fundamental. Así, aunque con posturas socio-económicas de signo opuesto, ambos grupos consideran que la Constitución no solo debe ser ‘política’, sino que también ‘económica’ y ‘social’.

En este sentido, ambos grupos defienden lo que hace algunas décadas atrás el profesor José Luis Cea denominó la ‘Constitución Plena’. En ese texto seminal, el último arguyó que una de las causas principales del golpe militar de 1973 fue que la Constitución de 1925 era ‘neutra’ en materia económica, por lo que era inconveniente contar con una carta fundamental que se limitara a regular solamente los aspectos políticos.

En años más recientes, otros autores –incluso de izquierda— se han hecho eco de esta concepción de lo que debe ser una Constitución. Así, por ejemplo, el profesor Juan Carlos Ferrada afirma que:

“En este sentido, Martín-Retortillo señala que existen básicamente dos modelos de Constituciones. Por un lado, aquellas que son neutras en esta materia, es decir, no determinan ni siquiera las líneas fundamentales de ordenación de la realidad económica; por otro, aquellas que contienen una “constitución económica”. Las primeras corresponden al modelo clásico de Constitución decimonónica hoy abandonado por los modernos constituyentes; las segundas son la norma general actualmente. En estas últimas se distingue, a su vez, entre las que contienen solo los principios que se deben observar en el momento de proceder a la ordenación de la realidad económica; y otras, en las que se produce una opción por un sistema económico concreto, avanzando algunas incluso en la definición de un modelo económico concreto al interior del sistema elegido. La diferencia es de grado, pero el elemento que servirá para distinguirlas es si esta contiene o no referencias determinadas a las bases de la ordenación económica”¹⁶³.

Como se advierte de lo transcrito, Ferrada, que defiende una posición muy diferente a la de Cea en materia de económico-social, parece, sin embargo, compartir con el último la noción de que una Constitución debe incluir a lo menos “los principios que se deben observar en el momento de proceder a la ordenación de la realidad económica”.

Lo problemático de esta posición, sin embargo, es que asume que existe un acuerdo general respecto del contenido de la ‘constitución económica’, en lugar de asumir (como lo hace, por ejemplo, la Constitución y la jurisprudencia de los Estados Unidos desde mediados del siglo veinte)¹⁶⁴ que las orientaciones de política económica y social deben estar entregadas a las mayorías democráticas, ofreciendo la Constitución solo el marco político y un catálogo básico de derechos fundamentales. Cuando ello no ocurre, como sucedió en la denominada ‘Era Lochner’, en que la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó que la carta de 1787 había consagrado una ‘constitución económica’ en extremo liberal, el sistema constitucional corre el riesgo de colapsar (Shesol, 2010).

163 Véase Ferrada (2000).

164 Véase a Martín Shapiro (1978).

VI. Conclusión

En este breve ensayo se ha defendido que la demanda de una nueva Constitución no responde a un mero capricho de un sector de la ciudadanía que pretende ‘refundar’ el país, borrando todo lo positivo que se ha hecho en las últimas décadas. Muy por el contrario, dicha posición se basa en un diagnóstico muy preciso acerca del déficit democrático que –aún después de las múltiples reformas introducidas en los últimos veinticinco años— ostenta la Constitución de 1980.

Luego se argumenta que al interior de los sectores que abogamos por una nueva Constitución (que, en lugar de ser una fuente de división del país, contribuya a unificarlo) existen dos grupos nítidamente diferenciados. Por una parte, aquellos que consideran que una nueva carta fundamental debe ser no solo ‘política’, sino que también ‘económica’, y aquellos que consideramos que una nueva Constitución debe acabar con el déficit democrático que exhibe la actualmente vigente, dejando que el pueblo y sus representantes decidan libre y soberanamente las políticas económicas y sociales que desean para el país.

Finalmente, se argumenta que una nueva Constitución en ningún caso representaría una completa ‘refundación’ del país ya que, como lo demuestra nuestra rica tradición constitucional previa a la dictadura, cada vez que se introdujo una nueva carta fundamental, ella recogió mucho de lo contenido en la que la precedía.

Constitución Económica: Disposiciones de Principio sobre Rol del Estado y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

José Antonio Ramírez Arrayás¹⁶⁵

La Constitución económica chilena vigente, en una interpretación literal o logicista, se caracteriza por el rol subsidiario del Estado en la economía y una fuerte protección de las garantías individuales relacionadas con la libertad de emprendimiento y el derecho de propiedad (cuyas piedras angulares las encontramos en los arts. 19N^os 21, 24; arts. 1 Inc. 3^o de la Constitución Política, en adelante indistintamente CPR). La ausencia, por regla general, del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales –en adelante indistintamente DESC– que conlleven prestaciones materiales al Estado, marca la nota jurídico-distintiva del modelo institucional (Capítulo III de la CPR).

Nos encontramos ante un texto marcado por un Estado no solidario, coartado por una Constitución veladora del libre mercado como eje de las conductas que vinculan a la sociedad con la economía y las prestaciones de derechos (Francisco Cumplido Cereceda)¹⁶⁶.

Lo anterior lleva a los “operadores del derecho” a buscar en las herramientas de la hermenéutica constitucional los instrumentos interpretativos que permitan, dentro de la institucionalidad heredada, buscar soluciones de mayor “justicia social”.

En este contexto, hacia 1991, la tesis doctoral seguida ante mi querido maestro y guía, Pablo Lucas Verdú¹⁶⁷, recoge este desafío de dotar de elementos de interpretación constitucional al ordenamiento constitucional chileno, buscando alcanzar el mejor derecho posible (Lombardi), un derecho que se acercara a lo justo (Larenz). De esta manera, sobre la crisis de la conceptualización del Estado de Derecho, la doctrina euroatlántica –propiciadora de dar a los principios fundantes del derecho carácter vinculante a la hora de interpretar casos concretos– servirá para el trabajo de otorgarles a las bases de la institucionalidad chilena valor jurídico que subsane omisiones en derechos y garantías que colocan en juego al mismo Estado de Derecho.

En la citada tesis doctoral el maestro Lucas Verdú –siguiendo a Jellinek y Smend– realiza, bajo este criterio, un extenso y profundo prólogo, en que aborda los fundamentos antropológicos de un Estado Social y Democrático de Derecho, su aplicación a las garantías fundamentales. Precisa en ello al “hombre solidario”, colocando al derecho constitucional como el “promotor del libre desarrollo de la persona en una sociedad justa”. Desarrolló en esta línea su extenso trabajo sobre el “significado, valor y efectividad de las llamadas normas constitucionales programáticas”, descartando su “excusabilidad” y brindándoles plena ejecución bajo métodos adecuados de la hermenéutica constitucional.

En este contexto, las denominadas “Bases de la institucionalidad” de la Carta chilena vigente y diversos derechos fundamentales del catálogo del Capítulo III, sobre todo a partir de las reformas de 1989 y 2005, entregan elementos que marcan un progresivo giro en la interpretación constitucional desde el retorno a la democracia, permitiendo a los órganos públicos, en diversos casos, por medio de la hermenéutica de sendos fallos del Tribunal Constitucional, actuar en la búsqueda de la concreción de valores jurídicos protegidos por el Estado de Derecho, en el ámbito económico, social y cultural.

Esta labor interpretativa que busca “Igualdad material” y no solo “formal” (emulando a Mortati), el derecho justo, el mejor derecho posible, la dignidad del ser humano, no es novedoso en la experiencia internacional. Baste recordar la invocación en el derecho comparado euroatlántico de posguerras de las denominadas “disposiciones de principios constitucionales” –la ya clásica elaboración desarrollada por Vezio Crisafulli–, como piedra hermenéutica que recoge la naturaleza jurídico-constitucional activa del Estado (solidario), que

165 Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

166 En Presentación de monografía José Antonio Ramírez Arrayas, “Disposiciones de Principio Constitucional y Actividad Social y Económica del Estado”, Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1993

167 Prólogo de Pablo Lucas Verdú, ob cit. , páginas 17 y ss.

debe buscar el bien colectivo o bien común y la garantía efectiva de derechos económicos, sociales y culturales, aun a falta de normativa expresa. Esta labor hermenéutica “teleológica, finalista, armónica (siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile) se ha procurado llevar a la práctica en diversos casos, –mutatis mutandi–, por medio de la interpretación de las “Bases de la institucionalidad” y los derechos fundamentales, previstos en el Texto Político.

Bajo la premisa interpretativa propia del derecho constitucional, de la búsqueda del derecho que alcance efectivamente las finalidades contenidas en los sustentos o “Bases de la institucionalidad”, se ha podido alcanzar, como hemos dicho, en diversos casos, soluciones propias del derecho justo o mejor derecho posible, dejando fuera o descartando otras vías de solución que se alejen de estos máximos.

Así, ante la ausencia de normas expresas consagradoras de derechos–garantías materiales (de prestaciones estatales) del Constituyente originario, se encontrarán en las disposiciones de principios –atribuibles a las “Bases de la institucionalidad”– las premisas vinculantes y aplicables para entregar al sistema institucional bondades propias del reconocimiento expreso de derechos y garantías de las denominadas tercera o cuarta generación (en los que ubicamos los derechos económicos, sociales y culturales).

Veamos pues a continuación algunos de los preceptos por los cuales se amparan las disposiciones de principio en la Carta chilena originaria de 1980, y sus modificaciones sustantivas, especialmente de 1989 y 2005, para luego ver casos de interpretación y aplicación jurisdiccional.

La Carta Fundamental chilena establece en su capítulo primero las ya mencionadas “Bases de la institucionalidad”, estableciendo en su artículo primero que “(...) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Posteriormente, el Constituyente limita el ejercicio de su soberanía disponiendo “(...) 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 (Artículo 5º)”. Finalmente, en cuanto a su obligatoriedad, señala: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo (Artículo 6º)”.

Una de las mayores “trabas” u obstáculos para la sede interpretativa de la “justicia o igualdad social buscada”, radica precisamente en el Capítulo III de la CPR, pues en los distintos numerales del artículo 19, tras regular los derechos fundamentales (primordialmente derechos civiles y políticos), consagra dos sendos recursos para resguardar el ejercicio del derecho a la libertad personal, el recurso de habeas corpus, y de determinados derechos y libertades, el recurso de protección. Sin embargo, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, el Constituyente originario no establece acciones procesales directas destinadas a garantizar su ejercicio.

Conjuntamente con el panorama actual, se debe mencionar que en el Programa de Gobierno presentado por la Presidenta, Michelle Bachelet (2014), se proponen innovaciones constitucionales, entre ellas precisamente las vinculadas al reconocimiento expreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, al señalar: “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”.

Ahora bien, lo establecido en la Carta Fundamental vigente no ha impedido que por medio de la hermenéutica constitucional –según hemos anotado– el Tribunal Constitucional chileno haya realizado ciertos avances en materia de derechos prestacionales y abierto una brecha para el desarrollo de estos derechos.

Ejemplo de lo anterior es la Sentencia Rol 33–85, de 1985, en la cual el Tribunal Constitucional chileno, a propósito del examen de constitucionalidad de la Ley Orgánica Constitucional que estableció la vigencia del Tribunal Calificador de Elecciones (TCE), señala, en forma expresa, los principios finalista y armónico que debe

contemplar la hermenéutica constitucional, declarando como inconstitucionales determinados preceptos de la Ley por considerarlos contrarios al espíritu (y no al texto) de la Carta Fundamental, en cuanto diferían la entrada en vigencia del TCE después del plebiscito hasta la elección de senadores y diputados. Por ello considera que su actuación “fluye espontáneamente de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental”, añadiendo que por “la especial trascendencia (del) acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución, confirman plenamente que este debe ser regulado por las disposiciones permanentes y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas solo al efecto, establezca tribunales, comisiones ad hoc, para que cumplan las funciones que nuestra Carta Fundamental ha entregado a un tribunal determinado”. Así por sobre norma expresa (transitoria) advierte que “La interpretación contraria no solo hiere el espíritu de la Constitución sino, también, el sentido común, que es base de toda interpretación lógica, ya que ella podría importar exponer el plebiscito mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo normal de la futura institucionalidad. Desecha el tribunal otras formas de interpretación como las basadas en el derecho privado, al indicar: “una interpretación que conlleve a tal conclusión –distinta a la que adopte– resulta definitivamente inadmisibles”. Concluye: “la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”.

Interpretación “finalista” de la Constitución chilena para amparar derechos económicos, sociales y culturales y el contexto comparado.

Entremos ahora al campo de prestaciones económicas-sociales-culturales que puedan exigirse al Estado por vía interpretativa de las disposiciones de principio y de determinados derechos previstos en el Capítulo III de naturaleza económica o social.

Partamos, primeramente, por la educación, que en el artículo 19 N°10 del texto original de 1980 lo señala únicamente como una libertad, garantizando el Estado la obligatoriedad y gratuidad de un sistema de educación básica, que consideraba 8 años escolares, dejando los demás grados de educación como un derecho y deber de los padres. Luego de 19 años en que se mantuvo esta situación, en 1999 (Ley 19.634) se reforma este artículo, agregándose la obligación de promoción del Estado de la educación parvularia o preescolar, agregándose la siguiente frase: “El Estado promoverá la educación parvularia.”.

Es recién en el año 2003 (Ley 19.786) que se incorpora al Texto Constitucional la obligación del Estado de garantizar el acceso a un sistema de educación de nivel secundario gratuito, modificándose la Carta Fundamental con el siguiente párrafo, “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.”. Finalmente, cinco años después (2008, Ley 20.162), se agrega: “Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que este constituya requisito para el ingreso a la educación básica.”.

Conforme con lo anterior, y luego de las señaladas reformas constitucionales, hoy la Carta Fundamental chilena reconoce en su artículo 19 N° 10 el derecho a la educación como un derecho prestacional en cuanto garantiza el acceso gratuito a los niveles de educación de segundo nivel de transición, educación básica y educación media. Sin embargo, no se contemplaron acciones procesales constitucionales expresas-literales que aseguraran su prestación. Cabe anotar como asignatura constitucional pendiente a este punto la garantía a la educación superior, pues el Estado solo tiene una obligación de fomento, sin asegurar su acceso a todos los chilenos.

En esta materia el Tribunal Constitucional, en relación con la obligatoriedad de concreción del derecho a la educación, explícita en Sentencia Rol 410-2004 que “en ligamen con el derecho a la educación ejercido a través de la enseñanza formal, es de la mayor importancia realzar el esfuerzo compartido que fluye del numeral 10° del artículo 19 de la Constitución ya transcrito. Efectivamente, el inciso quinto de aquel precepto impone al Estado el deber de financiar un sistema gratuito de educación básica y media, destinado a asegurar su acceso a toda la población. Y, confirmando la participación activa que incumbe a la comunidad en la concreción de

esta actividad de bien común, el inciso final del numeral 10º establece que ella ha de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación;” (considerando octavo). Continúa el tribunal señalando “Que el deber del Estado de otorgar la referida enseñanza gratuita, ya explicado, ha de ser cumplido por iniciativa propia y con diligencia especial, siendo insostenible argumentar, desde el ángulo de la interpretación de buena fe, finalista y razonable de la Constitución que, por no haber sido contempladas acciones y recursos jurisdiccionales de jerarquía constitucional para compeler a los órganos públicos competentes a cumplir ese trascendental cometido, se hallen en situación de eludirlo, o satisfacerlo discrecionalmente. Nunca cabe olvidar lo mandado en el artículo 6º del Código Político, base institucional que exige de las autoridades públicas, sin salvedad ni omisión, cumplir lo ordenado en él” (considerando vigésimo tercero).

Por su parte, en relación con la obligación del Estado de fomentar la educación parvularia, el señalado tribunal ha planteado en Sentencia Rol N° 465-2006, “Que se trata de una educación que, en cumplimiento del mandato del párrafo cuarto del N° 10 del artículo 19 de la Constitución, debe ser ‘promovida’ por el Estado, lo cual significa, como se señalara en el considerando decimocuarto, “asumir por parte del Estado la responsabilidad de colaborar activamente en el desarrollo de la educación parvularia en nuestra sociedad”, y “no constituye un mero reconocimiento, sino el compromiso estatal de desarrollar todas las acciones, con la mayor cantidad de recursos de que pueda disponerse, para garantizar que en Chile se promueva y exista el mejor nivel posible de educación parvularia” (considerando trigésimo segundo).

