

# PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

(ORIGINADA EN DEMOCRACIA)

EDUARDO A. CHIA & FLAVIO QUEZADA  
(EDITORES)



 **instituto  
igualdad**  
centro de estudios

**FRIEDRICH  
EBERT**   
**STIFTUNG**

 **FACULTAD DE  
DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE

# PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

(ORIGINADA EN DEMOCRACIA)

EDUARDO A. CHIA & FLAVIO QUEZADA  
(EDITORES)





# PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN (ORIGINADA EN DEMOCRACIA)

ISBN: 978-956-9466-02-1

Instituto Igualdad  
Darío Urzúa 1763  
Teléfono (56) 2 2274 2258  
Santiago – Chile  
<http://www.igualdad.cl/>

Facultad de Derecho Universidad de Chile  
Pío Nono N° 1  
Casilla 94 – Correo 22  
Santiago – Chile  
<http://www.derecho.uchile.cl/>

Friedrich Ebert-Stiftung  
Hernando de Aguirre 1320  
Teléfono: (56) 2 2341 4040  
Santiago – Chile  
<http://www.fes.cl/>

Editores generales: Eduardo Chia Ramírez y Flavio Quezada Rodríguez  
Editor de estilo: Elena Águila

Impresión, diagramación y diseño: Alerce Talleres Gráficos S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este volumen se distribuyen bajo Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos a fin de informar y sensibilizar a los lectores bajo la condición de reconocer a los autores/as y mantener esta licencia para las obras derivadas. Este libro fue publicado gracias al apoyo financiero de la Fundación Friedrich Ebert. Nace de una actividad conjunta entre el Área de Investigación Jurídica del Centro de Estudios Instituto Igualdad y el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la cual contó con el patrocinio de la Fundación Friedrich Ebert (Chile). Los contenidos expresados en cada artículo son de responsabilidad de cada autor/a y en ningún caso comprometen la opinión de las instituciones organizadoras ni de quienes patrocinan.







“Tenemos que dictar una nueva Constitución, una Constitución para esta nueva etapa que estamos viviendo [...] no podemos dictar una Constitución burguesa, ni una Constitución socialista. Tenemos que dictar una Constitución que abra el camino hacia al socialismo, que consagre derechos y que haga que los trabajadores gobiernen este país. Debemos entregar, entonces, las ideas fundamentales para que sean discutidas, analizadas y conversadas en el sindicato, en las faenas, en las industrias, en las escuelas, en los hospitales, en el taller y el hogar”.

Salvador Allende Gossens

(Discurso ante los dirigentes de la Unidad Popular, 05 de septiembre de 1972).

“Que [...] se elija por votación popular una Asamblea Constituyente u otro organismo auténticamente representativo de todas las corrientes de opinión nacional [...] que tendrá a su cargo la elaboración de un proyecto de Constitución. Este proyecto se someterá a plebiscito, bajo un sistema que dé absolutas garantías, y con opciones claramente definidas y plena libertad de expresión”.

Eduardo Frei Montalva

(Discurso pronunciado con motivo del Plebiscito de 1980, 27 de agosto 1980).





**Departamento de Derecho Público**  
**Facultad de Derecho Universidad de Chile**

Desde hace algunos años se ha abierto en la sociedad chilena un debate público sobre el tema de las reformas constitucionales que requiere nuestro sistema jurídico-político. Diversos sectores de la ciudadanía estiman necesario reformar la Constitución Política, ya sea a través de la manifestación del poder constituyente originario, la creación de una asamblea constituyente para una nueva Carta Fundamental, o mediante la manifestación del poder constituyente derivado y el procedimiento de reforma constitucional.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y particularmente su Departamento de Derecho Público, no ha estado ajena a este debate.

Es así como los días 17 y 18 de diciembre de 2013 tuvo lugar un Seminario destinado especialmente a reflexionar y analizar nuestro sistema constitucional, los mecanismos adecuados para su perfeccionamiento y las reformas constitucionales que se requieren, a la luz del proceso político actual, abarcando numerosas materias desde puntos de vista diversos.

El resultado de ese Seminario fue publicado en abril del año 2014 en una Edición Especial de la *Revista de Derecho Público*, que recogió dieciséis trabajos que abarcaron materias tales como el procedimiento de reforma constitucional, el Congreso Nacional, el régimen administrativo y municipal, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el control constitucional y, en fin, la asamblea constituyente.

Anteriormente, con motivo de la vasta reforma constitucional del año 2005, el Departamento de Derecho Público organizó un Seminario que tuvo lugar en septiembre de ese año. En él, profesores del Departamento expusieron sus puntos de vista sobre la reforma en conjunto con un grupo de parlamentarios que tuvieron destacada intervención en los debates legislativos durante los cinco años que precedieron a la reforma del año 2005, en el entendido que la Carta Fundamental no solo es la norma de máxima jerarquía, sino que también es expresión de un acuerdo político fundamental referido a las bases, principios y valores que deben regular la comunidad política. El resultado de esas reflexiones fue también publicado en la *Revista de Derecho Público* correspondiente al año 2005.

En esta oportunidad, tenemos el agrado de contribuir una vez más al diálogo académico y acoger la iniciativa del Instituto Igualdad y la Fundación Friedrich Ebert para la realización del Seminario: “Nueva Constitución: Hacia un pacto nacido en democracia”.

Las materias que se desarrollaron durante el Seminario son de enorme relevancia e interés, tales como los mecanismos y procedimientos para concretar



una reforma constitucional, los principios orientadores de una nueva Constitución, la incorporación en la Carta Fundamental de nuevos derechos y sus respectivas garantías, el derecho internacional de los derechos humanos, el nuevo régimen político, la revisión de los mecanismos de control constitucional y la eventual nueva estructura de la Administración del Estado.

Mucho nos complació entregar espacio en nuestras aulas para recibir las distintas miradas sobre estas relevantes materias.

Me permito recordar que la Universidad de Chile, poseedora de una cátedra de Derecho Constitucional que ya cumplió los 170 años, ha contribuido, a través de diversos medios, a la creación de importantes instituciones. Así, a través de las reconocidas “Jornadas Chilenas de Derecho Público” ha aportado a la creación de instituciones como es la inscripción automática en el registro electoral de todos los ciudadanos en situación de sufragar, idea que se concretó constitucionalmente el año 2009; y la creación del Tribunal Constitucional, idea esta última que surgió en las Jornadas celebradas en la década de los años 60 y que se materializó el año 1970.

Otras ideas propuestas por académicos del Departamento de Derecho Público aún están pendientes de concreción en nuestro ordenamiento, como, por ejemplo, la necesidad de mejorar la participación de los ciudadanos a través de los mecanismos de democracia semidirecta, como son el referéndum, los plebiscitos e iniciativa popular, y esperamos que pronto ellas puedan tener reconocimiento.

En nombre del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile agradezco a las autoridades que nos acompañaron los días que se realizó el Seminario, a los académicos/as e investigadores/as cuyos aportes son recogidos en este volumen, y al Centro de Estudios Instituto Igualdad, junto a la Fundación Friedrich Ebert, por esta iniciativa que con seguridad constituirá un avance para el perfeccionamiento de nuestra institucionalidad fundamental.

Ana María García Barzelatto  
Directora del Departamento de Derecho Público  
Facultad de Derecho  
Universidad de Chile

## **Centro de Estudios Instituto Igualdad**

El Instituto Igualdad es una fundación de derecho privado sin fines de lucro, creada por el Partido Socialista de Chile. Sus objetivos básicos son la contribución al fortalecimiento de las instituciones democráticas y republicanas de Chile, y la difusión de las ideas democráticas en un marco de igualdad social, crecimiento económico con bienestar, integración y cohesión social, con respeto pleno de la pluralidad y la libertad.

Para llevar adelante sus propósitos desarrolla un conjunto de actividades entre las que se cuentan la realización de seminarios, talleres de trabajo, publicaciones periódicas y eventos de capacitación, sobre los más diversos temas de interés político y social, sea de manera individual o en conjunto con otras organizaciones e instituciones de la sociedad civil o del Estado.

En su trabajo, el Instituto Igualdad mantiene una activa red de contactos políticos y académicos, tanto dentro de Chile como en el exterior, con una vasta red de instituciones afines, especialmente de América Latina y Europa, las que contribuyen a su visión sobre un desarrollo integrado y cooperativo de las relaciones internacionales en un mundo globalizado.

En ese contexto, el Instituto Igualdad, a través de su Área de Investigación Jurídica, en conjunto con el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, bajo el patrocinio de la Fundación Friedrich Ebert, organizó un seminario que reunió, durante tres jornadas del mes de agosto del año 2014, a diversos académicos, intelectuales y políticos chilenos para que analizaran y debatieran sobre un asunto trascendental para nuestra vida republicana: cómo cambiamos la Constitución heredada de la dictadura y qué contenidos debiese tener la nueva Carta Fundamental.

Haciéndose cargo del desafío de acercar el producto de estas discusiones a todo el país, el Instituto Igualdad pone a disposición de la comunidad académica, social y política este volumen colectivo, editado por nuestra Área de Investigación Jurídica, como una contribución a un debate nacional que resulta indispensable en la perspectiva de fortalecer nuestra convivencia democrática.

El Instituto Igualdad está especialmente agradecido con cada una de las autoridades que participaron y con todos/as los académicos e investigadores que se hicieron presente en el seminario con sus presentaciones, cuyas reflexiones escritas,



por cierto, hacen posible este volumen colectivo. Finalmente, no podemos dejar de agradecer al público asistente y a las instituciones sin las cuales no habría sido posible la realización del seminario y esta publicación: la excelente colaboración del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, junto al valioso aporte de la Friedrich-Ebert-Stiftung (Chile).

Álvaro Elizalde Soto  
Presidente  
Instituto Igualdad

Hugo Espinoza Grimalt  
Director Ejecutivo  
Instituto Igualdad

## ÍNDICE

Introducción: ¿Por qué cambiar la Constitución? <i>Eduardo Chia Ramírez &amp; Flavio Quezada Rodríguez</i>	17
<b>PRIMERA PARTE: ¿CÓMO CAMBIAR LA CONSTITUCIÓN?</b>	31
<b>I. PROCEDIMIENTO DEMOCRÁTICO, INSTITUCIONAL Y PARTICIPATIVO</b>	33
Potestad constituyente. Las reformas constitucionales <i>Francisco Zúñiga Urbina</i>	35
El problema constitucional y su solución: ¿Qué es “institucional”? <i>Fernando Atria Lemaitre</i>	45
Procedimiento constituyente “democrático, institucional y participativo”: ¿Será posible? <i>Jorge Correa Sutil</i>	55
Comentario <i>Claudia Heiss Bendersky</i>	61
<b>II. PROCESO CONSTITUYENTE Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN CHILE</b>	67
Proceso constituyente en Chile: símbolos, mecanismos, contenidos <i>Jaime Bassa Mercado</i>	69
Las falacias sobre la asamblea constituyente, reflexiones sobre el actual debate constitucional en Chile <i>Francisco Soto Barrientos</i>	83

<b>SEGUNDA PARTE: PRINCIPIOS Y DERECHOS</b>	93
<b>I. CONSTITUCIÓN, MODELO ECONÓMICO Y ESTADO SOCIAL</b>	95
Estado Social como fórmula en la Constitución chilena <i>Christian Viera Álvarez</i>	97
El estatuto constitucional de la propiedad: una mirada ex ante <i>Matías Guiloff Titium</i>	103
Modelo económico y nueva Constitución: el estatuto constitucional de la propiedad desde un enfoque de derechos <i>Gonzalo Aguilar Cavallo</i>	127
<b>II. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS</b>	153
Control de convencionalidad y nueva Constitución: hacia una lectura competencial del control de convencionalidad <i>Pablo Contreras Vásquez</i>	155
Una nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno <i>Ximena Fuentes Torrijo</i>	171
Tratados Internacionales: reflexiones en torno a una nueva Constitución <i>Miriam Henríquez Viñas</i>	195
<b>III. DERECHOS SOCIALES</b>	207
El Ingreso Básico Ciudadano para una nueva Constitución <i>Alejandra Zúñiga Fajuri</i>	209
Modelo de control jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales <i>Rodolfo Figueroa García-Huidobro</i>	215
Nueva Constitución y derechos sociales: hacia un nuevo paradigma <i>Rodrigo Bustos Bottai</i>	227
<b>III. IGUALDAD Y LIBERTAD</b>	251
La democracia como programa constitucional: el lugar de los derechos fundamentales <i>Juan Pablo Mañalich Raffo</i>	253
Fraternidad: la igual libertad de todos <i>Fernando Muñoz León</i>	263