Conjuntamente con lo anterior, el Tribunal Constitucional chileno ha desarrollado la idea de la calidad de la educación al establecer en Sentencia Rol 1361-2009 “Que, a juicio de este Tribunal, cuando la Constitución asegura el derecho a la educación, exige que el Estado adopte las medidas para que la que reciban los alumnos sea de la mayor calidad posible. Por lo tanto, si la norma impugnada persigue ese objetivo y establece mecanismos idóneos para alcanzarlo, sin infringir otros principios constitucionales, este Tribunal no tiene ningún reproche que formular” (considerando trigésimo noveno).

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha tratado el alcance del mandato contenido en la carta fundamental en esta materia, en Sentencia Rol 1363-2009, al señalar que, “Este exige que el Estado cree las condiciones para que pueda ejercerse y así las personas logren su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida (artículo 19, N° 10, inciso segundo). Para lograr este propósito, pueden perfectamente establecerse regulaciones, pues la comunidad “debe contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de la educación” (artículo 19, N° 10, inciso final)”. (Considerando decimoquinto)... y que “Para este Tribunal la finalidad de mejorar la calidad de la educación es claramente una finalidad que legítimamente puede perseguir el legislador. Esta finalidad está comprendida como un derecho que la Constitución asegura a todas las personas en el artículo 19, N° 10, y, por lo tanto, su persecución no solo es legítima sino que es una exigencia que el legislador y la autoridad deben requerir;” (Considerando decimonoveno).

Resulta interesante anotar cómo el ordenamiento jurídico chileno se diferencia de los avances que experimentan otros países latinoamericanos –al menos, en cuanto al reconocimiento expreso del texto–, pues por ejemplo Argentina, al alero de la Constitución de 1983, reformada el año 1994 (art. 5) prevé: “cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo y republicano, de acuerdo con los principios, derechos y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure (...) la educación primaria.”, agregando (art. 14), “todos los habitantes de la nación gozan –entre otros– del derecho a enseñar y aprender, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Y su artículo 67 que faculta al Congreso para “proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria (...)”. La redacción del texto constitucional de 1853, que consagra el derecho de manera sucinta como una libertad, ha sido desarrollado en la Ley de Educación Nacional del año 2006, estableciéndose como un “bien público y un derecho personal y social garantizado por el Estado”. La ley busca la universalización progresiva de los servicios educativos; crea el Consejo Federal de Educación, al que le atribuye las funciones de concertación, acuerdo y coordinación de la política educativa nacional, asegurando la unidad y articulación del Sistema Educativo Nacional¹⁶⁸.

168 DERECHO A LA EDUCACIÓN: UNA MIRADA COMPARATIVA. Vernos Muñoz, UNESCO 2012, <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002198/219822s.pdf>

En el caso de Brasil, su Constitución (art. 6º) nos conduce a la normativización expresa del derecho prestacional, social, a la educación. Advierte el Constituyente (art.25): “La educación, derecho de todos y deber del Estado y de la Familia, será promovida e incentivada, con la colaboración de la sociedad, tendiendo al pleno desarrollo de la persona, a su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y a su cualificación para el trabajo”. Sin embargo, como contrapunto reiterado encontraremos las críticas que apuntan a las diferencias entre el texto y la realidad social a la que apunta. Se advertirá por aquellos que la institucionalización del derecho resulta insuficiente para romper la tradición de una educación brasileña aún profundamente marcada por las desigualdades, discriminaciones y racismo, por una educación pobre para los pobres, por la inserción precaria en el mundo del aprendizaje¹⁶⁹.

En México también encontramos la línea constitucional de reconocer expresamente los derechos de prestación social como la educación (art. 3º), para el cual “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios– impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; esta y la media superior serán obligatorias. La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. (...) El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos.(...)”.

Nuevamente se aprecia la contrapartida del texto solemne institucional, pues revisamos críticas al estado real de garantía efectiva del derecho, advirtiéndose la “deuda” del Estado mexicano (sociedad y gobierno) con quienes viven en situaciones sociales caracterizadas por carencias de distinto tipo, lo cual los enfrenta a las desventajas importantes para desarrollar de manera exitosa la escolaridad obligatoria¹⁷⁰.

Retornando al tema central-eje de estas reflexiones, sobre las disposiciones de principio en Chile como verdaderas cláusulas subsidiarias que, por la vía interpretativa, nos permiten, en ciertos casos, reconocer-garantizar derechos de prestación material-social, revisemos ahora la consagración del “derecho a la protección de la salud” (regulado en el art. 19 N° 9 de la CPR). Para el Constituyente de 1980, 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 este estatal o privado”.

El señalado precepto ha mantenido su redacción original, destacando de su lectura el claro modelo de Estado subsidiario que supone la norma, la cual limita la naturaleza prestacional de derecho a la salud, sin otorgarle la llamada “justiciabilidad” para amparar su ejercicio, sino únicamente en cuanto al derecho a elegir el sistema de salud, que se encuentra protegido por una acción procesal constitucional (recurso de protección).

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional por medio de la hermenéutica constitucional finalista y armónica ya explicitada de la Carta Política, ha realizado avances en materia de cobertura prestacional social, como se puede observar en las siguientes resoluciones.

En Sentencia Rol 976-2007, el Tribunal Constitucional a propósito de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la llamada “Ley de Isapres” reconoce la preexistencia de derechos fundamentales

169 INFORME SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN BRASIL. Contribución al informe de la sociedad civil en el 13er periodo de sesiones del Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/session13/BR/JS4_UPR_BRA_S13_2012_JointSubmission4_S.pdf

170 EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN MÉXICO, Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, Informe 2009, http://www.inee.edu.mx/archivosbuscador/2010/05/INEE-20100543-derechoeducacion_completob.pdf

de la persona y la obligación del Estado al señalar “Que, en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, se articula el sistema constitucional chileno, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y privados, en ejercicio de la competencia y facultades, respectivamente, que les han conferido la Constitución y la ley, no solo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos;” (considerando vigésimo cuarto). Conjuntamente con lo anterior, en la misma sentencia se menciona los avances que en esta materia consagra la doctrina, en el sentido de entender los derechos económicos, sociales y culturales, como prestaciones y no simples garantías: “Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica. Acertadamente, se ha escrito¹⁷¹ que en tales derechos: “El núcleo normativo es que el sujeto tiene un título para exigir que se entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre tales derechos encontramos la prestación de un servicio (educación, salud, protección del riesgo, etc.). (...) Desde un punto estructural, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos civiles o políticos. En particular, no es correcto afirmar sin ningún tipo de matización que los derechos sociales son siempre derechos de prestación, mientras que los llamados derechos civiles o políticos no lo son. Entre los derechos civiles más básicos encontramos también derechos de prestación como el derecho a un juicio imparcial. (...) Incluso la pura seguridad jurídica de la persona y los bienes, que da lugar a un derecho humano primario y antiquísimo, quizás el más antiguo, exige la previa instauración de lo que se ha considerado un bien público originario: El Estado y la ley;” (Considerando Vigésimo sexto). En este mismo sentido, y ahora en específico respecto al derecho a la salud, en el fallo se establece, “Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea;” (considerando vigésimo noveno). Finalmente, esta sentencia de gran trascendencia en el derecho chileno aclara los principios aplicables en la interpretación de la Constitución señalando, “Que, aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional y siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquier interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no solo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos” (considerando trigésimo cuarto).

A continuación, el Tribunal Constitucional mantiene esta misma línea interpretativa en reiterados fallos, conociendo recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, así en Sentencia Rol 1218-2008 se reconoce el carácter de segunda generación del derecho a la salud, al disponer “Que, en conclusión y coincidiendo con lo sostenido por la doctrina citada, cabe reconocer que los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social son de naturaleza prestacional o de la segunda generación, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica, habida consideración de que la satisfacción de tales exigencias representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea” (considerando vigésimo tercero).

Conjuntamente con lo anterior, el TC, en Sentencia Rol 1348-2009, integra y relaciona con el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social al señalar “Que la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de

171 Francisco J. Laposta: “Los Derechos Sociales y su Protección Jurídica. Introducción al Problema”, en Jerónimo Betegón et. al, (coordinadores): Constitución y Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2004) (pp. 299 y 301).

seguridad social que son asegurar a sus beneficiarios “condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar.” (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210).” (Considerando Septuagésimo cuarto), “Que, a mayor abundamiento, la relación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud se ha visto expresada en las consagraciones jurídicas internacionales, como el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que incluye como “riesgos y contingencias sociales en el ámbito de su protección: enfermedad, maternidad, vejez, invalidez, muerte, cesantía o desempleo, cargas familiares y riesgos profesionales”¹⁷².

Resulta relevante seguir revisando la hermenéutica finalista, como en la Sentencia Rol 1710-2010, el Tribunal Constitucional se refiere a la trascendencia de los derechos fundamentales y, específicamente, de la dignidad de la persona, al establecer, “Que los derechos que se encuentran consagrados en las disposiciones constitucionales consideradas trasgredidas por las sentencias previas de inaplicabilidad que dan sustento a este proceso, solo pueden ser descritos si se enmarcan en su sustrato normativo constitucional –en la dignidad de la persona– y en su pertenencia a la calidad de derechos fundamentales;” (Considerando Octogésimo cuarto). Continúa el Tribunal señalando “Que, respecto de la misma materia, el tratadista José Luis Cea Egaña sostuvo sobre la aludida disposición constitucional, en lo relativo a la expresión dignidad, que “toda persona humana, por ser tal y sin más exigencias, nace y ha de convivir con la cualidad de digno, o sea, de trascendente en la historia, sujeto libre e igual al prójimo, cuyo destino es realizar un proyecto de vida, con sello singular o propio”, agregando que “el hombre (como equivalente de persona) resulta así un depósito o cúmulo de valores supremos, con los cuales nace y los concreta durante su vida. Entre ellos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. Tales son, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad, a la defensa jurídica en un proceso justo, a la libertad de conciencia y expresión, a la libertad personal, al trabajo, al descanso, de la protección de la salud y a la propiedad. Pues bien, la dignidad es la fuente de esos atributos naturales.” (José Luis Cea: Derecho Constitucional Chileno, Ediciones UC, segunda edición actualizada, 2002, p. 170);” (Considerando Octogésimo sexto). Y “Que, asimismo, esta Magistratura señaló en dos de los considerandos de su sentencia recaída en la causa Rol 1273 (Considerando Cuadragésimo quinto y Cuadragésimo sexto) que la irradiación de la dignidad de la persona hacia todo el articulado de la Constitución presenta una doble dimensión, como principio y como norma positiva. En la misma sentencia el Tribunal razonó en el sentido de que, sin perjuicio de la singularidad sustantiva y procesal de cada disposición constitucional invocada como vulnerada por el mismo precepto bajo actual examen, los derechos en ellas consagrados “no pueden considerarse de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación a otras disposiciones y valores constitucionales” (Considerando Cuadragésimo séptimo);” (Considerando Octogésimo octavo).

Hemos detallado esta labor jurisdiccional pues es indispensable, como anticipamos al iniciar este documento, tenerse presente que la Corte Constitucional juega un rol relevante en Chile y el derecho comparado para hacer suyas directrices interpretativas, a partir de disposiciones de principio –aún sin identificarlas de esta forma– de carácter finalistas, teleológicas y armónicas, para garantizar en determinados casos prestaciones materiales–sociales.

Nuevamente, como ya enunciamos anteriormente respecto de la educación, en el derecho comparado de la región vemos consagraciones expresas de derechos, aun cuando acto seguido revisamos críticas de la doctrina a su falta de garantía o cumplimiento efectivo.

172 (citado en: Gobierno de Chile, MINSEGPRES: Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006), LOM, Santiago de Chile, 2010, Tomo I, p. 223);” (Considerando Septuagésimo quinto).

En el caso de Argentina, su Carta Política estableció (art. 33) que “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”. La reforma constitucional de 1994 determina el rango constitucional de ciertos tratados internacionales ratificados, lo que permite de lleno la judicialización del derecho a salud por medio de la acción de amparo. Encontramos también aquí críticas–desafíos al estado real de las prestaciones versus el ordenamiento jurídico¹⁷³.

La normativización expresa garantista será propia de la Carta de Brasil de 1988, al establecer que “La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.” (Art. 196).

Aun con esta consagración como derecho prestacional y justiciable, de responsabilidad del Estado, las críticas norma–realidad–siguen aflorando. Esto motiva acciones –advierte la doctrina– por las cuales los tribunales desarrollan una vasta jurisprudencia en cuanto a la judicialización de su ejercicio. Un ejemplo típico de la “judicialización de la salud” ante los tribunales brasileños son las demandas presentadas, individual o colectivamente, contra la Administración Pública para la entrega de medicamentos no incorporados al Sistema Único de Salud¹⁷⁴.

En el caso mexicano, la reforma introducida en el año 1987 incorporó la consagración del derecho a la salud en su Texto Fundamental (art. 4 inciso 4): “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”. Se ha planteado –siguiendo el mismo estado de críticas ya reseñado en el derecho comparado– que, aunque el Estado mexicano contempla en su Constitución a la salud como un derecho social, en la práctica, este derecho no se ve reflejado ni en la existencia de mecanismos para hacerlo exigible, ni en una situación social que permita avalar que el derecho a la salud es una realidad¹⁷⁵.

Volviendo a la institucionalidad chilena, en particular al “derecho a la seguridad social”, esta se encuentra regulada en el art. 19 N° 18 de la CPR, configurándose como una garantía mínima de “prestaciones básicas uniformes”, texto que no ha sido modificado desde su promulgación originaria en 1980. El precepto señala, “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”.

Ahora bien, también en este caso el Tribunal Constitucional ha interpretado teleológicamente esta garantía –que hemos descrito a lo largo de este documento–, reconociendo ciertos caracteres prestacionales justiciables y exigibles relacionándolo con el derecho a la vida y a la dignidad de la persona y el derecho a la igualdad.

Es así como la Sentencia Rol N° 767–2007 destaca el carácter público subjetivo del derecho a la seguridad social, como se ha tratado en la doctrina nacional, señalando “En opinión del profesor Patricio Novoa, los derechos públicos subjetivos de la seguridad social importan verdaderas facultades de los administrados frente a la administración, quienes por su naturaleza de personas son acreedoras al otorgamiento de las prestaciones necesarias para cumplir y satisfacer sus necesidades y lograr su bienestar (Derecho de la Seguridad Social, p. 153 y ss.). Ello ha llevado incluso a la doctrina a consignar que los derechos públicos subjetivos de la seguridad social –entre los que se encuentra ciertamente el derecho y deber de cotizar– se caracterizan por ser: a) patrimoniales, en tanto forman parte del patrimonio de las personas, destinadas a asistirles para que

173 EL DERECHO A LA SALUD. 200 AÑOS DE POLITICAS SANITARIAS EN ARGENTINA. Ministerio de Salud de la Nación. Primera edición 2012. <http://www.msal.gov.ar/images/stories/ministerio/libro-el-derecho-a-la-salud/libro-el-derecho-a-la-salud.200-a-%C3%B1os-de-politicas-sanitarias-en-argentina.pdf>

174 TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO PÚBLICO A LA SALUD EN BRASIL. Ricardo Perlingeiro. https://www.academia.edu/3346268/La_tutela_judicial_del_derecho_publico_a_la_salud_en_Brasil_Judicial_Protection_of_the_Public_Right_to_Health_Care_in_Brazil

175 DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO. UN ANÁLISIS DESDE EL DEBATE TEÓRICO CONTEMPORÁNEO DE LA JUSTICIA SANITARIA, Lucía Montiel, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/40/pr/pr15.pdf>

puedan llevar una vida digna, cuando se verifique algún estado de necesidad; b) personalísimos, de modo que son inalienables e irrenunciables; c) imprescriptibles, en cuanto las personas siempre podrán requerir al Estado o a los particulares que, en virtud del principio de subsidiariedad, administran parte del sistema, los beneficios para aplacar el estado de necesidad que los afecte, y d) establecidos en aras del interés general de la sociedad;” (Considerando Décimo quinto).

El Tribunal Constitucional en esta materia ha tratado, asimismo, la conexión entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la vida y dignidad de la persona (Sentencia Rol N° 790-2007) al establecer, “Que el derecho a la seguridad social, en la visión que ha sustentado la doctrina más reciente, tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal. (Héctor Humeres Noguera. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 23.) Así, el derecho a la seguridad social constituye una directa y estrecha proyección de la dignidad humana a que alude el artículo 1º, inciso primero, de la Carta Fundamental;” (Considerando Trigésimo primero). En el mismo fallo se expresa el principio de integridad o suficiencia del derecho, al señalar, “Que uno de los principios que, a juicio de la doctrina, informa el derecho a la seguridad social es el de la integridad o suficiencia, que se refiere a la circunstancia de que todas las prestaciones médicas, económicas o familiares sean suficientes para atender la contingencia social respectiva y capaces de solucionar el caso social. En lo que atañe a los montos de las prestaciones, se estima que deben ser de tal calidad que permitan a la persona continuar viviendo en condiciones relativamente similares a las que tenía cuando disfrutaba de su capacidad de trabajo y que el reajuste, en caso de aumento del costo de la vida, resulta absolutamente indispensable, ya que representa una garantía del valor real de las prestaciones”. (Humeres, ob. cit, pág. 34);” (Considerando Trigésimo tercero).

Esta sede jurisdiccional, a su vez, bajo Sentencia Rol 2275-2012, el TC determina la efectividad que el desarrollo social y cultural del país ha entregado a los derechos prestacionales como la seguridad social, señalando “En esos y otros derechos, como la seguridad social, la formulación del principio tiene el desarrollo que, de acuerdo a las pautas culturales que determina la evolución de la sociedad, el intérprete constitucional contribuye a establecer. De lo contrario, se asistiría a una mera proclamación, que no generaría consecuencias jurídicas, asunto que no se condice con el estado actual del constitucionalismo, que justiprecia la fuerza normativa de la Constitución. En tal sentido, esta Magistratura ha señalado que los derechos sociales lo son efectivamente “y no simples declamaciones o meras expectativas cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica” (sentencias roles N°s 976, 1218 y 1287);” (Considerando Tercero).

Finalmente, en reiterados fallos el Tribunal Constitucional ha reconocido y desarrollado los principios que integran el derecho a la seguridad social establecido en la Constitución (Sentencias Rol 1769-2010, 1785-2010, 1808-2010, 1745-2010): “Que, en efecto, este Tribunal ha señalado que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional, en el que se recogen los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N° 9º) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18º) (STC Rol N° 1710, considerandos 131º a 135º). En la seguridad social, la acción del Estado, incluido por tanto el legislador, debe estar “dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes” a las prestaciones de seguridad social. Dicho rol, como se observa, implica, por de pronto, “garantizar”. Tal mandato conlleva un rol activo, no pasivo; se trata de hacer todo lo posible para que lo encomendado se lleve a cabo. Enseguida, implica garantizar “el acceso”. Ya se observó por esta Magistratura (STC Rol N° 1710) que esta fórmula era la manera en que la Constitución busca hacer viables los derechos sociales que regula (educación, salud y seguridad social). Exige que se permita incorporar o acercar a las personas a un régimen de prestaciones, con o sin cotizaciones obligatorias. Finalmente, implica el acceso sin discriminaciones, pues el mandato constitucional es para que “todos los habitantes” puedan involucrarse. Se consagra así el principio de universalidad subjetiva de la seguridad social, pues son todas las personas a quienes el Estado debe garantizar el acceso a prestaciones”.

En el derecho comparado –siempre tomando a modo ejemplar algunos casos regionales–, se difiere de esta omisión expresa de normatividad y, por el contrario, apreciamos como el Constituyente sí incorpora la institucionalidad prestacional-social. La Carta Fundamental argentina de 1853 no contemplaba la consagración expresa del derecho a la seguridad social, hasta la reforma constitucional de 1975, que incorpora el siguiente texto en el artículo 14 bis: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”. Nuevamente debe hacerse presente la crítica en la que se advierte que, pesar del espíritu de la norma transcrita, que otorga un claro sentido prestacional al derecho, con posterioridad al año 1991, Argentina –mediante leyes y decretos– enfrenta un alejamiento de la finalidad constituyente reduciéndose y rebajándose los beneficios que esta garantía pretendía otorgar por parte del Estado. Como consecuencia de todo ello, advierten que puede afirmarse que, en general, las reformas no han favorecido los niveles de protección ni han mejorado la gestión de la seguridad social¹⁷⁶.

Por su parte, la seguridad social en la Carta Fundamental se remonta al año 1923, época de creación de las primeras cajas de compensaciones, robusteciendo su normatividad posteriormente hasta consagrar (arts. 194 y 195): “La seguridad social comprende un conjunto integrado de acciones de iniciativa de los Poderes Públicos y de la sociedad, destinadas a asegurar los derechos relativos a la salud, a la previsión y a la asistencia social. (...)”. “La seguridad social será financiada por toda la sociedad, de forma directa e indirecta, en los términos de la ley, mediante recursos provenientes de los presupuestos de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, y de las siguientes aportaciones sociales: 1. de los trabajadores; 2. de los trabajadores; 3. sobre los ingresos de apuestas. (...)”. Ahora bien, más allá del marco dispositivo, la evolución del sistema de protección social, a partir de las instituciones embrionarias del seguro social hasta llegar a la concepción de seguridad social hoy vigente –se advierte–, ha tenido una trayectoria irregular –fruto en parte de las demandas de la sociedad civil organizada, como también de concesiones del Estado– que se ha orientado, sin embargo, hacia la creciente ampliación de la cobertura, tanto en un sentido horizontal como vertical¹⁷⁷.

Por último, en el caso mexicano, su art. 123 del Texto Constitucional prescribe las normas básicas sobre seguridad social para cubrir los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales y no profesionales, maternidad, jubilación, invalidez, vejez y muerte. En 1995 se transforma el Sistema de Seguridad Social a través de la expedición de la Ley del Seguro Social, estableciendo que la seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado¹⁷⁸. En 1997 se modifica el sistema de reparto por el sistema de cuentas individuales.

De esta manera, observamos la constante de la normativización de derechos prestacionales-sociales en países de la región, dejando a Chile en un aislamiento dispositivo-constitucional, pues la institucionalidad nacional es clara en proclamar y priorizar un Estado subsidiario, partidario del derecho a la propiedad y la libertad económica. Será el emprendimiento propio de una economía de mercado la plataforma, por regla general, para las prestaciones económicas, sociales y culturales.

Sin embargo, la necesidad de avanzar hacia un Estado de derecho garantizador no solo de los derechos políticos y de corte no prestacional, sino aquellos que permitan el desarrollo de una vida digna en justicia e igualdad –como proclama el art. 1 de la CPR–, lleva a la jurisdicción nacional –como hemos extensamente revisado– a sustraer de la dogmática constitucional las herramientas que permitan soluciones que nos lleven

176 LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA, Graciela E. Cipolletta, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/8/art/art1.pdf> BANCO DE INFORMACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL IBEROAMERICANOS, edición año 2012, <http://www.oiss.org/bissi/>

177 BANCO DE INFORMACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL IBEROAMERICANOS, edición año 2012, <http://www.oiss.org/bissi/>

178 BANCO DE INFORMACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL IBEROAMERICANOS, edición año 2012, <http://www.oiss.org/bissi/>

a soluciones de derecho justo (Larenz), que permitan el mejor derecho posible (Lombardi), y alcancemos una concordancia-simetría entre la convivencia nacional y el sentimiento constitucional (Lucas Verdú).

Las disposiciones de principio Constitucional (Crisafulli) serán herramientas utilizadas –aún sin que los operadores del derecho las reconozcan formalmente– como material de interpretación teleológica, finalista y armónica. Esto permitirá viabilizar –a partir de valores superiores consignados principalmente como “bases de la institucionalidad” – la garantización de derechos sociales, económicos y culturales, no asumidos por la normatividad expresa y originaria, para llevarnos progresivamente a la comunidad nacional de “tener una Constitución” a “estar en Constitución” (Lucas Verdú).

Si observamos el desarrollo jurídico del derecho público euroatlántico de posguerras, modelos constitucionales como el italiano o el español llevan a las fuerzas políticas y grupos de presión a procurar llevar sus “ideologías” de modelos económicos a rango fundamental. Esta “amalgama” de disposiciones, reiteradamente contenedoras de principios diversos y contradictorios, lleva a Pizzorusso a describirlos como “la panoplia constitucional”¹⁷⁹.

Resulta ilustrativo observar el artículo 41 de la Constitución italiana de 1947, al postular, “la iniciativa privada económica es libre. No puede ejercerse en contra de la utilidad social o en un modo que cause daño a la seguridad, la libertad y la dignidad humana.

La ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad económica, pública y privada pueda ser dirigida y coordinada a los fines sociales”.

Por su parte, el artículo 3.2 señala como competencia de la República (Estado) remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

El artículo 9.2 de la Constitución española recoge el artículo 3.2 de la Constitución italiana al establecer: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Adicionalmente, el artículo 38 de la Constitución española “reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. A su vez, el art 40.1 prescribe, “...los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico, y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”. Por último, en su título séptimo sobre economía y hacienda (art. 128) afirma: “Toda riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general”.

En Alemania, la Constitución garantiza tanto la protección de la libre adquisición de bienes como la protección de lo ya adquirido. El Tribunal Constitucional alemán ha declarado que “un principio básico de la actual Constitución Económica es la libre competencia de los empresarios que crean oferta y demanda en el mercado”. Y ha defendido la “neutralidad económica y política de la Constitución”. En Alemania, desde 2009, 20 años después del Tratado de Maastricht, su Ley Fundamental señala un límite de déficit y se crea el “Consejo de Estabilidad”, como órgano de Gestión y Control Presupuestario de la Federación y los Länder. La reforma italiana de 2012 se encuentra bajo estos lineamientos.

No nos referimos en este documento a la situación constitucional anglosajona, en cuanto no regula como sabemos –como el sistema de fuentes caracterizador de los textos escritos europeos y latinoamericanos–

179 Alessandro Pizzorusso, Lecciones de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Tomo I, págs. 77 y ss.

disposiciones expresas y detalladas sobre rol del Estado y derechos económicos y sociales. Conviene eso sí mencionar a Postner para quien los jueces, cuando aplican el *common law* en Estados Unidos de América, tienen “poco que hacer en el problema de la distribución”, en el debate ya clásico sobre el denominado Análisis Económico del Derecho (AED)¹⁸⁰. Y apuntar, en vía ejemplar, a Calabresi, como uno de los líderes de la necesidad de completar el AED con “consideraciones distributivas”, doctrina respecto de la cual la categoría de la eficiencia no es el único valor social¹⁸¹.

Estabilidad-sostenibilidad como bien constitucionalmente protegido

Ahora bien, hemos visto muy sumariamente la tendencia regional de procurar, progresivamente, en particular en las últimas 3 décadas, institucionalizar formalmente derechos fundamentales de naturaleza económica, social y cultural “prestacional” (somos reconocedores del debate sobre esta calificación, pero no entramos a este análisis, recogiéndolo para los efectos propedéuticos), con el objeto de imponer una obligación material a los órganos públicos competentes. Lo anterior sumado –en concordancia– a un Estado-actor-protagonista en la economía, de manera de reconocerlo como pilar del cumplimiento del objetivo del bienestar colectivo.

El Derecho constitucional euroatlántico de posguerras, por su parte, estará caracterizado por normas de rango constitucional que permiten un marco de Estado benefactor, así como la actuación de los órganos públicos en la economía y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Paralelamente, el Constituyente asegura la libertad empresarial, el funcionamiento del mercado y el derecho de propiedad.

El desarrollo y estabilidad económica observado en los países de la Unión Europea conlleva –en muchos casos– la progresiva constitucionalización –por la vía de la hermenéutica recogida por la jurisprudencia y no necesariamente de la norma expresa–, dentro del concepto de Estado Social de Derecho, a la exigibilidad de los DESC de alto costo económico (vivienda digna, trabajo –subsidios de cesantía prolongados, cobertura de salud, etc.).

Se avanzó de esta manera en Europa hacia la homologación de los derechos de prestación cada vez más ambiciosos, dentro de los mínimos supuestos del Estado de Derecho.

Sin embargo, la crisis económica que afecta en los últimos años al “Viejo Continente” coloca en “jaque” esta férrea defensa de los DESC ampliamente prestacionales, pues, ante la imposibilidad de los órganos públicos de cumplirlos efectivamente por falta de recursos públicos, sitúa a la institucionalidad ante la contradicción de colocarse en situación de inconstitucionalidad.

Tras haber asentado en la Constitución –bajo normas expresas y formales o por la vía de la hermenéutica jurisdiccional o doctrinaria– DESC fuertemente prestacionales, como supuesto indispensable del vigente Estado de Derecho, tras las crisis económicas de la Unión Europea, vemos una interesante “reacción constitucional”, tras el concepto de la “estabilidad-sostenibilidad”, como bien rector de la política pública del Estado constitucionalmente protegido.

En este sentido, a vía ejemplar, la Constitución Española fue reformada en el 2011, para asegurar el “principio de la estabilidad presupuestaria” imperativa para “todas las administraciones públicas”, prohibiendo el “déficit estructural”, entregando la fijación de un máximo a la definición legal. La excepción para trasgredir este límite se refiere a catástrofes naturales, recesión económica, emergencia extraordinaria, que “escapen al control de Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de la Cámara de Diputados”.

180 Postner Richard, “Economic Analysis of Law, Little Brown and Company”, y Calabresi, Guido, “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, Yale Law Journal, Vol. 68. 1961. Pág. 499 y ss. Textos analizados por Alberto Ricardo Dalla Vía, “Derecho Constitucional Económico”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 77 y ss. (citas 12 y 13).

181 Calabresi, Guido, “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, Yale Law Journal, Vol. 68. 1961. Pág. 499 y ss. Textos analizados por Alberto Ricardo Dalla Vía, “Derecho Constitucional Económico”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 77 y ss. (citas 12 y 13).

La “estabilidad-sostenibilidad” se ha consagrado como un “valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación de Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social”. Sobre el particular, el reciente trabajo monográfico (2013) de Javier Pérez Roca y Miguel Ángel Martínez desarrolla latamente esta dirección en diversos países europeos de la Unión, como Italia y Francia, Alemania o Suecia, destacando respecto a este último país, que junto con entregar al Parlamento la autorización de suscripción de créditos y obligaciones financieras, determina un límite al gasto de acuerdo a los ingresos, estableciendo límites por servicios sociales y prioridades políticas, dentro de los instrumentos de gobierno con rango constitucional¹⁸².

Encontramos en los acuerdos de la Unión Europea y de sus respectivos Estados miembros reglas de frenos al endeudamiento, valorización de la estabilidad financiera, como “normas de principios o finalistas”, en suma como “bienes constitucionalmente protegidos”.

Ante este escenario constitucional es atingente interrogarnos –siguiendo a García-Roca y Martínez Lago– “¿Es la estabilidad presupuestaria una ideología liberal que dificulta las políticas socialdemócratas?”.... ¿Esto es, supone la no imperatividad ilimitada consagrar “una política económica liberal en la Constitución?”... Hemos enterrado definitivamente a KEYNES en provecho de Hayeck o de Buchanan... hay un cambio de paradigma económico...” de más. ¿O por el contrario (la constitución económica), se trata de una regla neutra que admite diversas direcciones?