Propuesta para una cláusula de igualdad y no discriminación en una nueva Constitución <i>Tomás Vial Solar</i>	275
Comentario <i>Constanza Salgado Muñoz</i>	289
V. NUEVOS DERECHOS	301
Una concepción de la ciudadanía para una nueva Constitución: el caso de las mujeres indígenas <i>Luis Villavicencio Miranda</i>	303
Protección constitucional de los derechos de los consumidores <i>Gabriel Hernández Paulsen</i>	329
Derechos, garantías y principios ambientales en una nueva Constitución <i>Liliana Galdámez Zelada</i>	343
Comentario <i>Catalina Lagos Tschorne</i>	349
<b>TERCERA PARTE: CONFIGURACIÓN DE LA NUEVA ORGÁNICA CONSTITUCIONAL</b>	359
I. RÉGIMEN POLÍTICO	361
El régimen político y el modelo deliberativo de democracia <i>Esteban Szmulewicz Ramírez</i>	363
Un presidencialismo renovado <i>José Antonio Viera-Gallo</i>	383
¿Qué régimen político? Uno más parlamentarista. Y si no, presidencialismo con sistema electoral mayoritario, no proporcional <i>Lucas Sierra Iribarren</i>	389
Comentario <i>Claudia Sarmiento Ramírez</i>	397
II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL	403
Una nueva justicia constitucional para una nueva Constitución chilena <i>Andrés Bordalí Salamanca</i>	405
Un modelo de resolución de conflictos constitucionales en una nueva Carta Fundamental para Chile <i>Rodrigo Pica Flores</i>	419

El rol del Tribunal Constitucional frente al cambio constitucional <i>Enrique Navarro Beltrán</i>	439
III. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO	453
Las reformas constitucionales en materia de Administración del Estado: su necesaria reconfiguración organizativa y del control en un nuevo modelo de Estado <i>Juan Carlos Ferrada Bórquez</i>	455
Revisión constitucional y Administración del Estado <i>Cristian Román Cordero</i>	471
Administración del Estado y nueva Constitución <i>Enrique Rajevic Mosler</i>	495
Epílogo <i>José Antonio Viera-Gallo</i>	505
Los autores	511

# INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ CAMBIAR LA CONSTITUCIÓN?

**Eduardo Chia Ramírez & Flavio Quezada Rodríguez**

“Que el pueblo por primera vez entienda que no es desde arriba, sino que debe nacer de las raíces mismas de su propia convicción la Carta Fundamental que le dará su existencia como pueblo digno, independiente y soberano”.  
(Salvador Allende, 1972).

## Antecedentes

La Constitución importa porque contiene la decisión política fundamental sobre la forma y el modo de la existencia política concreta de un pueblo que ejerce el poder soberano<sup>1</sup> en tanto titular del poder constituyente. Esto significa que la Constitución importa porque contiene decisiones políticamente significativas sobre determinadas estructuras de organización del Estado contemporáneo: la distribución del poder, la forma en que daremos cause estructural al proceso político<sup>2</sup> y los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre otras. Todas estas decisiones afectan de manera determinante en —querámoslo o no— nuestra vida cotidiana.

Así, teniendo a la vista la magnitud y relevancia de las decisiones involucradas, la demanda social por una nueva Constitución se instaló en nuestra discusión pública. En efecto, en el último tiempo ha emergido con fuerza un requerimiento popular para una nueva decisión, deliberada democráticamente, acerca del modo y la forma de nuestra existencia y persistencia objetiva como Estado. Esto significa que deseamos fijar con agencia colectiva nuestro destino político, nuestro por venir.

Si bien esto ha sido un anhelo ciudadano manifestado con ciertos vaivenes de entusiasmo, —a través de voces aisladas desde la academia, desde propuestas parlamentaria<sup>3</sup>

1 SCHMITT (1927) [2011].

2 TUSHNET (2010).

3 Aquí cabe destacar, sólo en el último tiempo, el proyecto de ley de reforma constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental, presentada con fecha por los H. Diputados Osvaldo Andrade, Marcelo Schilling y Ernesto Ceroni (Boletín N° 10.193-07) y el proyecto de ley de reforma constitucional en materia de plebiscitos, presentado por la Bancada Transversal de Diputados y Diputadas por una Asamblea Constituyente, compuesta por los señores y señoras: Sergio Aguiló, Jenny Álvarez, Claudio Arriagada, Gabriel Boric, Karol Cariola, Lautaro Carmona, Daniella Cicardini, Maya Fernández, Iván Fuentes, Cristina Girardi, Hugo Gutiérrez, Marcela Hernando, Jorge Insunza, Giorgio Jackson, Luis Lemus, Daniel Melo, Vlado Mirosevic, Manuel Monsalve, Daniel Núñez, Clemira Pacheco, Denise Pascal, Roberto Poblete, Yasna Provoste, Gaspar Rivas, Alberto Robles, Luis Rocafull, Raúl Saldivar, Leonardo Soto, Guillermo Teillier y Camila Vallejo; y en base a la propuesta realizada por 25 abogados constitucionalistas que trabajan en conjunto con la iniciativa “Marca AC” (Boletín N° 10.014-07).

o bien, de grupos ciudadanos<sup>4</sup> organizados en movimientos sociales— es la primera vez desde el retorno a la democracia que la necesidad de darnos una Constitución nacida en un contexto democrático y participativo ha hecho eco significativo y profundo en el debate público nacional.

Fue tal la envergadura de la demanda social y el grado de consciencia política del pueblo chileno sobre la necesidad de fijar su futuro institucional, que la candidatura de la Presidenta Michelle Bachelet planteó, como eje programático fundamental de su gobierno, que el pueblo se diera para sí y las futuras generaciones una nueva Carta Fundamental, esta vez, nacida en democracia.

La propuesta programática constitucional de nuestra Presidenta contiene importantes avances formales y sustantivos, pues prevé un mecanismo procedimental democrático, participativo e institucional para darnos un nuevo texto constitucional y también esboza los principales lineamientos de contenido de lo que sería el proyecto de nueva Constitución<sup>5</sup>. En términos sociales, este ofrecimiento electoral sobre un proyecto constitucional para Chile no fue injustificado, al contrario, ha estado en correspondencia con el sentir mayoritario de la ciudadanía, la que, de acuerdo diversas encuestas y estudios de opinión se muestra ampliamente a favor de una nueva Constitución<sup>6</sup>.

Ya desde el proceso electoral que tuvo lugar en las elecciones presidenciales del año 2009, las candidaturas de centroizquierda y de izquierda plantearon cambiar profundamente la Constitución<sup>7</sup>. Sólo el candidato de la derecha de aquel entonces consideró nimio el asunto, y no tuvo una postura al respecto. Con posterioridad, en la reciente elección presidencial del año 2013, incluso los candidatos de la derecha promovieron impulsar importantes reformas a la Constitución. Con todo, dichas propuestas fueron de un cariz reaccionario y conformista, pues sólo pretendieron

---

4 Aquí es menester destacar la iniciativa Marca AC (Asamblea Constituyente). Sobre la experiencia de este movimiento es de especial interés el texto de CODDOU & CONTRERAS (2014). Igualmente, debemos mencionar la iniciativa #tuconstitución, que opera bajo una plataforma virtual y participativa y que es promovida por el ex Presidente Ricardo Lagos Escobar.

5 BACHELET (2014).

6 De acuerdo con la encuesta CADEM de fines de marzo de 2015, un 73% de la muestra se mostró partidario de una nueva Constitución. Por otra parte, el estudio sobre valores sociales de la Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago, realizada entre el 5 y el 14 de enero de 2015, arroja que un 51% de los encuestados cree que la nueva Carta Fundamental debe ser encargada por el Congreso a una Asamblea Constituyente y aprobada por un plebiscito. El 17% contesta que dicha Asamblea debe ser convocada y elaborada por las organizaciones sociales. Otro es el caso del Barómetro de la política de octubre de 2014, de CERC-MORI, en la que solo un 6% de los consultados se muestra partidario de mantener la actual Constitución, mientras que un 76% considera que debe haber nueva Constitución o al menos reformarla. Al mismo tiempo, el estudio indica que un 59% cree que se necesita una asamblea constituyente para redactar una nueva Constitución.

7 FUENTES (2014), pp. 4 - 5. Fue el caso de las candidaturas presidenciales de Eduardo Frei Ruiz-Tagle (Concertación de Partidos por la Democracia) quien presentó una propuesta de nueva Constitución y Marcos Enríquez-Ominami (Nueva Mayoría para Chile), quien planteó, más bien, reformas sustantivas y significativas al régimen político, aunque coincidió en la necesidad de una nueva Constitución. El candidato Jorge Arrate Mac Niven (Juntos Podemos Más), planteó de manera directa y explícita la necesidad de establecer una nueva Constitución mediante asamblea constituyente.



modificar el actual texto constitucional al que, de acuerdo a sus discursos justificatorios, solo le bastan algunos ajustes<sup>8</sup>.

Si revisamos nuestra historia, Chile nunca ha tenido una Constitución nacida en tiempos de democracia<sup>9</sup>. Las Constituciones que por más tiempo han estatuido nuestra institucionalidad política y ordenado nuestra República (Constituciones de 1833, 1925 y 1980), han emergido en contextos autoritarios e incumpliendo las exigencias de participación democrática que son necesarias para la legitimidad de la creación de una Carta Fundamental. En ninguna de ellas la voluntad popular soberana ha decidido. Siendo estrictos en términos teóricos, ninguna de ellas ha sido obra del ejercicio del poder constituyente del pueblo.

Antes bien, durante el gobierno del Presidente Salvador Allende, atendiendo el estado de la relevancia de la cuestión constitucional, se diseñó un plan acabado de redacción de una nueva Constitución. Éste iba a ser presentado a los ciudadanos el 11 de septiembre de 1973, para posteriormente ser discutido y sometido a referendo para su aprobación o rechazo por la voluntad popular. Esta propuesta constitucional fue redactada el año 1972 y pudo haber sido el primer texto constitucional en la historia chilena, de impulso gubernamental, generada y nacida en democracia<sup>10</sup>. Lamentablemente, este proyecto se vio truncado por el desenlace oscuro que todos conocemos y que ha manchado nuestra historia reciente.

El proyecto constitucional inacabado del Presidente Salvador Allende contemplaba las siguientes etapas tentativas para su implementación: i) redacción del texto por una comisión de expertos y revisión del anteproyecto entre los partidos políticos oficialistas; ii) someter el proyecto a la crítica nacional en un contexto de amplia discusión pública en todo el territorio de la República; iii) enviar el proyecto al Congreso Nacional; iv) someter el texto final del proyecto a un referendo para que los chilenos decidan aprobando o rechazando el texto<sup>11</sup>.

Aquel proyecto inacabado, de naturaleza popular, democrático, participativo e institucional, que buscaba romper con la historia de las constituciones chilenas impuestas a la fuerza, *desde arriba*, sin que el pueblo decida, puede ser hoy materializado. Como nunca antes en nuestra historia republicana, tenemos a nuestro alcance condiciones sociales, culturales y políticas idóneas para poder darnos, *desde abajo*, un nuevo texto fundamental, una Constitución que nazca de un gran acuerdo ciudadano gestado

8 COOPERATIVA, “Comando de Evelyn Matthei presentó propuesta de reforma constitucional”, Lunes 13 de septiembre de 2013. [Disponible en: <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/presidenciales/comando-de-evelyn-matthei-presento-propuesta-de-reforma-constitucion-al/2013-09-30/162906.htm>>]

9 SALAZAR (2011).

10 GARCÉS (1993). Véase también ALLENDE (1992).

11 *Ídem*.