Apreciamos que el Estado Social y Democrático de Derecho –noción que como anotamos alcanza en la Europa de posguerras su mayor consolidación– puede y debe desarrollarse en un marco de estabilidad y sustentabilidad. Los DESC son de esencial recepción en la Carta Fundamental, mas deben consagrarse, “seriamente”¹⁸³.

La CPR asume en este contexto un marco de direcciones políticas “*indirizzi*”, que permiten al Gobierno electo llevar a la ejecución efectiva su programa, dentro de un ámbito de cumplimiento de disposiciones de principio constitucional basados en valores fundamentales, un “piso axiológico en la Constitución económica”.

Los valores jurídicos protegidos en el orden económico constitucional se basan, entonces, en la efectiva consagración y garantización de los DESC, al amparo de los principios del bienestar colectivo o bien común que marcan la actuación de los órganos públicos. El Estado encontrará así en la Carta Fundamental su rol solidario, la capacidad de actuar como Estado empresario, debidamente regulado por ley, y asegurar, asimismo, a los particulares el derecho a realizar actividades económicas libremente, bajo parámetro de la propiedad privada y la función social de la misma.

La “Constitución económica no es neutra” –emulando la conceptualización europea–, sino que es finalista, incluye como valores superiores el bienestar social con estabilidad y sustentabilidad.

Los DESC se reconocen por el Constituyente y obligan a las políticas públicas que desarrollan los órganos públicos. Su ejecución será un imperativo que se entrega al legislador que actúa por medio de los marcos presupuestarios para las políticas públicas de los gobiernos electos. A su vez, será sustento, en los casos que el legislador defina, para actuar como Estado empresario y promover la asociación público-privada. El objetivo de la consecución de los DESC es una tarea siempre inconclusa y progresiva, que se vincula a la calidad de vida en sociedad, con sustentabilidad ambiental en un marco de estabilidad presupuestaria, todos factores de principio constitucional.

El Constituyente consagra un marco de disposiciones como “mínimo constitucional indisponible”, que asegura a todas las personas, cuya gradualidad y alcance se desarrollará por estos marcos presupuestarios que desarrollan el Gobierno electo y las mayorías parlamentarias, titulares de la representatividad que emana de la soberanía popular, los que tienen, a su vez, que velar por el principio, también constitucional, de la estabilidad presupuestaria.

182 Sobre la experiencia europea, las propuestas en Italiana, Francesa, Alemana, en esta misma línea argumental el trabajo de Javier García Roca y Miguel Ángel Martínez L. en Estabilidad presupuestaria y consagración del Freno Constitucional al Endeudamiento”, Civitas- Thomson Reuters, España, 2013, en especial págs. 42 y ss

183 Ronald Dworkin, Los derechos en Serio, Ariel, Octava Ed, 2010, pág 303.

Bases y Dudas acerca de la Reforma a la Reforma

Miguel Ángel Fernández González¹⁸⁴

I. Introducción

Agradezco al Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales –CLAPES UC– por la invitación a participar en este Seminario sobre Nueva Constitución o Reforma Constitucional, ¿Refundación del Estado o Progreso Institucional?, a propósito del cual se me ha pedido intervenir en esta mesa dedicada a examinar el cambio constitucional y los métodos de reforma, a partir de la ponencia elaborada por el profesor José Luis Cea Egaña¹⁸⁵.

Para analizar el tema propuesto, en primer lugar, considero útil recordar algunos procesos de reforma constitucional habidos en Chile, pues de ellos surge, sin excepción, que terminan siendo, en mayor o menor grado, de naturaleza originaria cuando se proponen cambios profundos, aunque se proclame que se trata simplemente de ejercer el poder constituyente derivado. En seguida, resumiré tres consideraciones que estimo ineludible tener en cuenta, antes de reflexionar en torno de las bases y dudas acerca de la reforma a la reforma, es decir, de los cambios que se introducirían al procedimiento de reforma constitucional hoy vigente en Chile¹⁸⁶ antes de proponer enmiendas sustantivas a la Carta Fundamental.

II. Precedentes

Como anticipaba, es ilustrativo traer a la memoria, muy brevemente, algunos precedentes históricos que dicen relación con procesos de reforma constitucional en Chile, pues ello nos fuerza a considerar que la reforma sustantiva que se proponga, por extensión y/o profundidad, terminará siendo, en definitiva, ejercicio del poder constituyente originario y, por ende, será difícil constreñirla dentro de las reglas y límites –formales y materiales– que se imponen a la función constituyente derivada.

En primer lugar, puede considerarse el artículo 133 de la Constitución de 1828 disponía que “el año de 1836 se convocará por el Congreso una gran Convención, con el único y exclusivo objeto de reformar o adicionar esta Constitución (...)”.

Sin embargo, el profesor Sergio Carrasco Delgado nos recuerda que:

“El 17 de febrero de 1831, casi un año después de la Batalla de Lircay, la Municipalidad de Santiago representó al Gobierno la urgencia de llevar a cabo la reforma de la Constitución (...).”

La Municipalidad fundaba su representación en que: “Las leyes constitucionales, aunque son perpetuas, no son irrevocables; porque esta perpetuidad solo tiene lugar mientras propenden al bien común, que es su único objeto. El artículo 133, retardando la corrección de los efectos que el tiempo y la experiencia nos han hecho conocer, pone al Estado en la necesidad de sufrir males que puedan disolver el poder político antes que corregirlo... Todo el período de la existencia de la Constitución ha sido de agitaciones y desastres”¹⁸⁷.

184 Abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Investigación Jurídica por la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile y en la Universidad de los Andes. Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado Integrante del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia de la Contraloría General de la República. Secretario de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Email: mafernandez@cfmv.cl

185 JOSÉ LUIS CEA EGAÑA: Ideas para el Debate Nueva Constitución o Reforma Constitucional ¿Refundación del Estado o Progreso Constitucional? (Santiago, 3 de octubre de 2014).

186 Capítulo XVI de la Constitución.

187 SERGIO CARRASCO DELGADO: Génesis y Vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002) pp. 106-107.

El mismo autor relata que, al día siguiente, el Gobierno sometió esa presentación al Congreso Nacional de Plenipotenciarios (que funcionaba como Comisión Permanente¹⁸⁸), la cual acordó, cuatro días después:

“(...) penetrado de los poderosos fundamentos de la representación municipal, que se imprimiera y repartiera a todos los pueblos, que se invitara a las asambleas y a los sufragantes a señalar si autorizaban a sus senadores y diputados para anticipar la fecha en que debía reunirse la convención constituyente y que si así fuera se estampara en las actas y poderes de los elegidos”¹⁸⁹.

En fin, el 1° de octubre de 1831 fue convocada la Gran Convención que se inauguró el 20 de ese mismo mes y año, debiendo concordarse en que:

“Estamos en presencia en la génesis de la Constitución conservadora de una «infracción» a la Constitución liberal y su plazo de espera hasta 1836 para la reforma”¹⁹⁰.

No obstante lo cual, el encabezado de la Constitución de 1833 igual declaró:

“Por cuanto la Gran Convención ha sancionado i decretado la siguiente reforma de la Constitución Política de Chile, promulgada en 1828, que ha jurado el Congreso Nacional, en los términos siguientes”.

Pues bien esta Nueva Constitución establecía, en sus artículos 165 a 168, que ninguna moción para reformarla podía admitirse sin que fuera apoyada, a lo menos, por la cuarta parte de los miembros presentes de la Cámara en que se propusiera; admitida a discusión, las Cámaras debían resolver que el artículo o artículos en cuestión exigían reforma, tras lo cual pasaría al Presidente de la República para su aprobación; y que, establecida por ley la necesidad de la reforma, se aguardaría la próxima renovación de la Cámara de Diputados para discutir y deliberar sobre la reforma que haya de hacerse.

Bien conocemos, sin embargo, los antecedentes de la Constitución de 1925, aunque en su encabezado dijera que:

“El Presidente de la República, por cuanto la voluntad soberana de la Nación, solemnemente manifestada en el plebiscito verificado el 30 de agosto último, ha acordado reformar la Constitución Política promulgada el 25 de mayo de 1833 y sus modificaciones posteriores (...)”.

Tal enmienda no se produjo, sin embargo, conforme al procedimiento descrito, sino, nuevamente, mediante un mecanismo ad hoc:

“La llegada triunfal del señor Alessandri se produjo el 20 de marzo y el 4 de abril tuvo lugar una reunión con 139 personalidades convocadas por él para tratar de la organización de la Asamblea Constituyente. En esta oportunidad explicó a su auditorio la dificultad de convocar de inmediato la Asamblea, con el objetivo de permitir que la jornada se hiciera con los nuevos registros electorales, y manifestó su opinión de que la Constituyente se formara en unas dos terceras partes por elección popular y en el resto por representantes de las fuerzas vivas de la nación”¹⁹¹.

En fin, el origen de la Constitución de 1980, desde luego, se produjo sin seguir el procedimiento de reforma establecido en los artículos 108 a 110 de su predecesora¹⁹², aun cuando, al menos en esta ocasión, el constituyente fue claro:

188 Conforme al Capítulo VIII de la Constitución de 1828.

189 SERGIO CARRASCO DELGADO: Génesis y Vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002) pp. 106-107.

190 FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA: “Constitución Conservadora Chilena de 1833 y la Visión Crítica de Alberdi”, UNED Revista de Derecho Político N° 78 (2010) pp. 382.

191 ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN: Tratado de Derecho Constitucional Tomo II (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997) p. 74.

192 MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: “Origen, Legitimidad y Consolidación de la Constitución”, Actas de las XXXII Jornadas de Derecho Público, Revista de Derecho (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 2001) pp. 321-340.

*“Que la H. Junta de Gobierno aprobó una nueva Constitución Política de la República de Chile, sometiendo su texto a ratificación plebiscitaria”*¹⁹³.

A mayor abundamiento y para no dejar la demostración de mi primera afirmación reducida solo al momento inicial de las Constituciones de 1833, 1925 y 1980, conviene considerar también casos de ejercicio del poder constituyente de reforma que, en definitiva, excedió o intentó exceder, al menos en lo formal, si es que no también en lo sustantivo, los procedimientos y límites establecidos en la Carta Fundamental vigente, como sucedió con las tres áreas de la economía¹⁹⁴ o en las que se concretaron en 1989¹⁹⁵ y 2005¹⁹⁶.

En definitiva, cuando, en lo sustantivo, se plantea un cambio de magnitud o intensidad relevante, a la Constitución vigente, convengamos, desde un principio, que será difícil circunscribir el procedimiento de reforma a la secuencia y requisitos contemplados para este efecto en la Carta Fundamental que se está tratando de reformar¹⁹⁷. Máxime si, aun antes de iniciar siquiera ese proceso, se sostiene la necesidad de enmendar el procedimiento mismo, como se verá enseguida.

III. Consideraciones previas

Antes de abordar dichas bases y dudas, estimo necesario dejar constancia de tres consideraciones previas, vinculadas con los argumentos para propiciar cambios sustantivos a la actual Constitución, incluso convocando a una Asamblea Constituyente, para dejar sentado que no los comparto y que, más aún, a mi juicio, constituyen un diagnóstico errado o insuficiente y, por ende, actuar con base en ellos puede conducir también a equivocaciones, lo cual tiene que aplicarse asimismo a la reforma a la reforma.

1. Ilegitimidad de origen

Se sostiene, en primer lugar, la necesidad de dictar una nueva Constitución por la severa objeción de ilegitimidad de origen que afecta a la Carta Fundamental vigente, en circunstancias que, como se ha visto, un reproche de esa naturaleza puede ser atribuido a todas nuestras Constituciones e, incluso, a algunas de sus reformas, máxime si, como expuse en la XXas Jornadas Chilenas de Derecho Público en la Universidad Católica de Valparaíso, con motivo de los 20 años de su vigencia, no se puede controvertir, en una apreciación que me parece sería y exenta de apasionamientos, que la Constitución fue encontrando el camino de su legitimación como instrumento democrático de ordenación del Estado de Derecho en Chile¹⁹⁸.

Es cierto que el pecado original no se extingue, no se sana ni tiene que olvidarse, sobre todo cuando se puede acudir a él para cuestionar permanentemente la actual Constitución, como está sucediendo, pues, producida la reforma de 2005, pudo pensarse que quedaba superado el debate orgánico (aunque, en los hechos, también se vuelva, una y otra vez, sobre este aspecto) y que se abriría el referido a los principios y a los derechos fundamentales que, al fin y al cabo, es la madre de todas las batallas –como siempre–, pues lo decisivo son siempre los principios y, en este momento, el de subsidiariedad.

193 Considerando 1° del Decreto Supremo N° 1.150, de 1980 (Ministerio del Interior), publicado en el Diario Oficial del 24 de octubre de 1980.

194 Véase la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 30 de mayo de 1973, Rol N° 15.

195 ANDRÉS ALLAMAND ZAVALA: *La Travesía del Desierto* (Santiago, Ed. Aguilar, 1999) p. 180 recordaba que: “Toda fortaleza tiene un flanco débil. Y todos los esfuerzos por fosilizar la Constitución se evaporaron cuando se descubrió que sus altos quórums no se aplicaban al Capítulo XIV que contenía el procedimiento global de reforma de la Carta Fundamental (...). La grieta de la Constitución del 80 era un secreto a voces (...).”

196 A propósito de las “particularidades” de ese procedimiento de reforma, sobre todo durante el primer trámite constitucional, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: “Reformas Constitucionales en Materia de Nacionalidad y Ciudadanía”, HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ (coordinador): *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Ed. Librotecnia, 2005) pp. 93-120.

197 Véanse los límites que analiza el profesor CEA en supra nota 1, pp. 9, 14 y 16.

198 MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: “Origen, Legitimidad y Consolidación de la Constitución”, *Revista de Derecho* (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 2001) pp. 321-340.

Más irrelevante se vuelve la objeción acerca de la ilegitimidad de origen cuando se examina el Derecho Constitucional chileno en su conjunto y no solo reducido al texto positivo¹⁹⁹, pues allí se visualiza, por ejemplo, la ineludible aparición de verdaderas mutaciones que han contribuido, decisivamente, a dotar de valor a la actual Carta Fundamental, como sucede con la sustancial modificación de la noción de seguridad nacional; la comprensión del rol de los tratados internacionales, la posición de la ley y de la judicatura en el Sistema Político, la igualdad desde la sola prohibición de discriminaciones hasta el motor que justifica la discriminación positiva o la inoperancia de la potestad reglamentaria autónoma; el hiperpresidencialismo que, en la realidad, ha sido moderado o racionalizado; la defensa de los derechos constitucionales por vías que no han sido concebidas para ello, como el control de inaplicabilidad o las peticiones formuladas a la Contraloría General de la República; y, en fin, el diseño económico inicial enfrentado a una inserción paulatina de visiones que lo han ido atenuando y ajustando, por vía legislativa o por medio de las sentencias de la Justicia Ordinaria y del Tribunal Constitucional.

2. La tesis del cerrojo

En segundo lugar, tampoco es válida la tacha sustantiva que se opone a la actual Constitución, para justificar su cambio radical, consistente en la teoría del candado institucional: La mayoría no puede introducir los cambios profundos que Chile demanda (esencialmente, en la modificación de leyes importantes) porque el binominal le impide alcanzar el quórum requerido para los cambios legislativos trascendentes; y, si llega a superar ese primer cerrojo, las supramayorías que exige la Constitución para enmendar esas leyes son imposibles de lograr; y, aun así, si es que lo logra, el veto de la minoría se consolida con el recurso al Tribunal Constitucional²⁰⁰.

En otras palabras, el reproche al diseño institucional, agravado por la ilegitimidad germinal, no es una objeción realmente al cerrojo constitucional, en sí mismo, sino que se justifica porque serían la traba que impide los cambios legislativos que sustentan el modelo.

A. Valoración del modelo

Ciertamente, este reproche requiere aceptar la imperiosa necesidad de reemplazar sustancialmente aquel modelo, lo cual no comparto, pues, antes y al contrario, en una reflexión que estimo evidente, la Constitución ha sido, durante sus más de treinta años de vigencia, pieza angular que explica el enorme desarrollo y éxito para Chile y los chilenos.

El modelo diseñado durante la segunda mitad de los años 70 y fundado en los principios y normas constitucionales todavía vigentes, sirvió de base a un proceso creciente y muy positivo de cambio significativo en nuestro país. Ese modelo fomentó la iniciativa privada y acotó el rol del Estado y las consecuencias negativas que se derivan de su intervención, especialmente como empresario, en la vida económica del país, y como proveedor de servicios de interés general.

Ese modelo, entonces, permitió a las personas proveer y acceder a bienes y servicios, en condiciones sustancialmente mejores a las que podían hacerlo en el pasado. Ejemplo de esto es el enorme avance en la cobertura de salud, educación²⁰¹ y seguridad social, por mencionar solo algunos aspectos, y sin perjuicio de las modificaciones que puedan mejorar todavía más cobertura y superlativamente la calidad de los servicios.

199 ALFONSO SANTIAGO (h): En las Fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho (Buenos Aires, Marcial Pons, 2010) p. 29.

200 FERNANDO ATRIA LEMAITRE et al.: El Otro Modelo. Del Orden Neoliberal al Régimen de lo Público (Santiago, Ed. Debate, 2013) pp. 19-20. Focalizado en lo constitucional, véase FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA (coordinador): Nueva Constitución y Momento Constitucional (Santiago, LegalPublishing y Thomson Reuters, 2014); MARIO FERNÁNDEZ BAEZA: La Constitución Contra Sí Misma (Santiago, LegalPublishing y Thomson Reuters, 2014); FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA: ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO: "Nueva Constitución para Chile. Las "Bases" y las Nuevas Ideas Político-Constitucionales", Revista de Derecho Público Edición Especial (Santiago, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014) pp. 27-42; y MARIO VERDUGO MARINKOVIC: "¿Nueva Constitución?", Revista de Derecho Público Edición Especial (Santiago, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014) pp. 45-49.

201 PATRICIO MELLER: Universitarios, ¡El Problema no es el Lucro, es el Mercado! (Santiago, Uqbar Editores, 2011), especialmente, pp. 23-25.

Sin embargo, la definición política adoptada por los sucesivos gobiernos en estos últimos años, en orden a no introducir cambios sustantivos al modelo económico, sino reformas que aumentaran los recursos para cubrir y ampliar el gasto social, unida a otros factores, como el temor al cambio, las crisis económicas, los compromisos tejidos entre quienes han ejercido el poder por tantos años y los grupos de presión, impidieron que se introdujeran cambios profundos que permitieran revisar y ajustar el modelo en el tiempo, admitiendo solo la incorporación de paliativos de mayor o menor envergadura.

B. Cambio y reimpulso

Particularmente grave es constatar que el Estado –ya no empresario, sino regulador y fiscalizador– no siempre avanzó con profundidad en las regulaciones y menos fue eficiente, proactivo y diligente para hacerlas respetar y tampoco para obrar con dureza y justicia en el control de los abusos y los excesos o para profundizar el fomento de la iniciativa privada, que permitiera desafiar a las empresas existentes, las cuales, siendo marginales los mayores costos derivados de las reformas legales, iban formando redes, que las dotaban de un poder de mercado muy difícil de enfrentar.

Anticipo aquí que, como suele ocurrir tantas veces, se verifica en este tema el anverso positivo y el reverso negativo de una misma cuestión: Desarrollo y abuso, si se quiere, para graficarlo, simplificando una y otra cara, que da cuenta, por ende, de la fortaleza que es, al mismo tiempo, signo de debilidad.

Por eso, es esencial reimpulsar la libertad y derribar barreras, dotando de renovada energía a los valores que se proclaman o surgen de la Constitución, ya vigente por treinta años. Libertad que implica desafío a los emprendedores, con responsabilidad, respeto por el medio ambiente y protección de los trabajadores y consumidores, sobre la base de los principios de subsidiariedad y solidaridad:

“La actividad económica no puede resolver todos los problemas sociales ampliando sin más la lógica mercantil. Debe estar ordenada a la consecución del bien común, que es responsabilidad sobre todo de la comunidad política. Por tanto, se debe tener presente que separar la gestión económica, a la que correspondería únicamente producir riqueza, de la acción política, que tendría el papel de conseguir la justicia mediante la redistribución, es causa de graves desequilibrios”²⁰².

Sostengo, en consecuencia, que la actual Constitución ha sido decisiva en el progreso de Chile –como ninguna de sus predecesoras lo fue en su momento porque, al menos en cuanto a los derechos, solo eran programáticas y, por ende, dependientes en su eficacia del legislador– y que ella tiene que ser también fuente de principios y normas para introducir cambios o correcciones en el modelo que perseveren en sus virtudes y corrijan los defectos, los cuales ya han demorado más de la cuenta. Y empleo la palabra progreso en su amplio espectro y no reducida a lo económico.

C. Abusos

Ciertamente, el modelo requiere ajustes, correcciones y hasta cambios que deben introducirse, con mayor o menor intensidad, según las deficiencias que vaya demostrando, pues todos van descubriendo las falencias que les permiten obtener ventajas indebidas.

Creo indispensable reiterar que esos perfeccionamientos han demorado excesivamente en Chile y, por eso, las referidas falencias se han transformado en abusos²⁰³, llegando al extremo que podría plantearse ya no solo la pérdida de legitimidad del modelo, sino que también el descrédito de las instituciones estatales por su ineficacia en la prevención o sanción:

202 PAPA BENEDICTO XVI: Caritas in Veritate (Santiago, Ediciones UC, sin año de edición) p. 57.

203 “El que comete un superior que se excede en el ejercicio de sus atribuciones en perjuicio de un inferior”, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Argentina, Imprenta Master Graf S.A., 2014) p. 16.

“No es el momento para hacer un análisis más pausado. Pero una de las razones que está en la raíz de este malestar se debe a una crisis de confianza que se ha transformado en un virus omnipresente que contagia las relaciones de nuestra vida familiar, social, política y también eclesial. Se desconfía de la autoridad, se desconfía de las instituciones, se desconfía de las buenas intenciones y hasta de la viabilidad de los proyectos propios. Esta misma desconfianza tensiona la vida familiar, nos aleja de nuestro prójimo y crea barreras entre grupos y sectores. Por esta razón, el diálogo que necesitamos para solucionar nuestras querellas se ve interrumpido, coartado, ensombrecido. Y hasta desconfiamos de su factibilidad y eficacia para lograr los acuerdos necesarios”²⁰⁴.

La crítica recién expuesta resulta todavía más severa cuando se advierte que las correcciones o cambios no requieren, a mi juicio, modificaciones sustantivas, es decir, no exigen un cambio de paradigma, sino que es menester actuar en coherencia con las bases y rasgos distintivos del mismo modelo, especialmente, en consonancia con el valor de la libertad, la exigencia en el cumplimiento de los deberes y un Estado (unos funcionarios) fuerte(s), en cuanto sean capaces de ejercer, sin temor ni consecuencias en su desenvolvimiento posterior, las atribuciones que el ordenamiento jurídico les confiere para prevenir o castigar los abusos.

3. Acuerdos nulos

Una última consideración en torno de la crítica, para justificar el reemplazo del modelo, previa supresión de los cerrojos institucionales, radica en que los cambios introducidos en estos años a la Constitución o a cualesquiera otras normas de nuestro ordenamiento jurídico y, como consecuencia de ello, al modelo en su formulación original, se han ido realizando sobre la base de lo que, en los años noventa, se denominó política de los consensos o democracia de los acuerdos que hoy son reputados nulos y hasta ilegítimos.

Hay que recordar que la recuperación de la democracia, en ese año, se hizo, entre otros elementos, sobre la base de una fuerte crítica al sistema económico implementado desde mediados de los años setenta²⁰⁵, durante el plebiscito de 1988 y con posterioridad a ella²⁰⁶.

Sin embargo, esa crítica, focalizada en la fuerte brecha social que generaba el modelo económico, a raíz de la desigual distribución del ingreso, trató de ser mitigada, sin introducir alteraciones profundas al sistema, sino, más bien, en un primer momento, llevando a cabo lo que denominaría políticas tradicionales, entre las cuales destaco las reformas laboral y tributaria adoptadas en el Gobierno del Presidente Aylwin²⁰⁷ y, más tarde, con mayor o menor profundidad, en reformas legales como la que estableció el seguro obligatorio de cesantía²⁰⁸, el régimen de garantías en salud²⁰⁹, la reforma previsual impulsada por la Presidenta Bachelet²¹⁰, el ingreso ético familiar²¹¹ o el aumento de beneficios para el postnatal²¹².

El modelo, entonces, se fue construyendo, corrigiendo y adaptando a partir del consenso alcanzado por las fuerzas políticas con representación parlamentaria reunidas en las dos coaliciones forjadas en la lógica del Sí y el No, pero contestes en el tránsito hacia la democracia a través del procedimiento previsto en las

204 Homilía de Monseñor RICARDO EZZATI ANDRELLLO, con motivo del Te Deum celebrado el 18 de septiembre de 2012 en la Catedral de Santiago: La confianza en Dios y en los Hermanos, Clave del Desarrollo de un Pueblo, http://documentos.iglesia.cl/conf/documentos_sini.ficha.php?mod=documentos_sini&id=4176&sw_volver=yes&descripcion=, visitado el 17 de octubre de 2012, a las 11:14 hrs.

205 GABRIEL SALAZAR VERGARA y JULIO PINTO VALLEJOS: Historia Contemporánea de Chile I (Santiago, Ed. LOM, 1998) pp. 172-179; y MARÍA OLIVIA MONCKEBERG: El Saqueo de los Grupos Económicos al Estado Chileno (Santiago, Ediciones B, 2001).

206 CARLOS HUNEEUS MADGE: El Régimen de Pinochet (Santiago, Ed. Sudamericana, 2000) p. 581.

207 MAX COLODRO: “De Reformas y Contextos”, La Tercera, edición correspondiente al 11 de mayo de 2014, p. 3 quien sostiene que “el problema surge cuando sectores de la Nueva Mayoría no reconocen su propia evolución e insisten en plantear que sus propuestas fueron siempre las mismas, pero ahora finalmente existen las condiciones para implementarlas. Esa caricatura hace efectivamente más difícil la búsqueda de acuerdos y cierra la posibilidad de una colaboración provechosa entre las posiciones de mayoría y de minoría. Asumir que el país de hoy es muy distinto al de unos años atrás, y que este nuevo Chile ha modificado las convicciones de todos, es una buena contribución al respeto que merecen las distintas opiniones, ideas y desacuerdos legítimos que cambios tan profundos y relevantes como los planteados ahora obligan, sin duda, a considerar”.

208 Ley N° 19.728, publicada en el Diario Oficial el 14 de mayo de 2001.

209 Ley N° 19.966, publicada en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 2004.

210 Contendida en la Ley N° 20.255, publicada en el Diario Oficial el 17 de marzo de 2008.

211 Ley N° 20.595, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2012.

212 Ley N° 20.545, publicada en el Diario Oficial el 17 de octubre de 2011.

normas transitorias de la Constitución²¹³, con distintos grados de convicción, como sucede siempre cuando hay cesiones y concesiones:

“En materias político-institucionales, dilucidadas en favor de la tesis de perfeccionamiento paulatino de la Constitución, el debate interno (de la Concertación) entre la reforma de la Constitución de 1980 y la dictación de una nueva Carta Fundamental, se concordó con facilidad en el enunciado de las reformas propuestas por la Concertación en el diálogo con el Gobierno y que no fueron acogidas en el texto plebiscitado ese año (...)

La Concertación, consciente de lo que estaba ocurriendo (durante las negociaciones que desembocaron en la reforma de 1989), tuvo que adoptar una decisión política de enorme trascendencia: O rechazaba la propuesta gubernativa por insuficiente, manteniendo su negativa a reconocer la legitimidad del orden constitucional o se conformaba con una reforma sustancialmente más modesta, para evitar la prolongación del conflicto constitucional al período de gobierno que se iniciaría en marzo de 1990, aceptando las consiguientes limitaciones a la soberanía popular y al poder de la mayoría (...).

De este modo, aprobadas las reformas convenidas en el plebiscito del 30 de julio de 1989²¹⁴, el gobierno de Aylwin iniciaría su mandato con importantes tareas constitucionales pendientes, pero cumplido el objetivo de acatamiento universal a la Constitución reformada”²¹⁵.

Hoy, ignorando u olvidando la situación concreta y el contexto, difícil y peligroso, en que se produjo la transición, se cuestiona y, peor aún, se resta valor a lo que entonces se construyó, reprochando sumisión, connivencia y hasta falta de coraje. Nada más injusto e irreal, por lo que realzo ese espíritu, favorable a los acuerdos de buena fe, es decir, a los que se concurre a convencer, pero con espíritu de arribar a puntos de encuentro antes que utilizar el diálogo como método que valida, finalmente, la imposición de la decisión previamente adoptada²¹⁶.

Tal vez, eso sí, sea necesario hallar los mecanismos para “un nuevo tipo de consenso”²¹⁷:

“(...) que no corresponde, o que corresponde muy parcialmente, a los acuerdos o consensos instrumentales de la élite política, cuya legitimidad está también en cuestión”²¹⁸.

Claro que puede ser planteado así, pero ello no difumina ni merma el valor de obrar con acuerdos amplios cuando se trata de cambios profundos:

“Los dirigentes políticos se enfrentan a diario al eterno dilema de decidir, respecto de determinado tema, si conviene buscar acuerdos transversales o confrontar agresivamente a los adversarios para exhibir sus debilidades y así “ganar” puntos políticos o electorales. No existe una receta fácil para encarar esta disyuntiva. La política es competencia por el poder, pero también es búsqueda por el mayor desarrollo del país y más bienestar de su población. La única respuesta posible es lograr una combinación virtuosa de ambas conductas. Mi alegato por los acuerdos transversales en los asuntos más importantes para el país no pretende ignorar el factor básico de competencia y diferenciación en el proceso político, sino advertir contra el predominio de la confrontación sobre la cooperación, que sería lesivo para los intereses nacionales”²¹⁹.

213 ENRIQUE SILVA CIMMA: *Memorias Privadas de un Hombre Público* (Santiago, Ed. Andrés Bello, 2000) pp. 408-409; RAFAEL OTANO: *Crónica de la Transición* (Santiago, Ed. Planeta, 1995) pp. 14 y 17; y LUIS CORVALÁN: *De lo Vivido y lo Peleado* (Santiago, LOM Ediciones, 1997) pp. 303, 305, 308, 311 y 313.

214 ALFREDO JOCELYN-HOLT: *El Chile Perplejo* (Santiago, Debolsillo, 2014) p. 275, quien señala “(...) si en su momento –los años sesenta y setenta– se estaba por avanzar sin transar, ya sea respecto del pasado o las fuerzas representativas de ese pasado, hoy –en los noventa– no cabe sino transar todo”.

215 EDGARDO BOENINGER: *Democracia en Chile. Lecciones para la Gobernabilidad* (Santiago, Ed. Andrés Bello, 1997) pp. 360, 364 y 366; y EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE: *Gobernabilidad Democrática* (Santiago, Ed. Andrés Bello, 1997).

216 JAVIER COUSO: “Los Límites de la “Democracia de los Acuerdos”, *El Mercurio de Santiago*, en su edición correspondiente al 10 de mayo de 2014, A 2. Sobre el primer ejemplo del articulista, en cuanto a la relación del Presidente Roosevelt con la Corte Suprema, ANTONIA SAGREDO SANTOS: “«Nueve Ancianos» Anulan la Legislación del New Deal: El Tribunal Supremo Estadounidense y la Ley Agraria”, *Revista Complutense de Historia de América*, Vol. 31 (2005) pp. 193-213.; y, en relación al segundo, TONY BLAIR: *Memorias* (Madrid, La Esfera de los Libros, 2011) p. 140.