---

en democracia. La coyuntura actual lo puede hacer posible y es necesario que no desaprovechemos esta oportunidad.

Las razones que se han dado para cambiar la actual Constitución son variadas y de diversa naturaleza. A continuación haremos un repaso sintético sobre los principales argumentos críticos, desde el prisma de la ciencia jurídica, que se han venido planteado en el debate constitucional chileno para cambiar el texto constitucional vigente.

## **1. Origen espurio y déficit de legitimidad fundacional**

Esta es la más recurrente crítica a la Constitución vigente. En términos teóricos se traduce en lo siguiente: dado que el poder constituyente reside en el pueblo, no puede sino ser el pueblo quien puede tomar la decisión política fundamental sobre la forma y el modo de su existencia política. Sólo el ejercicio de la voluntad popular del pueblo puede darse una Constitución para sí mismo; solamente de esa manera será *nuestra* y la sentiremos como *propia*. Así, pues, sólo será democráticamente legítima una nueva Constitución, si y solo si, se basa en el poder constituyente del pueblo. Esta modalidad de darse el texto constitucional asume el principio democrático y de participación. Debe ser el pueblo quien de manera libre decide tal o cual forma de organización o de estructuración del proceso político.

Si no se cumplen los presupuestos antes indicados, las constituciones se entienden otorgadas o impuestas<sup>12</sup>. Este fue lo que aconteció con el caso de la Constitución de 1980, que fue adoptada unilateralmente por la Junta Militar, ratificada en un plebiscito fraudulento<sup>13</sup>, en un contexto de una sangrienta tiranía, donde no participó libre e igualitariamente el pueblo chileno, sin exigencias de deliberación, transparencia e información y en la cual se impusieron principios de un constitucionalismo autoritario.

Una variante de esta crítica reside en el hecho de que la Constitución de 1980 no fue producto de un gran acuerdo social de convivencia cívica<sup>14</sup>. No hubo un consenso nacional amplio (ni tampoco posibilidad de disenso) en el que hubiesen estado representados los intereses de todos los ciudadanos en torno a la forma de decidir y determinar su génesis; menos todavía, acerca de la fijación de sus contenidos sustantivos, todo lo cual permitió jurídicamente que Augusto Pinochet gobernara el país por ocho años, sin funcionamiento del Congreso Nacional, en un contexto antidemocrático y de excepción constitucional.

Aquí, la legitimidad opera como un criterio de reconocimiento de estatus normativo. La Constitución de 1980 no es reconocida ni respetada por todos los ciudadanos, puesto que como pueblo no decidió libremente su soberana voluntad constituyente sobre la

---

12 PALMA (2008).

13 FUENTES (2013)

14 JORDÁN (2015).

forma y el modo de su existencia política. El poder constituyente que otorgó la actual Constitución residió formalmente en la Junta de Gobierno. Siendo así, este defecto en la creación de la Constitución de 1980 conlleva una desafección ciudadana hacia sus disposiciones que se ha ido acentuando con el transcurso del tiempo lo cual ha ido generando división antes que comunión. En definitiva, como pueblo no hemos podido hacer nuestra la actual Constitución.

## 2. Deficiencia democrática de sus contenidos

Esta crítica no desatiende el problema del origen. No obstante, también apela a que los contenidos y principios que inspiran la Constitución de 1980 serían antidemocráticos, no representativos y autoritarios. Hasta antes de las grandes reformas constitucionales de los años 1989 y 2005, esta crítica fue mucho más certera, puesto que éstas morigeraron algunos de los dispositivos constitucionales de control de la voluntad democrática y del auto-gobierno que recibieron la desaprobación más cáustica. Destacan aquí las críticas iniciadas por el “Grupo de los 24”<sup>15</sup> tanto al origen como a los contenidos de la Constitución de 1980; observaciones aplicables no solo a la Carta Fundamental en sí, sino también a algunas de sus leyes constitucionales. Estas críticas han sido complementadas y profundizadas por autores, entre otros, como Pablo Ruiz-Tagle<sup>16</sup>, Javier Couso<sup>17</sup> y Francisco Zúñiga<sup>18</sup>, en diversos y sucesivos trabajos.

En lo medular acusan que la Constitución actualmente vigente, pese a sus múltiples reformas, no ha logrado contrarrestar las consecuencias normativas de aquellos elementos de contenido impuestos por el diseño liberal-autoritario original, que impiden que la ciudadanía vea satisfechas pretensiones de justicia mediante la realización efectiva de sus derechos y que las decisiones de las mayorías políticas consoliden sus victorias en virtud de la aplicación del principio democrático.

Manifestaciones de la pervivencia del programa constitucional sociopolítico y económico impuesto por la dictadura cívico-militar que quedaron pendientes, post reformas de los años 1989 y 2005, serían los siguientes: el “techo ideológico” y la orientación “neoliberal-conservadora” del capítulo III de la Constitución sobre los derechos y deberes constitucionales, la mantención de las leyes supermayoritarias, la integración, designación y atribuciones del Tribunal Constitucional, el cesarismo presidencial y las exorbitantes potestades del Presidente de la República, la “jibarización” del Congreso Nacional y la ley en el sistema de fuentes, así como la existencia injustificada de órganos constitucionales como el Consejo de Seguridad Nacional y el capítulo sobre las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública.

15 Véase QUINZIO (2002).

16 CRISTI & RUIZ-TAGLE (2006) y RUIZ-TAGLE (2010) y (2011).

17 COUSO (2009), (2014) y (2015).

18 Una compilación de sus trabajos sobre la temática puede consultarse en ZÚÑIGA (2014).

---

### 3. El problema de los cerrojos o trampas

Esta crítica ha sido formulada por Fernando Atria en distintos trabajos<sup>19</sup>. De acuerdo al autor, la suma de una serie de dispositivos formales insertos estratégicamente en la Constitución de 1980 genera el efecto jurídico de neutralizar la agencia política del pueblo, es decir, impiden —parafraseando a Carl Schmitt— que el pueblo chileno elija por virtud de decisión propia el modo y la forma de su *propia* existencia. Aquello es así porque hay en la Constitución vigente “[...] un cúmulo de cerrojos que inmunizaban lo que para el proyecto político de la dictadura era importante: hacer imposible que dicho proyecto fuera afectado por decisiones políticas democráticas, salvo cuando se trataba de reformas o modificaciones que fueran aprobadas por los herederos de la dictadura [...]”<sup>20</sup>.

Estos “cerrojos” son los siguientes: i) la existencia de leyes orgánicas constitucionales; ii) el sistema electoral binominal<sup>21</sup> y; iii) la competencia preventiva del Tribunal Constitucional. Los efectos del funcionamiento conjunto de estos dispositivos de neutralización conllevan a la obstaculización del juego democrático. Esto es así porque impiden que la mayoría electoral se traduzca en mayoría parlamentaria (efecto del modelo electoral binominal). Al mismo tiempo, la leyes supermayoritarias exigen para aprobar nuevas leyes (o reformar las vigentes) quórum tan rígidos como los cuatro séptimos de los diputados o senadores en ejercicio, lo cual convierte en sumamente dificultoso la modificación de las leyes que regulan, por ejemplo, el sistema educativo. Además de ello, el diseño competencial del Tribunal Constitucional permite la posibilidad de que una ley aprobada democráticamente por el Congreso Nacional no se convierta nunca en ley de la República al ejercer dicho tribunal su control preventivo. De ese modo, opera como una verdadera “tercera cámara”. Por último, habría un cuarto dispositivo o “metacerrojo” que protege los otros cerrojos. Estos serían los altos y exigentes quórum (dos tercios o tres quintos, según corresponda, de los senadores y diputados en ejercicio) para aprobar o rechazar un proyecto de ley que reforma la Constitución.

De acuerdo al autor, estos “cerrojos” o “trampas” le otorgan un poder de veto a la derecha pues se requiere de su concurrencia para aprobar reformas legales sustantivas y significativas. La situación es problemática porque en el desenvolvimiento del juego democrático opera el principio de la mayoría, no requiriéndose la anuencia del perdedor

---

19 Véase ATRIA (2008), (2010) y especialmente ATRIA (2013).

20 ATRIA (2013).

21 Hay que prevenir que a la fecha de publicación de los textos del autor en análisis aún no se había publicado la Ley N° 20.840, de fecha 05 de mayo de 2015, que sustituyó el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortaleció la representatividad del Congreso Nacional. Esta ley se enmarca en el cumplimiento del programa propuesto a la ciudadanía por la Nueva Mayoría y su candidata Michelle Bachelet.

para implementar políticas públicas reformistas de quien gobierna democráticamente. El efecto neutralizador de las “trampas” se manifiesta en la manera en que la Constitución de 1980 anula y controla la efectividad de las decisiones democráticas. En concreto, lo decidido por la dictadura cívico-militar y su proyecto político es férreamente resguardado por sus herederos gracias a estos “cerrojos”.<sup>22</sup>

En definitiva, estos dispositivos dejan el proceso político en una situación de suma cero, ya que la ciudadanía no ve satisfechas sus pretensiones y termina frustrándose debido a la propia incapacidad de las mayorías de poder decidir sobre las reformas significativas (porque los cerrojos se fundamentan en el miedo a las mayorías). A su vez, el sistema político se asfixia y, peor que todo, la voluntad de las mayorías no se manifiesta porque lo decidido e impuesto por la dictadura —actualmente resguardado por la derecha— sigue regulando nuestra vida y perpetuando el *statu quo*.

Recapitulando, cabe preguntarse nuevamente, por qué cambiar la Constitución vigente.

Primero: porque su origen es ilegítimo y, mientras no sea corregido, seguirá siendo una cláusula políticamente falaz la declaración constitucional que afirma que Chile es una República democrática, dado que permanentemente se actualiza una decisión que niega el carácter soberano de la voluntad popular.

Segundo: porque su contenido petrifica el ideario de un determinado sector político y, en gran medida, las ideas medulares del régimen dictatorial de Augusto Pinochet, las cuales fueron fundamentadas en principios de un constitucionalismo neoliberal-autoritario. De esta forma se ha perpetuado, conforme a su diseño estructural, la hostilidad hacia las mayorías democráticas, en la medida que esta Constitución ha impedido que la ciudadanía pueda decidir por sí misma su propio destino.

En definitiva, como se sigue de lo previamente dicho, diversos sectores políticos, a lo largo de su historia, consecuentemente han planteado la necesidad política de dotarnos de una Constitución nacida en democracia y con raigambre popular; aquella no es una exigencia exclusiva de nuestros ideales, sino que abarca a todas las fuerzas genuinamente democráticas. Por ello, el desafío consiste en aunar los sectores políticos y sociales afines para llevar a cabo el cambio constitucional.

### **Hacia una nueva Constitución (que permita la transformación social)**

La inercia política a la que nos conduce la ordenación dispuesta en la Constitución vigente ha condicionado el ejercicio efectivo de la soberanía popular. Aquel pueblo que engloba, en términos enunciativos, a las mujeres, los indígenas, los trabajadores, los estudiantes, la comunidad LGBTI, los agraviados, los pobladores y los desaventajados

---

22 *Ídem*.

---

sociales. No hay un verdadero pueblo ejerciendo soberanía; muy por el contrario, una facción elitista que se acomodó en la estructuración constitucional originaria es la que ha hegemonizado y extraviado el poder a fin de resguardar aquel puñado de privilegios tramposamente obtenidos<sup>23</sup>. Esto lo ha hecho parapetándose en ciertos dispositivos constitucionales y el diseño institucional, a fin de neutralizar la conflictividad propia de lo político, sin perjuicio de ratificar la sutil dominación que se ejerce sobre las clases desplazadas y subalternas.