217 MANUEL ANTONIO GARRETÓN M.: “Refundar o Reformar: El Dilema del Nuevo Ciclo”, *Mensaje* N° 628 (2014) p. 9.

218 Id.

219 EDGARDO BOENINGER: *Gobernabilidad Lecciones de la Experiencia* (Santiago, Uqbar, 2014) p. 599.

Estimo, en suma, que, para evaluar cambios, menores o sustantivos, parciales o total a la Carta Fundamental, no solo hay que considerar el texto que contiene la Constitución, sino el Derecho Constitucional Chileno en su conjunto; que el Código, en todo caso, está hoy dotado de plena legitimidad; que ha contribuido al éxito del modelo, el cual, obviamente, demanda cambios; y que los consensos construidos desde 1990 también están dotados de validez y cabal legitimidad, a la par que contienen una dinámica virtuosa para la definición de las cuestiones esenciales del sistema político.

IV. Bases y dudas

A partir de las nociones y consideraciones expuestas, avanzo hacia el tema específico que hoy nos convoca. Lo hago, constatando, primeramente, que, habiendo transcurrido ocho meses desde el inicio del actual Gobierno, todavía no se han planteado las bases concretas sobre las cuales se hará la reforma constitucional en ciernes, tanto en lo que dice relación a su contenido específico como en cuanto a si, previamente, se introducirán cambios al procedimiento hoy contemplado en la Carta Fundamental, en una situación que, tal como la califica el profesor CEA, ha sido y sigue siendo hermética²²⁰.

1. Lo que se conoce

Constato que los únicos documentos publicados al respecto para tener, al menos, un punto de partida: El Segundo Informe preparado por el equipo de juristas que colaboró en la elaboración del Programa de Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet y lo declarado en dicho Programa.

En el Informe referido consta que:

“La vieja Constitución tiene un déficit de legitimidad democrática que se proyecta a su capítulo relativo al ejercicio del 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 sometida 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 constitucional, en cualquiera de sus trámites constitucionales, 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 para su ejercicio fijadas en la Constitución.

Con la finalidad de garantizar la estabilidad normativa de la Constitución y su rigidez se establece como regla 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 el procedimiento de reforma constitucional las reglas acerca del procedimiento legislativo”²²¹.

220 JOSÉ LUIS CEA EGAÑA citado en supra nota 1, p. 26.

221 Bases de la Nueva Constitución para Chile: Segundo Informe, FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA (coordinador): Nueva Constitución y Momento Constitucional (Santiago, LegalPublishing y Thomson Reuters, 2014) pp. 313-314.

A su turno, se lee en el Programa de Gobierno que:

“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”²²².

De lo expuesto es posible colegir, entonces, que, antes de presentarse la enmienda constitucional de fondo, se abordará la reforma del procedimiento previsto para ese efecto en la actual Carta Fundamental y que ese nuevo proceso será, en lo conceptual, democrático, institucional y participativo, entendiendo por estas nociones que se tratará de un proceso en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presente todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores; que permita la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios, y donde la ciudadanía participe activamente.

En lo concreto, por su parte, el equipo asesor sugería eliminar los quórum reforzados hoy contemplados para la reforma constitucional para dejarlos en mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio; someter las diferencias entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República a referéndum, y que el texto aprobado por ambos órganos sea ratificado por la ciudadanía.

2. Cumplimiento de las condiciones y primera duda

No comparto, en consecuencia, la necesidad de cambiar el procedimiento de reforma hoy vigente en la Constitución²²³ porque no impide ni obstaculiza que una enmienda a su contenido cumpla con las condiciones establecidas como esenciales por el Gobierno; desde luego, porque ese procedimiento es la vía institucional y, enseguida, permite la consecución de los rasgos democrático y participativo, tanto en la fase previa a la adopción del mensaje o moción respectivo como durante su tramitación parlamentaria.

Es loable el valor que, desde la campaña de 2013, se haya atribuido a esas tres condiciones y tiene que concordarse en que su concreción contiene un bien que debe ser buscado y tiene que ser sustento de la reforma constitucional.

Para ese efecto, sin embargo, no estimo necesaria la reforma a la reforma, sino que acudir a los mecanismos de participación hoy previstos en el ordenamiento jurídico, como el que contempla la Ley N° 20.500²²⁴; o a aquellos que han sido reiteradamente utilizados, como las Comisiones Asesoras²²⁵; o a otros que pueda imaginar –siempre dentro de la Constitución y la ley– la autoridad política en el cumplimiento del Programa ofrecido a la ciudadanía, ya que dispone de los medios políticos, económicos y jurídicos para satisfacer las cualidades referidas.

222 Fragmento del documento denominado Chile de Todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA (coordinador): Nueva Constitución y Momento Constitucional (Santiago, LegalPublishing y Thomson Reuters, 2014) pp. 328-329.

223 Discrepo, incluso, de un cambio más moderado, como el que plantea el profesor CEA en supra nota 1, p 10, concordando con él cuando señala que “(...) el Congreso Nacional es la fórmula alternativa (...) es más modesta, pero de legitimidad ostensiblemente mayor (...) (p. 12).

224 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2011.

225 Solo para ejemplificar, en virtud del Decreto Supremo N° 355 de 1990, del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial el 9 de mayo de ese año, se creó la Comisión de Verdad y Reconciliación; el Decreto Supremo N° 1.040 de 2003, del mismo ministerio, publicado en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 2003, creó la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura; el Decreto Supremo N° 336 de 2006, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 24 de junio de 2006, creó el Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional; y el Decreto Supremo N° 146 de 2007, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el 18 de enero de ese año, creó la Comisión Asesora Presidencial “Consejo Asesor para la Calidad de la Educación”.

Además de los medios de participación previstos durante el debate parlamentario²²⁶ hoy vigente y que tanta utilidad y realce han adquirido, por ejemplo, durante la tramitación de las reformas tributaria y educacional, así como también pueden mencionarse –si se llega a ese trámite– las audiencias públicas en el Tribunal Constitucional.

Solo cabe requerir de los mecanismos que se empleen que sean efectivamente democráticos y participativos, o sea y reiterando lo declarado en el Programa, que permitan escuchar todos los puntos de vista, que tengan presencia todos los intereses legítimos, que se respeten los derechos de todos los sectores, que se permita la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios y que garanticen que la ciudadanía participe activamente.

Con todo, formulo una primera duda, a propósito de aquellas dos condiciones, acerca de si será exigible, en qué momento y con qué alcance, la obligación de consulta prevista en el Convenio N° 169²²⁷, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, especialmente, considerando los cambios o vacilaciones de que da cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia²²⁸.

3. Secuelas de la Reforma a la Reforma y Nuevas Dudas

Si se decide avanzar en la reforma al contenido de la Carta Fundamental, no es conveniente, a mi juicio, alterar, previamente, el procedimiento hoy previsto para ello, máxime si puede objetarse que su verdadero objetivo sea aumentar la participación o, siéndolo, que se reproche que no satisface plenamente ese logro, sino que su verdadera finalidad radica en rebajar los quórum de aprobación parlamentaria, facilitando que la “nueva” Constitución sea acordada sólo por una mayoría transitoria y dotando de ilimitado poder a sectores de esa misma mayoría partidarios de cambios más radicales o de quienes estén por obstruirlos.

Se incubaba, en esta lógica, que también se diga, respecto de la Carta Fundamental así aprobada, que carece de legitimidad de origen porque sólo cumplió con las formalidades que exige el Derecho Positivo, adoptadas ad hoc, pero que ella no aúna, convoca ni compromete a la mayoría del país.

Igualmente criticable, me parece, transformar el proceso constitucional en un laboratorio para instaurar en Chile fórmulas de la denominada democracia plebiscitaria²²⁹, a propósito de lo cual formulo otras dudas: ¿Cómo se piensa someter a referéndum las discrepancias entre el Gobierno y el Congreso? ¿Cada vez que se produzcan, por trámites constitucionales, al final de la aprobación parlamentaria o poco antes de adoptarla, previo al veto presidencial o después de este? ¿Se plantea someter a arbitraje popular el conjunto de divergencias como un todo, debiendo aceptarse la integridad de la propuesta de la mayoría parlamentaria o la del Jefe del Estado, o cada una por separado o, tal vez, por capítulos de la Constitución? Y ¿qué sucederá si, por la duración del debate, se produce antes del referéndum único o en medio de algunos ya realizados y otros que vendrán, la renovación de las Cámaras y se modifica la mayoría parlamentaria o, más aún, la coalición gobernante? ¿Cómo intervendrán los chilenos en el extranjero y las comunas, provincias y regiones? ¿Por qué autoimponernos, además del debate de fondo, que ya tomará tiempo —generará interrogantes y enfrentamiento— un escenario de pre duda y pre conflicto cuyos límites hoy no se distinguen con claridad y cuyas consecuencias son imposibles de dimensionar?

No parece adecuado, en otras palabras, abrir un debate que puede llevar largo tiempo sobre la reforma a la reforma y perseverar, además, entretanto en la incertidumbre acerca de los cambios de fondo, salvo —aunque no parece suficiente para avanzar en esta línea— que, junto al cambio del procedimiento, se definan los asuntos que serán materia de la propuesta de cambio sustantiva, delimitando la competencia del constituyente

226 Artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, publicada en el Diario Oficial el 5 de febrero de 1990.

227 Decreto Supremo N° 236 (Ministerio de Relaciones Exteriores), de 2009, publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

228 SEBASTIÁN DONOSO R. y CLAUDIA HERNÁNDEZ R.: “Participación Ciudadana del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental como Consulta Indígena: Alcances a la Jurisprudencia de la Corte Suprema” (Santiago, Libertad y Desarrollo, 2013) pp. 11-18. Asimismo, consúltense las sentencias pronunciadas por dicha Corte el 22 de abril de 2014, Rol N° 1.515-2014, y el 7 de octubre de 2014, Rol N° 11.299-2014.

229 FRANCISCO PALACIOS ROMEO: Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012).

derivado, sea para despejar, de una vez, los rumores y las dudas o para asentar definitivamente el debate concreto acerca de las cuestiones centrales de la enmienda de fondo, permitiendo que, mientras se discute el cambio del procedimiento, se escuche a la ciudadanía sobre esas cuestiones, pues siempre hay que tener cuidado de no ser intérprete fiel de la mayoría ciudadana, ya que, como advierte el profesor Cea:

“En democracia, acertar con la ecuación que representa, lo más fiel o exactamente posible, cuanto piensa y quiere la mayoría ciudadana, se torna decisivo. Pero, sin duda, es más sencillo afirmar tal postulado que coincidir en los métodos concretos para llevarlo a la práctica. El asunto ha sido destacado como el más grave en el orden político y jurídico del Estado, porque presupone determinados procesos que conllevan, según la realidad vivida o padecida, a las encrucijadas que enuncio a continuación:

A. El quiebre abrupto del régimen precedente, erigiendo en su lugar un sistema jurídico, político y socioeconómico nuevo, trazado e implementado, ex nihilo, según las prácticas revolucionarias o contrarrevolucionarias; o bien, B. La revisión y reforma de la Constitución en vigor, introduciendo alteraciones al articulado previsto en ella para modificar, aunque sea a fondo pero sin reemplazar por entero, los principios y preceptos del Código Político sometido a enmiendas”²³⁰.

Planteo, en esta misma perspectiva, algunas dudas adicionales: ¿Qué sucederá si, cansados de o superados por aquella discusión acerca de la reforma a la reforma, por razones relevantes o por cuestiones de contingencia política, el Gobierno o los parlamentarios deciden, entretanto, presentar la iniciativa con los cambios al contenido de la Carta Fundamental cuando todavía no exista claridad ni esté definido el procedimiento, contribuyendo a rememorar el trauma del proyecto sobre las tres áreas de la economía? ¿Se justifica, realmente y analizando el asunto desprovisto de intencionalidad sesgada, abrir estas y otras interrogantes en la situación actual de Chile? ¿Qué o quién nos lleva a que, voluntariamente, demos paso a niveles inmanejables de incerteza, a la que sigue la desconfianza?:

“Por años, sucesivos gobiernos en Chile han logrado resultados económicos que han convertido a su país en “el milagro” de América Latina. Hoy, esta nación posee la renta per cápita más alta de la región, la cual aumentó desde aproximadamente US\$ 5.000 en 1990 a casi US\$ 20.000 a la actualidad y el Banco Mundial la considera dentro del grupo de países con ingresos altos en el mundo. Durante ese mismo período, además, Chile logró reducir la cantidad de ciudadanos que se encuentra debajo de la línea de pobreza del 40% al 15%, más que el resto de países latinoamericanos. Y, según las Naciones Unidas, es el país que tiene el mayor índice de desarrollo humano por este lado del orbe.

La receta que Chile ha seguido para obtener estos impresionantes resultados no es un secreto: Por décadas el país del sur ha apostado por la libertad económica (...).

No obstante, a pesar de que la mencionada apuesta le ha pagado tan bien a Chile, Michelle Bachelet está considerando seriamente la posibilidad de colocar sus fichas en otro lado. La Presidenta de Chile ha anunciado su intención de elevar los impuestos, aumentar las prestaciones sociales que brinda el Estado e incluso promulgar una nueva Constitución para profundizar este tipo de cambios (...).

Las razones para este cambio de rumbo son conocidas y las enfrenta cualquier país que ha experimentado un crecimiento importante: Una vez que la torta crece, a los políticos les es más fácil dedicarse a repartirla populistamente en vez de profundizar las reformas que permitirían que la misma crezca más y con mayor velocidad. Dichos políticos, sin embargo, pasan por alto que el principal inconveniente de convertirse en un país con un Estado de bienestar europeo es que resulta imposible hacerlo sin adquirir también los problemas económicos de Europa. Es decir, un estancamiento de la productividad y la competitividad que ha llevado a que estos países hoy estén buscando dismantelar aunque sea parte de sus insostenibles sistemas de prestaciones sociales (...)²³¹.

230 JOSÉ LUIS CEA EGAÑA citado en supra nota 1, p. 7.

231 Editorial de El Comercio de Lima, 17 de marzo de 2014.

Hago un nexo de esta materia con el valor de las instituciones, donde sigo a Niall Fergusson, quien sostiene (refiriéndose a que el éxito de Occidente se basa, precisamente, en ellas) que *“la clave –resulta cada vez más evidente– está en las instituciones”*²³²:

“(…) hoy la mayor parte del mundo está integrado en un sistema económico occidental en el que, como recomendaba Smith, el mercado establece la mayoría de los precios y determina el flujo comercial y la división del trabajo, mientras que el Estado desempeña un papel más cercano al previsto por Keynes, interviniendo para tratar de allanar los altibajos del ciclo económico y reducir la desigualdad de rentas (…).

*Cada año que pasa aumenta el número de seres humanos que compran como nosotros, estudian como nosotros, se mantienen sanos (o malsanos) como nosotros, y rezan (o se abstienen de rezar) como nosotros (…). Solo en el ámbito de las instituciones políticas se mantiene realmente una significativa diversidad global, con una amplia gama de gobiernos en todo el mundo que se resisten a la idea del imperio de la ley, con su protección de los derechos individuales, como fundamento de un gobierno auténticamente representativo (…)*²³³.

Sé bien que es posible atribuir a las preguntas que he formulado temor antes que prudencia, campaña del terror antes que razonabilidad. En cualquier caso, por qué no plantear, desde ya, la reforma de fondo para no generar o acrecentar la inseguridad y desconfianza que resulta evidente.

4. Valor de reformar conforme al Capítulo XVI vigente

En definitiva, cualquier cambio constitucional –sea cual sea su dimensión o profundidad– tiene que hacerse conforme a las reglas que la actual Carta Fundamental prevé para su enmienda, cumpliendo la condición impuesta por el Gobierno, en cuanto a que sea institucional.

El valor de cambiar el ordenamiento jurídico de acuerdo con sus propias reglas excede una cuestión meramente formal, pues trasunta, en definitiva, el imperio de la ley y deja al nuevo sistema a buen recaudo de la misma crítica que hoy se esgrime como la principal para ir hacia el cambio: El pecado original de la actual Constitución en su procedimiento de formación en la década del 70²³⁴:

*“(…) en sistemas democráticos y garantistas consolidados que hacen de la limitación del poder su faro, resulta contradictorio admitir un poder “que todo lo puede”. En estos sistemas lo lógico sería reconducir el cambio constitucional a la continuidad institucional del Estado de Derecho, sin rupturas, porque lo que se trata no es de “sustituir”, sino de “mejorar” lo existente. El cambio constitucional sería sí un fenómeno evolutivo y no de ruptura”*²³⁵.

En este contexto, ¿es, entonces, necesario y conveniente cambiar primero las reglas de reforma para provocar, luego, los cambios sustantivos?

Desde el ángulo meramente formal y con una visión circunscrita al Derecho Positivo, bastaría. Pero me parece que se engendraría allí la objeción, nuevamente, del pecado original con base en un resquicio que demuestra que el fin justifica los medios, a la espera del cambio en la mayoría dominante para volver atrás o, peor aún, dejar el texto de la Carta Fundamental como una simple hoja de papel²³⁶.

Habrá que enfrentar, entonces, el desafío de la perdurabilidad y, por ende, de la incertidumbre respecto de la institucionalización del nuevo régimen que se proponga introducir.

232 NIALL FERGUSSON: *Civilización. Occidente y el Resto* (Barcelona, Debate, 2012) p. 51.

233 *Id.*, p. 46-47.

234 NÉSTOR PEDRO SAGÜES: “Notas sobre el Poder Constituyente Irregular”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009) p. 153.

235 MARCOS CRIADO DE DIEGO: “Algunas Consideraciones sobre el Poder Constituyente en el Estado Constitucional Contemporáneo”, RUBÉN MARTÍNEZ DAL-MAU (editor): *Teoría y Práctica del Poder Constituyente* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2014) p. 123.

236 FERDINAND LASALLE: *¿Qué es una Constitución?* (Ed. Ariel, Barcelona, 1987) p 92.

Una ruptura, aunque sea formalmente impecable por la reforma a la reforma que se haga previamente, desde luego no se justifica, plantea dudas cuya resolución, al final, pende más de la voluntad que del Derecho, como medio pacífico de solución de divergencias, no estamos en el momento de iniciar la transición²³⁷ que justifique ese camino para “ir de la ley a la ley”, en la vieja expresión de Torcuato Fernández Miranda, sino en un régimen democrático que, como siempre, exige constante perfeccionamiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

V. Conclusión

Siempre la Constitución puede ser perfeccionada –debe serlo–, para corregir los defectos del modelo, lo cual, en el caso de Chile, no requiere cambios sustantivos a la Carta Fundamental, salvo para profundizar en la limitación del poder y en el reconocimiento y defensa de los derechos de las personas, pues el Derecho Constitucional Chileno ha cumplido, hasta aquí, ese doble cometido central.

237 VICTORIA PREGO: *Así se Hizo la Transición* (Madrid. Ed. Plaza y Janés, 1995).

Siete Tesis sobre una Nueva Constitución y una Propuesta

Tomás Jordán Díaz²³⁸

Buenas tardes. Don José Luis, muchas gracias por la presentación. Un saludo a Felipe Larraín, director de CLAPES, y especialmente a Francisco Moreno, por haber coordinado y por la paciencia, así que muchas gracias.

Examinando el título que habla de refundación o progreso, claramente mi ponencia no va a hablar sobre refundación. Por lo tanto, aquí no hay nada que refundar, sino que necesitamos una nueva arquitectura constitucional dentro de la institucionalidad.

Es el sistema político vigente el que debe procesar y ejecutar la promesa de una nueva Constitución para un nuevo ciclo político. Este está caracterizado básicamente por: a) el paso desde una ciudadanía introvertida –propio de los años noventa y dos mil– a una ciudadanía extravertida, siendo su elemento central el empoderamiento, que se refleja en: i.- su mayor exigencia ante el poder (político y económico), elevando el estándar ético exigido a las autoridades y al sector privado, y ii.- el requerimiento de participación en aquellas áreas que los afectan; b) críticas al sistema político y en particular al sistema de partidos por el déficit de representación y canalización de intereses (distancia entre ciudadanía y sistema representativo), y c) críticas al modelo económico instituido en la dictadura militar moldeado con base a un individualismo exacerbado, y la necesidad de una nueva forma de relación entre persona, mercado y Estado. Se hace necesario incorporar elementos sociales a la economía, como la urgencia de regular de mejor manera la relación entre empresa y personas en sus relaciones en el mercado, configurado en los últimos años con lo que se ha denominado “el abuso”.

Bajo este contexto, voy a presentar una ponencia que se llama “7 tesis sobre una nueva Constitución y una propuesta”.

Antes de eso, me parece clave que nosotros nos pongamos de acuerdo en que la discusión constitucional no es una discusión técnica propiamente tal, no es necesariamente de nosotros los abogados, la discusión constitucional es una discusión abierta a la sociedad, abierta a la política.

El cambio constitucional no es una deliberación que debe estar encerrada al mundo de la academia, al mundo de los técnicos, sino que hay que abrirlo a la ciudadanía, para que pueda opinar, dialogar y discutir sobre cómo quiere vivir y qué Constitución quiere tener. Me parece que eso es clave.

En ese sentido voy a plantear siete tesis: (1) el cambio constitucional es un cambio institucional; (2) que es posible hacer un cambio constitucional en democracia; (3) que existe una discusión constitucional constituyente aplazada; (4) que hay un problema de legitimidad constitucional pendiente; (5) que la participación es un elemento clave para relegitimar la Constitución; (6) que existen temas básicos que se deben discutir para una nueva Constitución, y (7) que una Constitución debería generar mayor seguridad jurídica. Y haré una propuesta final sobre la necesidad de un acuerdo social de convivencia cívica.

Tesis 1: El cambio constitucional es un cambio institucional

El cambio constitucional es uno que se debe ejecutar de acuerdo a las instituciones vigentes y, por lo tanto, de acuerdo a las reglas que la Constitución establece o establezca.

Aquí distingo entre el cambio constitucional constituyente y el cambio constituyente propiamente tal. El cambio constitucional constituyente es el paso de una Constitución a otra, donde el poder constituyente tiene ciertos límites. El cambio constituyente es el paso a un nuevo texto constitucional desde un tiempo no constitucional (surgimiento de nuevos Estados, crisis o transiciones a la democracia), no reconociendo

238 Abogado. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Diego Portales. Asesor Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Versión levemente modificada, por el autor, a la expuesta en el seminario.

límites y radicando en la idea de soberanía –autodeterminación política– el tiempo y la forma que el pueblo –depositario de ella– se confiere una Constitución.

Los límites generales en el cambio constitucional constituyente son los siguientes:

1. El paradigma constitucional de posguerra: La I y II Guerra Mundial dieron origen a dos paradigmas: la democracia y los Derechos Fundamentales.
2. El límite está en las propias reglas del juego que es la Constitución vigente y los Tratados Internacionales; y
3. El Estado Constitucional de Derecho: el paso del Estado legal al constitucional fijó a la Constitución como norma superior jerárquica, lo cual establece que los Derechos Fundamentales son el límite a la autodeterminación de los pueblos.

Cuando aceptamos el paradigma constitucional estamos necesariamente reconociendo límites en la idea de cambio constitucional. El Estado constitucional es un modelo sustancial de Estado de Derecho, con contenidos mínimos referidos a la idea de república, soberanía, democracia (en estos tres elementos la idea de límite al poder) y derechos fundamentales. De esta manera el cambio de una Constitución a otra camina por los márgenes de su propia definición, si no estaríamos frente a otro escenario o modelo de Estado de Derecho. No es posible afirmar el paradigma constitucional sin someter al proceso de cambio constitucional a sus propios contornos, salvo en situaciones no constitucionales (aquellas en que no hay reconocimiento de la Constitución como norma jurídica cúspide del orden normativo y jerárquicamente superior).

Me explico. En el primer ciclo del constitucionalismo, que conllevó el paso de Estados monárquicos absolutos a la idea de Estado de Derecho como modelo que limita el poder y establece derechos fundamentales, observamos la idea de autodeterminación política en un sentido extenso (como equivalente a ilimitado). Reconocemos en el paso de la soberanía del rey a la soberanía de pueblo/nación una reconfiguración del paradigma jurídico y político, radicándose en el pueblo la facultad de establecer sus propios márgenes autoorganizativos. Podríamos denominar a este momento el big-bang del constitucionalismo.

Nosotros no estamos en una big-bang constitucional (nacimiento del constitucionalismo chileno), sino en un momento que podemos denominar “eclosión constitucional”. La generación de un nuevo ciclo político que conlleva la discusión y germinación de una nueva Constitución, pero impulsada desde dentro del propio sistema y reconociendo los márgenes generales de su nacimiento (el Estado constitucional). Son los propios actores políticos e intelectuales más la ciudadanía los que requieren un nuevo texto constitucional en los márgenes del propio constitucionalismo, es decir, el paso de una Constitución a otra, no el paso de una no-Constitución a una Constitución. Es por ello que estimo que los límites están fijados por la adhesión a este paradigma de Estado de Derecho.

En conclusión, Chile está en primera hipótesis: el cambio constitucional es un cambio institucional.

Tesis 2: Es posible hacer un cambio constitucional en democracia

Se ha discutido si es posible, y Javier (Couso) lo trataba muy bien, llevar a cabo un cambio constitucional en democracia. Porque, claro, nosotros tenemos a la vista que los cambios constitucionales o las instituciones de nuevas constituciones se producen en periodos de independencia o en periodos de ruptura institucional (momentos no constitucionales), es decir, en periodos transicionales de dictadura a democracia y, por lo tanto, para descomprimir el traspaso o la transición, se logran ciertos acuerdos institucionales básicos que tienen que ver con la dictación de una nueva Constitución.

Pero la pregunta entonces que nos debemos hacer, y que me parece correcto aclarar si en las democracias estables pueden hacer cambios constitucionales. Entonces, la reflexión es simple: vamos a las democracias más estables del mundo, las de la primera ola democrática, fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, y examinemos si han cambiado sus constituciones dentro de sus ciclos democráticos. Nos encontramos con

Suiza, Suecia, Canadá y Australia, y todas se han dado constituciones dentro del proceso democrático, las cuatro, las democracias más estables.

El “top one” de las democracias es Suecia. Sus leyes fundamentales se han dado en el año 1949, 1974 y el 1991. Tiene elecciones periódicas, según IDEA Internacional, desde la década del 40, es decir, democracia estable en los últimos sesenta años e instituyó su Constitución en ese periodo democrático.

Suiza tuvo un largo proceso de cambio constitucional desde 1977 hasta el 99-2000, donde se publica en el año 2000 la Constitución, en un proceso de cambio que incorporó expertos, al Gobierno y al Parlamento. Por lo tanto, hizo su cambio constitucional dentro de un proceso democrático.

Canadá, que también está entre los cuatro favoritos de la primera ola democratizadora: su Acta Constitucional data de 1867 y su Acta Constitucional de 1982 sobre libertades públicas, libertad religiosa, libertad de expresión y libertad de desplazamiento, es decir, una democracia cambia su Constitución en democracia.

Australia, su Constitución es de 1901 y ha hecho ocho grandes enmiendas constitucionales, las ocho por vía referéndum. Una democracia cambió su Constitución en democracia.

Por lo tanto, la pregunta es ¿qué tienen en común estas democracias?, que son países con instituciones estables y maduras. Entonces, la pregunta que nos tenemos que hacer nosotros es si tenemos instituciones estables y maduras, y yo digo que sí, y es posible hacer un cambio constitucional en democracia.

Tesis 3: Que existe una discusión constitucional constituyente aplazada

Nosotros tuvimos un proceso de cambio de dictadura a democracia en el año 88-89-90. Una transición en la cual, dentro de los arreglos a que se llegó, fue no tocar la Constitución, en el sentido de constituir el nuevo Congreso como constituyente o llamar a un Asamblea Constituyente, propio de los procesos transicionales, sino que se optó por la vía de los acuerdos, la gran reforma del año 89 –plebiscitada–, y a partir de ahí entró en el periodo de normalidad democrática nuestra Constitución por vía de reformas constitucionales parciales.

¿Cuál fue el problema de eso? Que hay que ir a buscar qué es lo que se quiso lograr en ese cambio, y en los cambios constitucionales que se han ido haciendo progresivamente a través de la reforma constitucional y el constituyente derivado. Entonces, busquemos simplemente si en ese proceso de cambio se quiso instituir una nueva Constitución política, una Constitución de transición de dictadura a democracia. Y la pregunta es ¿quisieron las fuerzas democráticas establecer o instituir una Constitución política? Busquen y van a decir no, lo que se quiso hacer fue desenclavar, destrabar, corregir los enclaves autoritarios para que la democracia pudiese fluir y desarrollarse de manera progresiva.

Por lo tanto, la pregunta que viene es, entonces, ¿qué falta? lo que falta es una voluntad constituyente institutiva, es decir, que nosotros, la sociedad política, nos queramos otorgar una Constitución. Nunca ha existido, en los últimos veintitrés años, una voluntad constituyente de otorgarnos una Constitución.

¿Cuál fue nuestro modelo? Un modelo reformador, corrector, un modelo que en la medida de las posibilidades que daba la transición política, con las complejidades que ya tenía, se dijo “bueno, lo que vamos a hacer es lo que podemos hacer”. Además, las reformas constitucionales no podían tener una vocación institutiva, pues fueron ordenadas bajo una lógica contra-mayoritaria que fue su incorporación bajo el veto de la minoría en el Congreso. No existió vocación originalista y los arreglos fueron con base a una lógica de acuerdos con falsa simetría. En apariencia los votos valen lo mismo, pero los votos de la minoría valen más al ser vitales para la obtención de los quórum, lo cual distorsiona la regla mayoría/minoría, elevando a un nivel de equivalencia a ambos grupos, alterando e impidiendo la regla de reformas por mayoría con voluntad constituyente, sino solo posibilista.

Eso es lo que se pudo hacer. Y, por lo tanto, la pregunta es ¿eso habla de que hay una nueva Constitución o de que Chile tuvo una nueva Constitución? ¿Cómo puede haber una nueva Constitución si no hubo voluntad de otorgársela?

Me parece que aquí radica la gran diferencia con el proceso transicional. Las fuerzas políticas y sociales hoy tienen vocación y voluntad para una nueva Constitución (independiente del mecanismo en que crea cada una), ese es el momento constitucional a mi juicio.

Tesis 4: Que existe un problema de legitimidad constitucional pendiente

Aquí hay que distinguir entre la legitimidad de origen, que me parece indiscutida o inapelable en su ilegitimidad de la actual Constitución, y la legitimidad de ejercicio, que es que nos preguntamos siempre si la Constitución actual es o no legítima en su accionar diario.

Entonces, la pregunta que nos tenemos que hacer es: bueno, sometámosla al test de legitimidad más allá de nuestra retórica discursiva.

Las formas de examinar la legitimidad son subjetivas y objetivas. Las subjetivas clásicas: Max Weber, que establece los tres modelos de legitimidad. El modelo weberiano se funda en que las personas “creen” en el fundamento del poder, y al creer en él, justifican su poder. Señala que en las sociedades modernas la legitimidad está dada en la creencia de las personas en la “normas jurídicas”. Las personas que tienen y ejercen el poder justifican este en la norma jurídica que les permitió estar ahí, pues las personas creen en las normas jurídicas que los rigen. Ellas son el sostén del poder, y si se ejerce conforme a él, este es legítimo.