Siendo ello así, lo dicho no hace sino graficar lo insostenible que resulta la desigualdad política en la que actualmente transitamos y ante la cual la Constitución de 1980 permanece inocua; aquel problema de diseño constitucional en la que la voz de algunos vale más que la de otros. Paradójicamente, bajo la actual Constitución, es la voluntad popular la que recibe el tratamiento de minoría carente de capacidad política puesto que el pueblo se ve impedido de su agencia política.

Es por estas consideraciones que es posible explicar la desafección, la ausencia de respeto y de reconocimiento del actual texto constitucional, así como también del régimen institucional que instauró, porque precisamente la clase de decisiones consolidadas y posteriormente impuestas por el constituyente que residió formalmente en la Junta de Gobierno no representan a una porción significativa del pueblo, por la sencilla razón de que no éste no fue partícipe de dicha decisión.

Dicho eso, hay entonces en el escenario sociopolítico actual, como aseveró Alain Badiou<sup>24</sup>, una ficción de legitimidad política justificada a través del simulacro del sufragio. Siendo ello así, una nueva Constitución dada por el pueblo en tiempos de democracia se hace necesaria para lograr reivindicar las pretensiones de participación popular y así acabar con este simulacro. Esto significa que la materialización de un cambio constitucional relevante debería operar como punto de comunión e inclusión entre los ciudadanos; surgiría así un genuino “nosotros” desde el cual proyectar el futuro del país.

Expuesto lo anterior, la Constitución vigente además de anular la democrática agencia política del pueblo, resulta una barrera para la transformación social: la hace imposible. Un nuevo texto fundamental, genuinamente democrático, sin un techo ideológico que petrifique en ella el ideario político de un determinado sector de la sociedad, es condición necesaria para posibilitar en términos procedimentales la transformación social.

En efecto, el actual texto constitucional deja fuera del marco de lo democráticamente decidible proyectos sociales y políticos que hacen sentido para la mayoría de la ciudadanía

---

23 Véase ATRIA (2013).

24 BADIOU (2014)

desde el retorno a la democracia. Tales circunstancias explican, entonces, el por qué la mayoría de las discusiones políticas sustantivas terminan siendo decididas y definidas de la mano de abogados constitucionalistas y jueces del Tribunal Constitucional, y no de la ciudadanía. Estas sería, entre otras y solo a modo ejemplar: si contar o no con métodos de anticoncepción de emergencia, si modificar estructuralmente nuestro sistema de pensiones, el sistema educativo o la previsión en materia de salud. Así, pues, esto se ha traducido en lo siguiente: actualmente no basta ganar elecciones y aplicar el principio democrático y la regla de la mayoría para adoptar decisiones en estas materias, desde el momento que se requiere contar no solo con la venia de quienes se oponen a las transformaciones, sino que también, con el visado eventual de los jueces constitucionales.

Con todo, no proponemos convertir la actual Constitución de revancha reaccionaria en un texto que cristalice el ideario socialista; sino que permita, según la decisión democrática de cada momento, la transformación social allí donde la emancipación humana sea posible. Bajo tales condiciones, una Constitución democrática, contrahegemónica, sin dispositivos neutralizadores y que sea genuina decisión popular es necesaria para que las elecciones tengan sentido, para que la igualdad política sea posible y para que la comunidad política se constituya como tal, deliberando permanentemente con genuina agencia sobre sus decisiones políticamente relevantes.

En suma, bajo este paradigma, un cambio constitucional sustantivo es necesario para prefigurar un nuevo modelo de sociedad democrática e inclusiva que nos proyecte hacia el futuro participando de lo común. Una nueva Constitución que posibilite lo que Axel Honneth<sup>25</sup> denomina el reconocimiento jurídico, esto es, que los grupos hegemónicos aventajados y las instituciones que los amparan reconozcan la igual capacidad moral de los excluidos e invisibilizados para tomar decisiones y hacerse responsables de ellas.

Parafraseando a Toni Negri<sup>26</sup>, esta nueva decisión en la que estaremos involucrados todos como pueblo, es necesaria para establecer los criterios de ordenación que exige la demanda por la transformación social, dentro y más allá de su propia realización. Y esta no es una pretensión extraordinaria, revolucionaria o especialmente exigente, es simplemente una demanda democrática.

\*\*\*

El volumen colectivo que el lector tiene en sus manos nace a partir de las ponencias orales presentadas en un seminario que se llevó a cabo entre el 27 y el 29 de agosto de 2014, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En él participaron más de 30 políticos, académicos e investigadores de diversas universidades del país,

25 HONNETH (1992) y (1997). También en MUÑOZ (2014)

26 NEGRI (2003)



---

privadas y estatales, regionales y capitalinas, quienes se reunieron durante aquellos días a discutir sobre procedimientos de cambio constitucional y propuestas de contenidos para un nuevo texto constitucional. La composición es muy diversa e involucra actores de diversas generaciones cuyas aproximaciones a las problemáticas constitucionales van más allá de la disciplina del derecho constitucional.

Dada la envergadura de lo que significa el cambio constitucional y la especificidad de las materias que deben ser revisadas, en esta obra participan profesores de derecho civil, derecho penal, derecho procesal, derecho internacional, derecho constitucional, derecho administrativo, teoría del derecho y ciencia política. Hombres y mujeres, juventud y experiencia.

Unos de los objetivos de este texto fue discutir acerca el mecanismo: ¿Cómo cambiamos la Constitución? Sin embargo, también consideramos importante proponer como segundo objetivo debatir ampliamente acerca de los posibles contenidos de la nueva Constitución: ¿Qué decisiones de fondo debiese contener la nueva Constitución? En virtud de ello, este texto contiene tres partes: una primera sobre mecanismos, una segunda sobre principios y derechos, que sería la parte dogmática de la Constitución, y una tercera sobre el diseño de la orgánica constitucional.

De ese modo, se cursaron invitaciones a los autores llamándolos a reflexionar sobre preguntas tales como: ¿Qué implicancias tiene el cambiar la Constitución mediante un “procedimiento democrático, participativo e institucional”? ¿Es acaso posible? En esta sección, de carácter procedimental, también es posible encontrar dos reflexiones sobre la idoneidad de la asamblea constituyente como mecanismo de creación de una nueva Carta Fundamental.

A su vez, ya en la sección correspondiente a los contenidos de la nueva Constitución, estimamos necesario debatir acerca los principios que deben orientarla. En consecuencia, en términos generales, allí se emiten consideraciones acerca del modelo económico-constitucional, la fórmula del Estado social y el estatuto constitucional de la propiedad. Igualmente, de qué manera incorporar el derecho internacional de los derechos humanos en la nueva Constitución y de ser así bajo qué mecanismos; las relaciones entre tratados internacionales y Constitución y el control de convencionalidad. También se discute ampliamente acerca de los derechos, ¿Queremos más derechos? Siendo ello así, ¿Qué nuevos derechos debiese contener una nueva Carta Fundamental? En esta parte las propuestas se inclinan hacia la incorporación de algunos nuevos derechos y una profundización de los derechos económico-sociales y del derecho a la igualdad y sus garantías. De igual manera, se discutió sobre las cláusulas de no-discriminación en la Constitución, el principio de fraternidad, las tensiones entre libertad e igualdad y el lugar de los derechos en una democracia.

En la tercera parte se discute en torno a la estructuración de la orgánica estatal y la distribución del poder en una nueva Constitución. Por consiguiente, allí se debate críticamente y se responden preguntas tales como: ¿Cuál régimen político implementar en la nueva Constitución? ¿Qué modelo de justicia constitucional adoptar? ¿Cómo elegimos a los magistrados del Tribunal Constitucional y cuán responsables serán? ¿Cuál modelo de Corte Suprema establecer en relación con las impuncias en la justicia constitucional? Asimismo, se encontrarán exposiciones y discusiones sobre la configuración normativa de la Administración del Estado: ¿Cómo distribuimos las competencias, los poderes políticos y los controles en la regulación constitucional de la Administración?

En cuanto al formato, debemos prevenir que solicitamos a cada uno de los autores que fueran libres de exponer en una modalidad de ensayo aquellas consideraciones teóricas y técnicas, desde sus respectivas disciplinas, en la temática general que convoca este volumen. Esto fue así a fin de poder acerca el lenguaje de los especialistas a los ciudadanos, puesto que esta es una discusión trascendental que interesa a todos por igual.

En términos formales, ya en la estructura misma del texto, cabe prevenir que algunos de los apartados, cuyos temas actualmente resultan polémicos, contienen comentarios críticos. Se optó por esta modalidad sólo en aquellos apartados que consideramos radicalmente controvertidos.

Finalmente, debemos mencionar que varios temas de vital importancia constitucional lamentablemente no fueron abordados. Son grandes ausentes y hay con ellos una deuda pendiente. Es el caso de la forma de Estado, en particular, de la regionalización y la plurinacionalidad. A su vez, en la parte orgánica hubo temáticas que deben ser desarrolladas con mayor profundidad en un trabajo futuro, tales como la unicameralidad en el Congreso. Faltó también un análisis de las formas de transición jurídica desde un texto constitucional que se deroga a uno nuevo que entrará en vigencia. Asimismo, no pudo abordarse el rol de las Cortes con competencia constitucional o Tribunales Constitucionales en los procesos constituyentes, ni el estudio de los procesos de cambio constitucional en contextos de normalidad constitucional. Esperamos que estos temas, mencionados sin pretensiones de exhaustividad, sean abordados oportunamente en la discusión constitucional que nos convoca el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet.

\*\*\*

Hay un sinnúmero de personas que directa o indirectamente contribuyeron de una u otra manera a la realización de este volumen. Así, los editores quieren agradecer a la Friedrich Ebert-Stiftung (Chile) y a su representante, Reiner Radermacher, por su

---

valioso patrocinio y confianza. Igualmente, al Presidente del Instituto Igualdad, Álvaro Elizalde, y especialmente a su Director Ejecutivo, Hugo Espinoza, por el incansable e importante apoyo y gestión durante todo el periplo de esta obra.

Asimismo, agradecimientos para el profesor Enrique Navarro, quien como Director, en ese momento, del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, no dudó en creer en el proyecto cuando se lo presentamos. Igualmente a la profesora Ana María García, actual Directora de dicho Departamento, quien entregó su gentil colaboración y preocupación para que la actividad resultara exitosa.

Queremos agradecer también a las autoridades que participaron y colaboraron con sus exposiciones y experiencias los días que se llevó a cabo el seminario: el Honorable Senador don Alfonso De Urresti; el entonces Presidente del Partido Socialista y Honorable Diputado don Osvaldo Andrade; el Honorable Diputado don Leonardo Soto; la Subsecretaria del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, doña Patricia Silva, quien dio el discurso inaugural como Ministra subrogante; y el Presidente, en ese momento, del Instituto Igualdad, don Camilo Escalona.

Los editores no pueden dejar de agradecer, especialmente, a todos los profesores e investigadores quienes, desde sus respectivas especialidades, de modo amable colaboraron con su participación, entusiasmo y con sus contribuciones escritas en hacer posible este volumen. De la misma manera, damos nuestra gratitud a los académicos que, desde sus perspectivas, contribuyeron con su presencia y experiencia los días que se llevó a cabo el seminario, exponiendo sus ideas y enriqueciendo el debate en las mesas de trabajo: los académicos: Javier Couso, Patricio Espinoza, William García, Manuel Núñez, Augusto Quintana, y Pablo Ruiz-Tagle.

Varios de los aspectos logísticos, aportes en ideas e intercambios de opinión fueron propiciados por los amigos, compañeros y miembros del Área de Investigación Jurídica del Instituto Igualdad. Especial agradecimiento para Nicolás Facuse, Héctor Valladares, Víctor Soto, Rodrigo Fecci, Cristóbal Valenzuela, Pedro Pincheira y Carlos Navia.

Durante la preparación de la estructura del seminario y en la edición del libro varios amigos y colegas fueron consultados, estamos particularmente agradecidos con Francisco Zúñiga, Tomás Vial, Fernando Muñoz, Jaime Bassa, Constanza Salgado, Domingo Lovera, Pablo Contreras, Christian Viera, Jorge Contesse, Matías Guiloff, Alberto Coddou, Luis Villavicencio y Alejandra Zúñiga.

## Bibliografía

ALLENDE, Salvador (1992): “Una Constitución más democrática”, Discurso ante los dirigentes de la Unidad Popular (05 de septiembre de 1972), *Salvador Allende. Obras Escogidas*, Centro de Estudios Políticos Simón Bolívar y Fundación Presidente Allende, Madrid.

ATRIA, Fernando (2008): Participación y alienación política en Chile, *Mensaje*, N° 575.

\_\_\_\_\_ (2010): “Participación y alienación política: el problema constitucional”, Claudio Fuentes (Ed.) *En nombre del Pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ICSO-UDP/Fundación Boll/Salesianos Impresores S.A, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2013): *La Constitución tramposa*, LOM, Santiago.

BACHELET, Michelle (2014): *Programa de Gobierno 2014-2018*, [Disponible en: <<http://michellebachelet.cl/michelle-bachelet-presenta-programa-de-gobierno-con-enfasis-en-una-reforma-estructural-la-educacion/>>].

BADIOU, Alain (2014): “Veinticuatro notas sobre los usos de la palabra <<pueblo>>”, *AA.VV. ¿Qué es un pueblo?*, Eterna Cadencia, Buenos Aires.

CODDOU, Alberto & Pablo CONTRERAS (2014): “Nueva Constitución y Asamblea Constituyente: la experiencia de “Marca tu Voto””, *Anuario de Derecho Público 2014*, Universidad Diego Portales.

COUSO, Javier (2009): “Una nueva Constitución para la República”, *El Mercurio*, A2, [Martes 08 de septiembre de 2009].

\_\_\_\_\_ (2014): “Los chilenos y su demanda por una nueva Constitución”, *Infolatam*, [Disponible en <<http://www.infolatam.com/2014/03/10/los-chilenos-y-su-demanda-por-una-nueva-constitucion/>>].

\_\_\_\_\_ (2015): “La demanda de una nueva Constitución para Chile: hacia una democracia plenamente soberana”, *Aportes para una reforma constitucional, Ideas para el debate N° 3*, CLAPES-UC, Santiago.

CRISTI, Renato & Pablo RUIZ-TAGLE (2006): *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, LOM, Santiago.

FUENTES, Claudio (2013): *El Fraude*, Hueders, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2014): “Rutas para una nueva Constitución. Mapa de actores y estrategias”, *Documento de Trabajo ICSO-UDP*, N° 4.

GARCÉS, Joán (1993): “Prólogo”, *Salvador Allende. Un Estado democrático y soberano. Mi propuesta a los chilenos*, Centro de Estudios Políticos Simón Bolívar y Fundación Presidente Allende, Madrid.

HONNETH, Axel (1992): “Integridad y desprecio. Motivos básicos de una concepción de la moral desde la teoría del reconocimiento”, *Isegoría*, N° 5.

---

\_\_\_\_\_ (1997): *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Crítica, Barcelona.

JORDÁN, Tomás (2015): “Siete tesis sobre una nueva Constitución y una propuesta”, *Aportes para una reforma constitucional, Ideas para el debate N° 3*, CLAPES-UC, Santiago.

MUÑOZ, Fernando (2014): “Constitucionalismo democrático: una respuesta al enfrentamiento entre constitucionalismo de las élites y constitucionalismo popular”, *Revista Red Seca*, [Disponible en <<http://www.redseca.cl/?p=5573>>].

NEGRI, Antonio (2003): *La Forma-Estado*, Akal, Madrid.

PALMA, Eric (2008): “De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución Binominal del 2005”, *Derecho y Humanidades*, N° 13.

QUINZIO, Jorge (2002): “El grupo de los 24 y su crítica a la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 23.

RUIZ-TAGLE, Pablo (2010): “Patriotismo constitucional en el bicentenario”, Claudio Fuentes (Ed.) *En nombre del Pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ICSO-UDP/Fundación Boll/Salesianos Impresores S.A., Santiago.

\_\_\_\_\_ (2011): “Democracia imposible en la medida de lo posible”, *El Mostrador*, [09 de mayo de 2011].

SALAZAR, Gabriel (2011): *En el nombre del poder popular constituyente (Chile, Siglo XXI)*, LOM, Santiago.

SCHMITT, Carl (1927): *Teoría de la Constitución*, Alianza, Barcelona.

TUSHNET, Mark (2011): *Why the Constitution matters?*, Yale University Press, New Haven/London.

ZÚÑIGA, Francisco (2014): *Nueva Constitución: Reforma y Poder Constituyente en Chile*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

**PRIMERA PARTE**  
**¿CÓMO CAMBIAR LA CONSTITUCIÓN?**





## **I. PROCEDIMIENTO DEMOCRÁTICO, INSTITUCIONAL Y PARTICIPATIVO**



# POTESTAD CONSTITUYENTE. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

**Francisco Zúñiga Urbina**

## 1. Proemio

Esta ponencia presenta una visión personal acerca del ejercicio del Poder Constituyente en el “nuevo ciclo”<sup>1</sup> que vive nuestro país. Inicialmente estos planteamientos se debatieron en la Agrupación de Constitucionalistas Socialistas (ACS), en el Instituto Igualdad, por lo que es menester agradecer los comentarios y las críticas allí recibidos. Su contenido, por ende, en nada compromete al actual Gobierno o a los partidos que le dan soporte, ni a las definiciones que este realice acerca de la operación constituyente.

El Programa y la voluntad política del Gobierno en este cuatrienio es abrir o promover un proceso constituyente que otorgue a Chile una nueva Carta Fundamental, originada, discutida y promulgada en democracia. Mucho se ha dicho en el debate público sobre el procedimiento que seguirá el Poder Ejecutivo y la “coalición” gobernante para cumplir tal objetivo. Así, mientras unos han defendido la necesidad o conveniencia de ajustarse estrictamente al procedimiento de reforma previsto en el texto constitucional vigente, en el otro extremo otros han llamado a invocar el poder constituyente originario para que el pueblo directamente se otorgue una nueva Carta Magna. Diversas opciones intermedias también han estado presentes en el debate.<sup>2</sup>

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

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

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

1 HIDALGO (2011), pp. 30 y ss.

2 Consultar ATRIA (2014), pp. 39-47. También AA.VV. (2014).

---

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

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

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

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

## **2. La nueva Constitución en el Programa de Gobierno de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria**

Como se anotó, el Programa de Gobierno ofrecido a la ciudadanía por el comando de la actual Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria contiene varias ideas que determinan el contenido y las características del procedimiento que se seguiría en el proceso constituyente que se pretende impulsar. Así, se parte de la idea de que la actual Constitución, incluso con las múltiples modificaciones que ha sufrido, “está sustentada en una desconfianza a la soberanía popular; de allí las diversas limitaciones a la voluntad popular mediante los mecanismos institucionales de contrapesos fuertes a dicha voluntad, siendo el ejemplo más evidente el mecanismo de los quórum contra mayoritarios para la aprobación y modificación de leyes importantes”. Por ello, se continúa más adelante, “[...] Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional [...]”.

La idea toral subyacente a la nueva Constitución es superar la vieja Constitución, estatuto del poder otorgado, autoritario en lo político y neoliberal en lo económico; con nula legitimidad democrática de origen, al estar fundada en un “fraude” plebiscitario

y adicionalmente estar aquejada de una muy parcial e insatisfactoria legitimidad de ejercicio; lo que es determinado por el “falso consenso” que atraviesa el ciclo reformador que se inicia en el año 1989 con las cincuenta y cuatro reformas promulgadas mediante la Ley N° 18.825 y precedida de un plebiscito “semicompetitivo”.

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

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

Si bien tales características son muy brevemente desarrolladas, sí aclaran cuestiones fundamentales. En cuanto democrático, en el proceso deben escucharse todos los puntos de vista, hacerse presentes todos los intereses legítimos y respetarse los derechos de todos los sectores; en cuanto participativo, debe buscarse que la ciudadanía participe activamente no sólo mediante la aprobación del texto, sino también en su discusión, lo cual supone “[...] aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición [...]”.

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

---

a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios”.

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

El pacto político institucional subyacente a una nueva Constitución, que le confiere un plus de legitimidad, debe asentarse en la superación de la lógica del “falso consenso”, tan propia del antiguo ciclo reformista (1989-2010), para enfrentarse a una “hoja en blanco” (no “desde cero” como se pretende interesadamente desde posturas conservadoras o “progresistas” o “refundacionales”): sin texto o pretexto fijado de antemano, a fin de pensar, deliberar y escribir una nueva Constitución desde un auténtico consenso y también desde el disenso. Al mismo tiempo debe conscientemente esquivar la “trampa del consenso” impuesta desde reglas procedimentales —quórum reforzado ordinario y extraordinario— de reforma constitucional que habilitan el veto o bloqueo de una minoría calificada<sup>3</sup>. En este orden de ideas, se hace necesario superar la concepción defensiva o numantina de la Constitución vigente como soporte institucional de la paz y prosperidad del país en las últimas décadas, y como “seguro” de un cierto sector de la sociedad política frente a otro; y además se debe superar una idea anticuada de consenso revestida de actitudes melifluas, condescendientes, bajo la apariencia de “realismo” estratégico frente a la “sombra de la dictadura” proyectada en la permanencia de Augusto Pinochet en la escena política como Comandante en Jefe del Ejército de Chile durante parte de la transición o capturada ideológicamente por el “fin de la historia” —el capitalismo financiero global y su ideología— pregonada con fuerza a partir de 1989, cuya versión más divulgada es el “consenso de Washington”, que conlleva un cierto “gatopardismo” en la práctica política —“política de los acuerdos”— y sus resultados.<sup>4</sup>

---

3 DARNSTÄDT (2005), pp. 237-240.

4 GINSBURG (2014), pp. 1-36.

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

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

Asimismo, si entendemos la democracia en términos básicamente procedimentales, “la política de los acuerdos” —el compromiso tan propio de la política democrática— concierne a las reglas preliminares y reglas del juego del sistema político democrático que dan soporte a las instituciones contra-mayoritarias y definen el rol de la oposición, en el marco de los controles y responsabilidades tan propios de un Estado de Derecho,<sup>5</sup> y no a las reglas de estrategia o a la ejecución de programas de gobierno o de políticas públicas en las que quedan impresas las señas de identidad ideológico-programáticas de partidos o coaliciones gubernamentales. De lo contrario el “mayoritarismo” como argumento en contra de la “democracia de los acuerdos” o “política de los acuerdos” carece de solidez o es aporético.

### 3. Conclusiones

En primer lugar y como se vio, el procedimiento genético de la nueva Constitución debe ser institucional, democrático y participativo, sea que tal Carta resulte ser fruto del poder constituyente derivado —vía reforma total de la vieja Constitución o plebiscito constitucional— o del poder constituyente originario, llámese congreso constituyente, asamblea constituyente o referéndum constituyente. A nuestro parecer, el camino de la reforma total y de la “reforma a la reforma”, residenciado en el Congreso Nacional, como mecanismos procedimentales de alumbramiento de

5 KELSEN (1977), pp. 81-98. También BOBBIO (1985) y BOBBIO (2003), pp. 459-462.



---

la nueva Constitución poseen prioridad político-estratégica hoy, sin desahuciar con ello *a priori* otros caminos y mecanismos. Ello es congruente con la obtención por el actual gobierno de mayorías necesarias para llevar adelante un ambicioso programa de reformas, tales como la reforma tributaria, la reforma educacional, y ciertamente la reforma constitucional.