Entonces, la pregunta que nos tenemos que hacer es si las personas creen hoy en día en la Constitución Política chilena. Las encuestas dicen que no, los últimos candidatos a la Presidencia dijeron que no, ganó la opción por 62% que quiere un cambio constitucional. ¿Alguien cree en la Constitución Política como una norma jurídica fundante y que justifique el ejercicio del poder político en esta? En el fondo, las personas no creen en su Constitución. ¿Cuál es el problema de eso? Que puede erosionar la legitimidad del poder político, y esa es la crisis del sistema político que hay que prevenir. Porque al momento que no crees en la norma fundante, en la norma que te rige el accionar político, lo que estás erosionando es la legitimidad de quien ejerce el poder político. Por lo tanto, al erosionar la legitimidad de quienes ejercen el poder político, la institucionalidad es la que corre peligro al no existir justificación del poder, y si no existe esta, está abierta toda posibilidad de ejercicio de poder (institucional y no institucional).

Y del punto de vista objetivo: Leonardo Morlino tiene un texto en el cual permite medir empíricamente si las instituciones u órganos son legítimos y establece una definición súper simple que dice: “midámosla por las acciones positivas de apoyo”. Entonces, vamos por la sociedad midiendo cuáles son las acciones positivas de apoyo hacia algo, hacia un partido político, hacia un sistema democrático, y en este caso, hacia la Constitución.

Por lo tanto, la pregunta que nos hacemos es ¿cuáles son las acciones positivas de apoyo que nosotros encontramos a la Constitución Política? Bueno, difícilmente vamos a encontrarlas. Por lo tanto, lo que podemos visualizar es que si la sociedad pide una nueva Constitución, si la clase política aboga por una nueva Constitución, claramente esas no son acciones de legitimidad positiva. Hemos estado en presencia más bien de acciones negativas hacia la actual Constitución, un rechazo a su origen, a su proceso posibilista de reformas, a la forma del acuerdo de falsa asimetría (veto de la minoría), a la ausencia de instituciones clave en su texto (pueblos indígenas, principio de solidaridad, garantía de los derechos sociales, por ejemplo) entre otras, expresando en definitiva la ausencia de apoyo que hoy es sistémica, no solo de elites intelectuales o políticas.

Tesis 5: Elemento clave para relegitimar la Constitución: la participación

Hacia mención Miguel Ángel (Fernández) sobre la tríada expresada por la Presidenta Bachelet que el proceso de cambio constitucional fuera democrático, participativo e institucional. Entonces, algunas personas dicen “pero, da lo mismo si las constituciones no son participativas, si se construyen entre los expertos que somos nosotros mismos, y por lo tanto, nosotros somos la ciudadanía. Entonces uno dice “la ciudadanía soy yo”,

otros dicen “no seré tanto, pero yo represento a la ciudadanía”, por lo tanto, representantes de la ciudadanía en la tierra. Entonces, unos son más monárquicos y los otros más papistas. Pero también estamos los parroquianos, los que creemos que hoy no es posible pensar ni tener un texto constitucional sin la ciudadanía. Creemos en la confluencia deliberativa entre sistema representativo y ciudadanía.

Pero la pregunta es: ¿legítima la participación a las constituciones? La respuesta es: sí. Tuve la oportunidad de participar en un seminario hace unos meses, y Sumit Bisaryade IDEA internacional exponía la siguiente idea: el proceso importa porque tiene que ver con la legitimidad, la sociedad es diversa y la gente debe tener un rol en el proceso constituyente.

Estas son recomendaciones o buenas prácticas: la participación ya no es una alternativa, hoy es imprescindible para los procesos políticos. Cada país tiene una realidad distinta y cada país necesita algo que se adapte a su propio contexto.

La participación pública requiere de dos consideraciones: el rol de las elites y el rol de la ciudadanía en general. Ambos deben estar considerados e incluidos en el proceso. El proceso constituyente es muy importante porque es un acto de la gente creando un gobierno, creando una constitución. Las elites deben aceptar el proceso, las constituciones son, por lo tanto, acuerdos políticos y sociales amplios.

Entonces, la pregunta es bueno, y ¿eso es real? Claro, formas de participación que se han dado en los últimos años en creación de constituciones:

- Manifestaciones o iniciativas de carácter social-popular: en Islandia, en Túnez, en Colombia.
- Elecciones populares: en Sudáfrica, en Italia el 47.
- Mecanismos consultivos o deliberativos: en Rusia el 93, en Suiza el 99, en Croacia el 90 y también en Bolivia. ¿Por qué cito a Bolivia? Porque lo que se ha dado en el marco andino es que todas las Asambleas Constituyentes han tenido que incorporar mecanismos de participación para ser legitimadas.
- Ratificación del texto: se ha dado en Irlanda, en Francia.

Por lo tanto, la participación es clave para que exista una nueva Constitución.

Tesis 6: Que existen temas básicos de una nueva Constitución que todavía están pendientes

Requerimos de mayor igualdad entre hombres y mujeres, es decir, la perspectiva de género no ha sido nunca objeto del marco constitucional. Y me parece que hoy día la discusión en cómo está dada nuestra sociedad, y que es cada vez más equitativa e igualitaria, me parece que es clave que el Estado, la comunidad y las personas respetemos y nos obliguemos a respetar y promover las políticas de igualdad real y efectiva para mujeres y hombres.

Todos requerimos reconocer a nuestros pueblos indígenas. No sé si ustedes saben, pero la reforma constitucional de pueblos indígenas se ha presentado o tramitado siete veces. Las siete veces no ha visto la luz, es decir, la pregunta es ¿aguantará una vez más que el Estado de Chile no reconozca constitucionalmente a sus pueblos indígenas? Me parece que es indispensable, son temas indispensables para una discusión.

Requerimos mejores Derechos Fundamentales. Y aquí tiene que ver con la clásica discusión jurídica de Derechos Fundamentales sobre cómo queremos instituir nuestro sistema de Derechos Fundamentales. A mí me parece que es clave que exista un sistema equilibrado, donde las libertades públicas estén en la misma posición jerárquica y equivalente que otras categorías de derechos, como los Derechos Sociales. ¿Existe eso hoy en Chile? Como lo reconocía el profesor Fernandois, que todo se protegía por propiedad, claramente reconoce que hay un desequilibrio entre los Derechos Fundamentales porque al final no necesitamos de otros Derechos Fundamentales que no sea propiedad. Él lo considera bueno, otros decimos, “equilibremos”.

¿Faltan algunos derechos en la Constitución? Claro, como la Constitución son acuerdos políticos básicos. La pregunta es ¿qué derechos deberían estar en la Constitución? Y hay algunos que están en el debate público que me parece que son razonables: a la vivienda, el dominio público del agua, el acceso a la información pública, al desarrollo libre de la personalidad, los derechos de los inmigrantes. Entonces, hay derechos que no están ahí y, en una de esas, es conveniente discutir si deberían estar.

Necesitamos una mejor manera de proteger nuestros derechos. Hay solo algunos derechos que se pueden amparar que son los clásicos derechos de libertad, por la desconfianza que sale en las actas y que bien podrán reconocer de la desconfianza de Jaime Guzmán a los derechos de prestación porque generan costos para el Estado (y no considerarlos naturales). Y, por lo tanto, ¿cómo vamos a someter a los tribunales a ese soporte, a esa presión de otorgarlo? Pero también existen fórmulas de corrección, de protección de derechos, es decir, el principio de progresividad es un elemento clave a la hora de discutir sobre la garantía de los derechos. Pero está el debate simplista, preferir no discutir de ello y rechazarlos desde matrices ideológicas y decir “no, lo que pasa es que es muy caro”, antes de discutir fórmulas correctas de protección de derechos.

Por otro lado, y decía el profesor Fermandois, necesitamos mayor autonomía para las regiones. Creo en un Estado regionalizado. A lo mejor un modelo de etapas, desde nuestro modelo unitario hipercentralizado a un modelo de mayor autonomía regional, pasando por una descentralización de mayor profundidad sobre todo en los servicios públicos. En la urgencia de mayor regionalización hay acuerdo transversal en el sistema político.

Incorporar el principio participativo y de solidaridad en la Constitución es clave, es decir, ¿cuál es la diferencia entre los modelos constitucionales? Hay una cuestión axiológica que tiene que ver con qué valores tú consagras como básicos en una Constitución: la libertad, la igualdad, la solidaridad. Para nosotros, la solidaridad es un valor clave en la forma de entender la Constitución y cómo esta irradia al resto del ordenamiento jurídico. La solidaridad nos define como comunidad. Creemos en la libertad, creemos que debemos corregir las desigualdades, pero también en la relación de apoyo mutuo, de cooperación entre nosotros, como parte de nuestros deberes como sujetos políticos que convivimos en el mismo espacio, donde todos contribuimos al bien común.

Tesis 7: Que una Constitución debería generar mayor seguridad jurídica

Hay una discusión pendiente, y esto es reconocido sobre todo por el mundo liberal, sobre la arquitectura constitucional, es decir, sobre la distribución de poderes.

Entonces la pregunta es ¿si hay debate sobre el régimen de gobierno y si hay debate sobre Derechos Fundamentales, es que hay debate sobre una nueva Constitución? Y la nueva Constitución debería generar mayor seguridad jurídica.

Un ejemplo: imaginemos un país que lleva treinta y tres años discutiendo su Constitución, que tiene treinta y cuatro enmiendas formales, más de cien reformas concretas, y desde el año 2005 en adelante se han presentado más de doscientos proyectos de reforma constitucional. ¿Es un país que da certezas jurídicas o no? Bueno, la invitación es que la dé, que haya seguridad, que nosotros la construyamos y qué mejor que tener un país con seguridad jurídica.

¿Cómo definimos la seguridad? Reglas claras, estables y no arbitrarias y la previsibilidad de los poderes públicos:

- Reglas claras: que todos sepamos cuáles son y de qué tratan.
- Estables: que tengan vocación de perdurabilidad, para ello se requiere que no sean controvertidas. Obvio, ¿cómo van a perdurar si son controvertidas?
- Que no sean arbitrarias, es decir, que se nos apliquen a todos y que las excepciones se justifiquen.
- Que los actos de los poderes públicos sean previsibles.

Si nosotros discutimos treinta y tres años el contexto, los textos y la arquitectura constitucional, los Derechos Fundamentales, claramente no estamos en el estándar de seguridad jurídica. La invitación es a estar en el estándar de seguridad jurídica.

Se habla mucho de la certidumbre o incertidumbre. Bueno, tengamos certidumbre jurídica y política de largo plazo, un sistema estable con normas también estables y duraderas.

Las instituciones de calidad permiten un mejor desarrollo económico. Amartya Sen destaca las oportunidades de cambio y de desarrollo económico como resultado del capital democrático. Dependen en gran medida de las instituciones que existen y cómo funcionan, y si se constituyen en función de contribuir a las libertades sociales, es decir, mejores instituciones, más desarrollo democrático.

Por lo tanto, si tenemos una mejor Constitución, podremos lograr más desarrollo, es decir, la evolución de las estructuras de gobernabilidad por medio de las instituciones políticas son las que generarían ambientes que contribuyen al aumento de la productividad y crecimiento (CEPAL, 2014).

Propuesta: La necesidad de un acuerdo social de convivencia cívica.

Entonces, ¿qué hacer? Y aquí voy cerrando. Bueno, lo que propongo es un “acuerdo social de convivencia cívica”. Me parece que eso es lo que nos falta.

Karl Loewenstein, jurista liberal, señaló que “las Constituciones son compromisos entre las fuerzas sociales y los grupos pluralistas, por lo que, la modificación de la situación de equilibrio entre estos hacen presente la necesidad de cambios constitucionales requiriendo la adaptación de la dinámica constitucional a las condiciones sociales en constante cambio”. Eso es el acuerdo, es un consenso sobre algo que concurrimos voluntariamente. Cuando en ese acuerdo no hay voluntad de concurrencia, no hay acuerdo.

El acuerdo social de convivencia cívica no es más que una Constitución acordada, que nos identifique y nos ligue hacia el futuro. Este se logrará por medio de la generación de un espacio de concurrencia y acuerdo bajo tres elementos:

1. **Concurrencia en la pluralidad: la confluencia deliberativa.** Como decía Miguel Ángel (Fernández), que todos los intereses legítimos concurren. La concurrencia de los distintos en el espacio deliberativo. Lo participativo, por lo tanto, es central. Solo si los distintos nos encontramos, dialogamos y establecemos nuestras diferencias como elementos comunes, seremos parte de un proyecto constitucional común. Eso es lo que ha faltado. La Constitución actual la hicieron unos pocos que pensaban igual, y ha sido modificada por otros pocos. Superar esto es uno de los grandes desafíos.

Es la confluencia deliberativa que mencioné más arriba. La entiendo como un espacio de encuentro y diálogo político, que permita la expresión y la comunicación entre la ciudadanía y el sistema representativo, donde las expresiones de aquella puedan ser recogidas y canalizadas por este.

La confluencia deliberativa parte de la diferenciación de los campos, pero se instituye bajo la idea que solo es posible fortalecer la representación al reconocer a los ciudadanos. Reconocer en el sentido de identificarla y volver a “conocerla” (entenderla) como elemento sustancial de la idea de la política. Solo en esta interacción mutua el mandato representativo puede contener la soberanía popular. El mandato de representación incluye la soberanía si en él se contiene la autodeterminación, cuestión solo posible si existe este espacio de confluencia, si no, no existe mandato ni representación. La mera relación entre representante y ciudadanos individuales da lugar a relaciones clientelares, en cambio, los vínculos permanentes entre sociedad civil y sistema representativo permite la realización de la soberanía y la justificación del poder político.

2. **Un acuerdo político-social en sentido estricto:** discutir la idea de sociedad, la arquitectura y las reglas institucionales como los Derechos y Deberes Fundamentales. Las constituciones son acuerdos político-jurídicos, de eso no hay duda. Son acuerdos sobre el diseño institucional y sobre los derechos fundamentales. Los acuerdos conllevan la existencia previa de diferencias con mayor o menor intensidad.

Esas diferencias deben entrar en un proceso de deliberación en que las distintas miradas sobre lo constitucional y lo político participen en un espacio político de interacción. Tal deliberación debe guiarse bajo las preguntas de qué modelo político estadual queremos y qué modelo de derechos fundamentales, ambos interrelacionados, por lo que la pregunta es siempre conjunta. Esta interacción bajo un propósito común (resolver tales cuestiones) conlleva la necesidad de encontrar aquellos puntos o espacios comunes que irán definiendo el acuerdo social sobre lo constitucional.

3. **Compromiso social:** si concurre la pluralidad, si hay acuerdo, lo más seguro es que haya compromiso, y los compromisos nos obligan, es decir, tendremos una Constitución que nos identifique y nos ligue hacia futuro.

¿Qué significa? Compromiso es que concurrimos voluntariamente al acuerdo, eso significa que la Constitución nos representa y, por lo tanto, nos obliga. Como, volviendo a Weber, para relegitimarla, por lo tanto, creemos en ella. Y si creemos en ella, sentimos que debemos cumplirla y que debe perdurar en el largo tiempo.

Por eso es necesario que nuestras diferencias se canalicen en instancias institucionales comunes, no extrainstitucional. Esto último en su definición es excluyente, ya que deja fuera necesariamente a aquellos que no son extra institucionales, en cambio lo institucional busca un encuentro entre las diferencias en un espacio común y acordado.

El nuevo texto constitucional nos identificará, nos representará, aunque no estemos de acuerdo en todo lo que dice. Pero esa identificación genera adherencia y obligatoriedad para el futuro, cumpliendo el objetivo de Loewenstein de que la Constitución sea un compromiso que se adapte a las condiciones sociales en constante cambio. En eso estamos.

Diseño

Luis E. Silva

Edición

Comunicaciones CLAPES UC

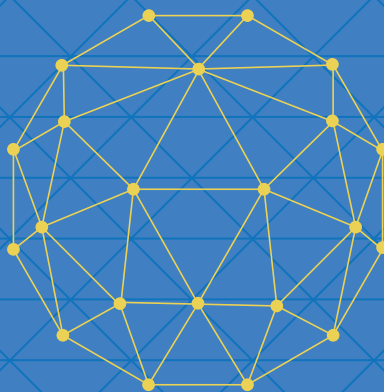
Impresión

QuadGraphics

500 ejemplares

© Todos los derechos reservados





www.clapesuc.cl

 clapesuc

 @clapesuc