Con todo, si es fruto del poder constituyente derivado, puede incorporarse el referéndum constituyente como mecanismo doble, tanto para resolver los conflictos de bloqueo entre los órganos que ejercen la potestad constituyente —la Presidenta de la República, el Congreso Nacional y sus cámaras— en cualquier etapa del *iter* procedimental, como para obtener la ratificación del obrar constituyente de los poderes instituidos por la soberanía del pueblo, antes de la ley promulgadora de la reforma constitucional.

También se hace necesario incorporar al alumbramiento de la nueva Constitución mecanismos eficientes de estudio, deliberación y acuerdo en el Congreso Nacional como *verbi gratia* la comisión bicameral; y de participación y consulta de la ciudadanía y de los movimientos sociales a través de audiencias públicas; todos mecanismos de resorte reglamentario interno, pero muy valiosos. Una eventual “reforma de la reforma” puede diseñar mecanismos participativos, como asambleas regionales de la civilidad que interactúen con el Congreso Nacional en el *iter* de reforma. Adicionalmente, el ejercicio del poder constituyente debe zafar de quórum reforzados ordinarios —tres quintos de parlamentarios en ejercicio— y extraordinarios —dos tercios de parlamentarios en ejercicio—, que operan formalmente como una garantía normativa de rigidez de la Carta, pero que en la realidad son una herramienta para el bloqueo decisional y los vetos de contenido en la reforma constitucional; en suma son el entramado conformador de la “trampa del consenso”. Por ello resulta razonable restituir el quórum reforzado de la Constitución del año 1925 de mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio.

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

En segundo lugar, la nueva Constitución, sea fruto del poder constituyente derivado o del poder constituyente originario, debe estar soportada sobre un gran acuerdo nacional acerca de sus “bases”, acuerdo que debe reflejar en la mayor medida

de lo posible, el pluralismo político e ideológico de la sociedad. La idea de acuerdo o pacto nacional de tipo político-constitucional subyacente a la nueva Constitución le conferiría un plus de legitimidad y estabilidad normativa real. Primordialmente, tal acuerdo nacional debe ser gestado en el Congreso Nacional, si se opta por la reforma total de la vieja Constitución. En caso contrario, tal acuerdo debe ser gestado en el congreso constituyente o en la asamblea constituyente. En ambos casos —poder constituyente derivado o poder constituyente originario— la sociedad civil y sus movimientos sociales deben participar y ser escuchados en la elaboración de la nueva Constitución y expresarse como cuerpo electoral o ciudadanía a través de un referéndum constituyente.

En la construcción de la real legitimidad democrática de una nueva Constitución, como hemos dicho, se hace necesario superar la lógica de la imposición o la fuerza desnuda, presente en la vieja Carta y también en cierta medida en otras constituciones históricas de nuestro país. La idea de pacto o acuerdo nacional de tipo político-constitucional —plural, deliberativo, transparente— está al servicio de esa legitimidad democrática tan necesaria para un efectivo “patriotismo constitucional”.<sup>6</sup>

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

El porvenir del “momento constitucional” que atraviesa nuestro país, momento débil o fuerte, breve o prolongado en el tiempo y las posibilidades concretas de la operación constituyente de tener éxito en nuestro proceso político tendrán su palabra a través del tiempo, dependiendo, finalmente, de la política o facticidad.<sup>7</sup>

En cuanto a las conclusiones, el nexo que tiene el tema “una nueva Constitución para una democracia estable, eficiente y moderna” con los principios fundacionales del socialismo, es evidente. Estos principios, —liberalismo, democracia, socialismo, laicismo y humanismo— son la base del socialismo y se encuentran presentes tanto en la Ilustración como en la modernidad, y están recogidos en las ideas fuerza de la operación constituyente. Pero además debemos superar el pasado y su Constitución

6 STERNBERGER (2001). También HABERMAS (1991).

7 ACKERMAN (1995), pp. 55-61.

---

otorgada, autoritaria y neoliberal, y debemos hacerlo a través de un acuerdo nacional que reúna a todos los partidos políticos y movimientos sociales, porque entendemos la política democrática como diálogo, persuasión y entendimiento, no solo fuerza.

Se ha sostenido que en la idea de una nueva Constitución o en sus bases inscritas en el programa de Gobierno subyace un maximalismo o “grafomanía constitucional”<sup>8</sup> muy propia del nuevo constitucionalismo latinoamericano, casi una suerte de “chavismo constitucional”; y que en cambio lo deseable sería un minimalismo que entrara a borrar con “goma” los excesos de densidad normativa iusfundamental; una suerte de “liposucción” que afectaría al contenido político, y socio-económico o de nuevos derechos económicos, sociales y culturales. Tal crítica minimalista a la idea o bases de una nueva Constitución es falaz, al pretender que el único instrumento de Gobierno adecuado al modelo de “democracia liberal” o “democracia constitucional” es el de las constituciones breves, longevas y rígidas como la estadounidense —pero, en este caso, sin las constituciones de los Estados y sus numerosas reformas— y, además, prescinde de lo obvio: la Constitución vigente es desarrollada o maximalista, con un fuerte componente ideológico autoritario y neoliberal.

Luego, no solo se requiere una nueva Constitución sino también la apertura del techo ideológico de la Constitución que dé soporte a nuevas formas de Estado —república democrática, Estado regional, Estado social, Estado laico, Estado abierto a sus pueblos indígenas— al derecho internacional y a la globalización, al latinoamericanismo, y a una cultura de los derechos; y junto con ello un arreglo institucional que establezca un régimen político democrático eficiente y de equilibrio entre Gobierno y Congreso Nacional que reduzca al mínimo las instituciones contra mayoritarias del sistema que no sean derechos fundamentales.

En el porvenir, pensamiento y acción son llamados a combinarse simétricamente en esta empresa política y ciudadana de darnos una nueva Constitución. Desde la academia debemos estar en esa empresa política.

## **Bibliografía**

AA.VV. (2014): Reformas Constitucionales, *Revista de Derecho Público*, Edición Especial, Universidad de Chile, Santiago.

ACKERMAN, Bruce (1995): *El futuro de la revolución liberal* (trad. Jorge Malem), Ariel, Barcelona.

---

8 SARTORI (1996), p. 217.

ATRIA, Fernando (2014): “La Constitución Tramposa y la responsabilidad del jurista”, Francisco Zúñiga (Coord.), *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Legal Publishing/Thomson Reuters, Santiago.

BOBBIO, Norberto (1985): *El futuro de la democracia* (trad. Juan Moreno.), Plaza & Janés, Barcelona.

\_\_\_\_\_ (2003): *Teoría general de la política* (trad. Antonio De Cabo y Gustavo Pisarello), Trotta, Madrid.

DARNSTÄDT, Thomas (2005): *La trampa del consenso* (trad. Francisco Sosa Wagner), Trotta, Madrid.

GINSBURG, Tom (2014): “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena”, *Estudios Públicos* N° 133.

HABERMAS, Jürgen (1991): *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid.

HIDALGO, Paulo (2011): *El Ciclo Político de la Concertación (1990-2010)*, Uqbar editores, Santiago.

KELSEN, Hans (1977): *Esencia y valor de la democracia* (trad. Rafael Luengo y Luis Legaz y Lacambra), Labor, Barcelona.

SARTORI, Giovanni (1996): *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados* (trad. Roberto Reyes), Fondo de Cultura Económica, Santiago.

STERNBERGER, Dolf (2001): *Patriotismo constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.



## EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL Y SU SOLUCIÓN: ¿QUÉ ES “INSTITUCIONAL”?\*

**Fernando Atria Lemaitre**

El programa de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet asume un compromiso con la necesidad de una nueva constitución y especifica mediante tres características el proceso que ha de llevar a ella: se ha de tratar de un proceso “democrático, participativo e institucional”. Mucho se ha especulado acerca del significado de estos términos, en particular sobre qué quiere decir que se trate de un proceso “institucional” y qué tensiones hay, en el contexto de la institucionalidad chilena actualmente vigente, entre esa característica y las otras dos. Estas cuestiones son importantes, pero no es este el momento para detenerse en ellas. En efecto, la forma jurídica específica del mecanismo dependerá del grado de desarrollo que en su momento tenga la demanda social y política por una nueva Constitución. Pero además, no estamos todavía en condiciones de dar por sentado que entendemos el problema general de la forma del cambio constitucional. No se trata de que sepamos cuál es el problema y solo nos preguntemos cómo ha de ser solucionado. Debemos por tanto detenernos a indagar acerca de la naturaleza del problema.

### I

Tenemos, entonces, que partir desde algunos pasos atrás y reflexionar en primer lugar sobre la relación entre el cambio constitucional y la nueva constitución, entre el procedimiento y el producto. Tratándose del cambio constitucional, el tipo de producto buscado se anticipa en el proceso, de modo que hablar acerca del proceso es una manera de hablar acerca del producto, y podemos entender mejor cuál es el proceso adecuado cuando tenemos claridad respecto de su producto.

El producto buscado es una *nueva constitución* y no una *reforma constitucional*. Pero la distinción entre estas dos cuestiones es mucho menos obvia de lo que podría parecer a primera vista. Esto puede apreciarse mirando la discusión que siguió a la publicación de la Ley N° 20.050, que hoy conocemos como la reforma constitucional del año 2005. Vista *desde hoy*, esa discusión se nos aparece curiosamente invertida. Esto es lo que hace que este episodio sea crucial ahora que hablamos de nueva constitución ya que nos provee, por decirlo así, de una imagen en negativo del poder constituyente: un momento en que todos entendieron las cosas al revés. El ex Presidente Ricardo Lagos y la Concertación entendieron que el problema constitucional había sido solucionado porque la constitución ya no era la de 1980 o “de Pinochet” y podía ser lícitamente

\* Gracias a Diego Espinoza por su colaboración.

---

llamada “de 2005”. El propio Ricardo Lagos, al promulgar la Ley N° 20.050, afirmó que después de esas reformas “Chile cuenta [...] con una constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido”. La derecha se opuso a esta nueva denominación: *El Mercurio* sostenía que las reformas “no alteran en lo sustancial el texto de 1980”, mientras que el entonces senador Andrés Chadwick sostuvo algo que hoy sería considerado como un argumento para respaldar la demanda por una nueva constitución: “Por muy importante que hayan sido las reformas, que hemos compartido y consensuado, sigue siendo la constitución de 1980. Se mantienen sus instituciones fundamentales, tal como salió de su matriz. Para que haya una nueva constitución se requiere de un proceso constituyente originario, no de un proceso de reformas”.<sup>1</sup>

La pregunta, entonces, por la diferencia entre una reforma constitucional y una nueva constitución, una pregunta que normalmente debería ser discutida solo en los cursos de teoría de la constitución, es una pregunta políticamente relevante hoy. No podemos descansar en lo que los agentes creen que están haciendo, porque ellos pueden estar tan equivocados como el comentarista o el jurista. Y como el Gobierno ha afirmado que Chile necesita una nueva constitución, y como hay una demanda ciudadana por nueva constitución, es importante hoy reflexionar para tener un criterio que podamos utilizar cuando llegue el momento, que nos permita saber si lo que se nos presenta es una reforma constitucional o una nueva Constitución, y nos muestre también por qué la diferencia es importante. Quiero sugerir que para estas preguntas hay en principio dos respuestas posibles.

---

1 La opinión editorial de *El Mercurio* fue publicada el 23 de septiembre de 2005. La opinión de Chadwick está consignada en “Denominación de la Constitución abre debate entre juristas y parlamentarios”, *El Mercurio*, 21 de septiembre de 2005. Renato Cristi interpreta la frase que antecede a este pasaje (en el sentido de que esta afirmación de Chadwick sería vista hoy como un argumento para respaldar la demanda por una nueva constitución) como que yo estaría “en perfecto acuerdo” con Chadwick en el sentido de que porque no se trata de un proceso constituyente originario es necesaria una nueva Constitución, véase CRISTI *et al* (2014), p. 163. Cristi cree que esto es consecuencia de que en *La constitución tramposa* yo habría caído en “la trampa de Chadwick” (*ibid*, p. 166), que consistiría en creer “que es necesario un proceso constituyente originario para dejar atrás la constitución de 1980” (*ibid*). Esto es un error. Aquí solo estoy diciendo que enfatizar que no se trata de una nueva constitución es lo que corresponde argumentar hoy a quien cree que pese a la reforma de 2005 es necesaria una nueva Constitución. Es verdad que mucho después en *La constitución tramposa* (p. 84) sostengo que la afirmación de Chadwick es “correcta”, pero solo después de haber explicado la relación entre forma y substancia de un modo similar al que, en versión resumida, se explica más abajo. Como se explicará, Chadwick tiene razón en un sentido político, no en un sentido teórico que es el que ocupa Cristi para interpretar mis afirmaciones. Tautológicamente, en la medida en que no sea un proceso constituyente originario no es una nueva constitución. Pero no se trata de formular o rebatir tautologías. Cuando Cristi dice que ya no vivimos bajo la “Constitución” de 1980, sino bajo “la constitución de 1989”, y que la “Constitución de 1989” es “una Constitución legitimada por plebiscitos democráticos y fundada ahora en el poder constituyente originario del pueblo” (*ibid*, p. 171), yo no puedo sino leer que los senadores designados (hasta el año 2005), el sistema electoral binominal, los quórums de aprobación de la ley y otras trampas están legitimadas y son queridas por el pueblo. Cristi cree que puede afirmar lo primero sin afirmar lo segundo, pero entonces lo primero es una afirmación vacía, sin contenido: si lo primero no implica lo segundo, no significa nada. Y si se trata de lo segundo, entonces nuestro desacuerdo sería no teórico (sobre la correcta teoría del poder constituyente) sino político (sobre la legitimidad de las trampas constitucionales).

La primera es la respuesta que daría el jurista. La perspectiva característica del derecho siempre se aprecia de modo evidente desde la obra de Hans Kelsen. En efecto, Kelsen diría que una nueva constitución es una dictada a través de mecanismos no previstos en la constitución anterior, mientras que una reforma constitucional sería el resultado de un ejercicio de potestades constitucionales ordinarias de reforma. Creación libre de ataduras en el caso de una nueva constitución; seguimiento de un procedimiento constitucionalmente preestablecido en el caso de una reforma constitucional:

Las constituciones escritas contienen por lo común determinaciones especiales relativas a los procedimientos mediante los cuales solamente ellas pueden ser modificadas. El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea remplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad.

Este principio, con todo, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No tiene aplicación en caso de revolución. Una revolución, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de Estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales— o su remplazo por otra. Desde un punto de vista jurídico, es indiferente que esa modificación de la situación jurídica se cumpla mediante un acto de fuerza dirigido contra el gobierno legítimo, o sea efectuado por miembros del mismo gobierno; que se trate de un movimiento de masas populares, o sea cumplido por un pequeño grupo de individuos. *Lo decisivo es que la constitución válida sea modificada de una manera, o remplazada enteramente por una nueva constitución, que no se encuentra prescrita en la constitución hasta entonces válida.*<sup>2</sup>

En contraste con la aparente superficialidad de la respuesta del jurista, la segunda respuesta parte desde un concepto sustantivo de lo que es una constitución. No puedo detenerme aquí en el argumento para esto, por lo que permítanme presentar derechamente la conclusión:<sup>3</sup> una constitución es una decisión fundamental sobre la identidad y forma de una unidad política. En la tradición democrática, particularmente, esta decisión hace posible que la unidad política pase a ser un agente político por la vía de establecer(le) mecanismos de imputación de voluntad: así, por ejemplo, la comprensión democrática de los procedimientos de formación de la ley entiende que ellos son mecanismos de formación de la voluntad del pueblo. La ley es una declaración

2 KELSEN (1991), pp. 119-120 (destacado agregado).

3 Para el argumento, véase ATRIA (2013a), pp. 38-41.



---

de la voluntad del pueblo, una “declaración de la voluntad soberana”. Si la constitución es una decisión sobre la identidad y forma de la unidad política, ¿cuál es la forma que asume el pueblo chileno bajo la “Constitución” de 1980? La respuesta es clara: está neutralizado.<sup>4</sup> La decisión en la Constitución de 1980 es neutralizar, impedir la agencia política del pueblo. Bajo ella hay unidad política, pero no agencia política. Se trata entonces de una Constitución que cumple una función precisamente contraria a la función que la tradición democrática le asigna a toda constitución —habilitar al pueblo, crear formas de acción para éste. Por consiguiente, desde una perspectiva sustantiva y democrática, una nueva constitución requiere reemplazar esta decisión neutralizadora por otra habilitadora. Eso contaría como una nueva decisión sobre la forma del pueblo, una que lo habilite para actuar políticamente. Una reforma constitucional, por otra parte, es toda modificación de reglas constitucionales que mantenga la neutralización.

Es interesante notar que estas dos respuestas pretenden responder a la misma pregunta, aunque pareciera que estuvieran hablando de materias distintas. ¿Cómo es posible que dos respuestas tan notoriamente disímiles entre sí sean respuestas a la misma pregunta? Lo que ocurre es que son dos maneras de decir lo mismo, usando lenguajes diferentes. Porque la decisión sobre la forma y modo de existencia de la unidad política no es solo una decisión abstracta o teórica. Es una decisión que se manifiesta en instituciones. Por consiguiente la decisión sobre la forma y modo de existencia no es una decisión de esas instituciones, sino una decisión sobre esas instituciones. Estas instituciones, entonces, contienen esa decisión neutralizadora. La neutralización no es una decisión *de* esas instituciones, sino algo *acerca* de ellas. Por consiguiente, en la medida en que nuevas decisiones se tomen a través de esas formas institucionales, la decisión fundamental en la que dichas instituciones descansan será ratificada, no podrá ser impugnada. Es importante notar que esta afirmación debe ser entendida políticamente, no teóricamente. La afirmación se sostiene incluso “...en Estados donde, como ocurre en Inglaterra, por virtud de la pretendida soberanía del Parlamento inglés, pueden acordarse leyes constitucionales en vías del procedimiento legislativo ordinario. Sería inexacto sostener que Inglaterra pudiera transformarse en una República soviética mediante «simple acuerdo mayoritario del Parlamento»”.<sup>5</sup>

La mejor demostración de este punto es precisamente la reforma constitucional de 2005. Que la Ley N° 20.050 fuera una nueva constitución era una imposibilidad. Pero una imposibilidad política, no conceptual. Ello porque la neutralización en que consiste la Constitución de 1980 está en sus formas procedimentales, por lo que a través de esas formas solo podrán tomarse decisiones neutralizadas, es decir, decisiones que no afecten la neutralización. Si atendemos a la pregunta sustantiva: ¿por qué no hubo

---

4 véase ATRIA (2013b), pp. 3-6.

5 SCHMITT (1992), p. 114.

el año 2005 una nueva constitución?, la respuesta puede bien ser la del jurista: porque la Ley N° 20.050 se produjo a través del ejercicio de potestades ordinarias de reforma conforme al art. 127 del texto constitucional —esto es una reforma en términos del jurista. Y en esos procedimientos está contenida la neutralización de la dictadura.

## II

Ahora que contamos con un concepto de Constitución, podemos preguntarnos qué quiere decir que un procedimiento para elaborar una nueva Constitución sea “democrático, participativo e institucional”. Hemos dicho que no es este el momento para la determinación precisa de estas características, pero también hemos dicho que tratándose del cambio constitucional, el tipo de producto buscado se anticipa en el proceso, de modo que hablar acerca del proceso es una manera de hablar acerca del producto. Ya estamos en condiciones de entender que la dimensión *institucional* de este procedimiento no puede implicar que esa nueva Constitución sea generada mediante el ejercicio de potestades ordinarias de reforma constitucional —las contenidas en el art. 127 del texto constitucional— porque ello arrojaría como resultado, y esto después del año 2005 no es sorprendente, nada más que una reforma constitucional, tanto en términos jurídicos como en términos sustantivos. Pero entonces, ¿cómo puede haber un procedimiento *institucional* para dictar una *nueva Constitución*?

Es decir, ¿cómo puede haber una nueva Constitución dictada a través de un proceso institucional? De acuerdo al argumento del apartado anterior esto parece una contradicción en los términos. Pero es importante notar que no es una contradicción *en los términos*, sino una contradicción *política*, porque el argumento que conectaba la respuesta política y la respuesta jurídica no es un argumento teórico o conceptual, sino político. La diferencia es importante. Cuando Carl Schmitt dice que el parlamento inglés no puede, por mayoría, hacer del Reino Unido una república soviética, su afirmación no es una predicción sobre lo que puede o no ocurrir en el futuro. Lo que quiere decir es que si hubiera una decisión en tal sentido, esta no podría ser entendida como un acto normal de legislación sino como un golpe de Estado o una declaración de independencia —según uno esté a favor o en contra de lo ocurrido. Lo que esto implica es que la discusión sobre el sentido de la nueva Constitución debe ser una discusión enteramente purgada de formalismos jurídicos. Esto opera en ambos sentidos: como es enteramente purgada, no tiene sentido decir que una nueva Constitución solo se puede dar fuera de mecanismos “institucionales”, pero tampoco que no se puede dar a través de esos mecanismos. Este es el sentido de la afirmación de que el poder constituyente no está atado por las instituciones constituidas: como es pura sustancia —porque es el origen de toda forma— no está vinculado por las formas. Pero esta ausencia de vinculación puede operar en cualquier sentido.

---

Como la discusión ha de estar purgada de todo formalismo, de lo que se trata no es de analizar teórica o conceptualmente qué quiere decir “poder constituyente” y qué relación tiene con la noción de “poder constituido”. Cuando hablamos de un procedimiento “institucional”, debemos hacerlo con conciencia de dos elementos. El primero es el que se sigue de lo dicho en el apartado anterior: una nueva Constitución no puede ser dada mediante el ejercicio regular de potestades constituidas, porque es en la constitución de esas potestades que se aloja la neutralización constitucional que constituye nuestro problema constitucional. El segundo es algo que, aunque sé que puede ser discutido como apreciación, es a mi juicio evidentemente verdadero: en la situación actual —y la que es probable que se mantenga por los próximos años— la viabilidad política de una nueva constitución mediante procedimientos “extrainstitucionales” es cercana a cero. De estos dos elementos se sigue que parece que estamos en un callejón sin salida. Y es en este punto que los juristas tenemos algo importante que decir, porque ahora es cuando estos se encuentran en una posición en la que tienen una contribución específicamente profesional que hacer a la república.

### III

¿Cuándo algo es “institucional”? Todo jurista sabe que, a pesar de lo que podría pensarse, esta pregunta no tiene una respuesta clara y siempre evidente. Hace siete décadas, en algún seminario de derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, un egresado de licenciatura en derecho en vías de titulación sorprendió a sus profesores con el argumento de que vender cosas embargadas era perfectamente lícito, es decir, “institucional”.<sup>6</sup> Yo supongo que todos los tradicionales profesores de derecho civil, que llevaban 80 años enseñando que hay objeto ilícito en la venta de cosas embargadas, deben haberse sorprendido: ¿no sabemos todos que es ilícito vender cosas embargadas? ¿Es que este joven viene a decirnos que hemos estado equivocados todo el tiempo sobre algo importante de nuestra especialidad profesional? Y, bueno, sí. Eugenio Velasco tenía la razón, y hoy es una tesis aceptada, sin que hayan cambiado las reglas, que la venta de cosas embargadas es lícita, aunque es ilícita su enajenación, salvo en las condiciones del artículo 1464 del Código Civil. Entonces ¿es institucional la venta de cosas embargadas?

A mi juicio, una de las cosas que marca la diferencia entre el que conoce el derecho y el que no lo conoce es precisamente que el primero sabe que el derecho deja espacios para discutir, en determinadas circunstancias, sobre el estatus de “institucional” o “extrainstitucional” de algo. No quiero que se me interprete cínicamente. No estoy

---

6 El joven egresado de la carrera de derecho aludido era Eugenio Velasco, y el argumento con el que sorprendió a sus profesores está hoy explicado en cualquier texto de derecho civil. Su exposición completa la hizo en su memoria de grado: *El objeto ante la jurisprudencia* (1941).

diciendo que uno siempre puede salirse con la suya y torcer las reglas a voluntad. Por eso creo que el de Eugenio Velasco es un buen ejemplo. Él mostró que algo que había sido siempre considerado ilícito —la venta de cosas embargadas por decreto judicial— era perfectamente lícito y que quienes habían, por tanto tiempo, sostenido que era ilícito, estaban jurídicamente equivocados.

Pero si esto es así, es posible que entre las dos observaciones sobre...que constituían nuestro dilema haya un espacio donde podremos encontrar la solución. El dilema era, recuérdese: si es mediante el ejercicio ordinario de las potestades de reforma constitucional, no hay solución al problema, porque ahí se aloja la neutralización; si es extrainstitucional, no hay solución al problema, porque es políticamente inviable. Pero nótese que este dilema supone que solo es “institucional” el ejercicio ordinario de las potestades de reforma constitucional. Necesitamos algo equivalente a la tesis Velasco, algo que nos abra posibilidades para pensar en vías institucionales que no estén afectadas por la neutralización que contiene el procedimiento del art.127.

En la formulación del dilema utilizada más arriba, este resulta de la suma de dos observaciones: una sobre los procedimientos regulares de reforma, que no son aptos para solucionar el problema, porque ahí se aloja la trampa, y otra sobre las formas “extrainstitucionales” que tampoco lo son, por inviabilidad política. Nótese sin embargo la diferencia en la formulación: el primer elemento alude a “procedimientos regulares de reforma” y el segundo a lo “extrainstitucional”. Y la pregunta, naturalmente, es si hay algún procedimiento que no caiga en ninguna de estas dos descripciones. Es decir, que no sea “extrainstitucional”, para que sea viable, pero tampoco sea “ejercicio de poderes regulares de reforma”, para que pueda solucionar el problema.

Si el problema fuera “teórico” o “conceptual”, la respuesta sería negativa. Pero políticamente hablando la pregunta es por el sentido, y entonces podemos decir algo más. Que una estrategia “extrainstitucional” sea políticamente inviable hoy significa que la nueva Constitución tendrá que tener un momento de validación institucional, un momento en que el procedimiento de que se trate sea reconocido conforme a la institucionalidad vigente. Lo que no es unívoco es el *sentido* de ese momento. Porque dicho momento puede entenderse de dos modos: en el primero, se trata de un momento en que se toma una decisión sobre la forma y modo de existencia de la unidad política, es decir, es un momento en el que se pretende dar al país una nueva Constitución. Esto es lo que el argumento del apartado primero muestra que no es posible: una decisión tomada institucionalmente sobre la forma y modo no será sino una reiteración de la Constitución vigente, es decir, una ratificación de la forma y modo de existencia actualmente vigente. Aquello fue lo que ocurrió en el año 2005, en que

---

el momento institucional fue uno en el que se decidió sobre el contenido de la nueva regulación constitucional. En consecuencia, fue solo una reforma constitucional. En el segundo, ese momento de validación institucional tiene el sentido no de *decidir* sino de *abrir posibilidades de decisión*, sin tomar decisiones sobre el contenido de la nueva ordenación. En este segundo sentido, no hay incompatibilidad en la idea de una nueva Constitución dictada mediante un procedimiento que tiene un momento de validación institucional.

A mi juicio, por razones latamente explicadas en otro lugar,<sup>7</sup> creo que ese momento institucional podría ser un plebiscito convocado por la Presidenta de la República, si para ello cuenta con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional.<sup>8</sup> Muchos comentaristas, sin embargo, sin hacerse cargo del argumento, saltaron apresuradamente a la conclusión de que dicho plebiscito no sería suficientemente “institucional”, porque sería una suerte de “fraude a la ley (a la Constitución)”.<sup>9</sup> Yo todavía no he escuchado una razón convincente que supere los argumentos dados en ese libro, pero asumamos que quienes criticaban no el argumento, sino su conclusión, tienen razón, y dicho plebiscito sería inconstitucional. Lo sería, de acuerdo a ellos, porque infringiría lo dispuesto en el inciso final del art. 15 del texto constitucional: “Sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución”.

Si la objeción a la posibilidad de un plebiscito constitucional es la regla del inciso final del art. 15 recién citado, la solución evidentemente es modificar esta regla. La modificación podría, por ejemplo, consistir en insertar antes del punto final la expresión “y la ley”. Nótese que dada la ubicación del art. 15 en el capítulo 2 del texto constitucional, su reforma estaría sujeta, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del art. 127, al quórum ordinario de tres quintos, y no al agravado de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio.

Por razones que han sido explicadas con cierta detención en otra parte<sup>10</sup>, a mi juicio una regla que autoriza al Presidente de la República a convocar un plebiscito a su

---

7 ATRIA (2013a), pp. 103-160.

8 Esta es la mejor manera de entender ese momento de validación institucional que abra posibilidades y no decida. Pero por supuesto, no hay razón alguna para pensar que no surgirán otras posibilidades en el futuro. Yo he oído algunas otras: la introducción de un capítulo XVI adicional al texto constitucional, que trate del cambio constitucional completo, o la dictación de una nueva disposición transitoria que autorice por una vez un plebiscito constitucional. Todas estas opciones, y otras que todavía no han surgido en el caso de que lo hagan, deberán ser considerados con cuidado. Lo que aquí me importa no es defender la que me parece más adecuada, sino ilustrar el argumento.

9 Para las afirmaciones (aunque lamentablemente, no argumentos), véase ATRIA (2013a), pp. 105-109.

10 ATRIA (2013a), pp. 128-136.

propia voluntad no es conveniente. El riesgo es que pueda usar ese poder para solucionar sus conflictos con el Congreso Nacional en desmedro de este, reduciendo aún más la importancia de este último y concentrando todavía más el poder en el Presidente. Pero es claro que si la razón para restringir el poder del presidente para convocar a plebiscito es proteger al Congreso, dicha protección se obtiene no prohibiendo cualquier plebiscito no expresamente contemplado en la Constitución, sino requiriendo el acuerdo del Congreso para convocar a plebiscito. Esta es la conclusión a la que lleva, a mi juicio, una interpretación no pinochetista de la Constitución actual. Pero si esta última tesis es rechazada, la reforma aquí sugerida sería suficiente.<sup>11</sup> Dicha reforma cuenta como el momento de validación constitucional de un proceso hacia una nueva Constitución. En ese sentido no es “extrainstitucional”. Pero es un momento de validación institucional cuyo sentido no es decidir la cuestión sino abrirla, y por eso no implica el peligro de repetir el error de 2005, porque no se trataría de una decisión institucional que pretenda decidir el contenido de la nueva Constitución.

#### IV

La celebración de un plebiscito constitucional no es importante solamente por el resultado que se obtenga —aunque es evidente que un resultado positivo para una nueva Constitución sería condición necesaria para que el proceso continuara. Es cuestión de pensar lo que significaría la realización de tal plebiscito: un período de intensa discusión constitucional, en el que se irían perfilando cada vez con mayor claridad posiciones diferentes, y en el contexto del cual la movilización social y política por una nueva Constitución aumentaría considerablemente. En estas circunstancias, si después de —por hipótesis— un resultado favorable a una nueva Constitución, surgiera la idea de realizarla mediante una “comisión bicameral” sometida a las reglas del artículo 127, la respuesta sería que dicha opción es, en ese contexto, ridícula. Esta reflexión nos da una pista acerca de lo que ha de seguir a continuación: los procedimientos que sean posibles —tanto en el sentido positivo de que se hagan políticamente realistas como en el sentido negativo de que no sean ridículos— dependerán del grado de desarrollo de la demanda ciudadana por nueva Constitución. Este es el argumento a favor de una asamblea constituyente. No es un argumento moral, es decir normativo, de legitimidad. Es un argumento político: se trata de lograr el desarrollo de la demanda ciudadana por nueva Constitución hasta el punto en que cualquier solución distinta a una asamblea constituyente sea ridícula. La asamblea constituyente solo será posible cuando ella sea necesaria.

---

<sup>11</sup> Y permitiría además, en caso de ser necesario, la dictación de una ley que convocara a una elección especial de representantes para decidir sobre la nueva Constitución. Por esta razón es preferible a la solución de una disposición transitoria que autorice la convocatoria por una sola vez a un plebiscito.

---

Por eso la campaña por la asamblea constituyente debe entenderse como la campaña por el desarrollo de la demanda ciudadana por nueva Constitución, y la asamblea marca el grado máximo de desarrollo, porque nadie que entienda el significado de estas palabras podría negar que la forma más plena y adecuada para darse una nueva Constitución es una asamblea constituyente. Si una Constitución es una decisión del pueblo sobre su identidad y forma política, entonces la forma de decisión que corresponde de modo más pleno a lo que una Constitución verdaderamente es, es el modo más democrático, más participativo, más igualitario, etc. A mi juicio, esto es una trivialidad. Lo que no es trivial, desde luego, es si es adecuado esperar, para la nueva Constitución, que la demanda ciudadana esté tan desarrollada que solo una asamblea constituyente sea suficiente respuesta a ella. Como el argumento por la asamblea constituyente no es normativo sino político, la respuesta a esta pregunta no puede darse en abstracto. Ni menos por un jurista. Solucionar el problema constitucional no es tarea de los juristas sino de los ciudadanos, pero los juristas pueden contribuir a ella como yo he intentado hacerlo en estas líneas.

## **Bibliografía**

ATRIA, Fernando (2013a): *La Constitución tramposa*, LOM, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2013b): *Veinte Años Después, Neoliberalismo con Rostro Humano*, Catalonia, Santiago.

CRISTI, Renato et al. (2014): *El Constitucionalismo del Miedo*, LOM, Santiago.

KELSEN, Hans (1991): *Teoría Pura del Derecho* (trad. Roberto Vernengo), Porrúa, México D.F.

SCHMITT, Carl (1992): *Teoría de la Constitución* (trad. Francisco Ayala), Alianza, Madrid.

VELASCO, Eugenio (1941): *El Objeto ante la Jurisprudencia*, memoria de licenciatura, Universidad de Chile, Santiago (disponible en <http://www.tesis.uchile.cl>).

## PROCESO CONSTITUYENTE “DEMOCRÁTICO, PARTICIPATIVO E INSTITUCIONAL”: ¿SERÁ POSIBLE?\*

**Jorge Correa Sutil**

Hacer compatibles los rasgos de “democrático, institucional y participativo” en un proceso constituyente es tan difícil que la reforma constitucional se encuentra trabada en la forma, en el cómo, al punto que el Gobierno se encuentra paralizado y lo único a lo que atina es a postergar cualquier propuesta; mientras la derecha celebra, esperanzada, que no haya reforma. Mi convicción es que es tan difícil compatibilizar estos tres aspectos, que probablemente nada ocurrirá mientras no entremos a hablar del fondo, cuestión de la que, paradójicamente, solo hablan unos pocos, los expertos constitucionales, sin comunicación con la política ni con el resto del país.

Las ponencias que me han antecedido en el uso de la palabra reflejan lo que afirmo y me sirven para explicarme nuevamente: Fernando Atria<sup>1</sup> dice que debe encontrarse un camino, pero no lo propone y Francisco Zúñiga<sup>2</sup> dice que están todos los caminos abiertos y que es la Presidenta de la República la que debe resolverlos. ¿Me equivoco entonces en mi diagnóstico, de que en esto, los actores están paralizados? No lo atribuyo a su falta de inventiva, sino a que compatibilizar los tres requerimientos de institucional, democrático y participativo, simplemente no es posible.

Mi convicción es que esto no se destrabará hasta que se avance en el debate público acerca del fondo: acerca de los derechos, especialmente de los económico-sociales que deben incorporarse a la Carta Fundamental y acerca de la arquitectura institucional del Estado, especialmente del régimen político que se propone. Me parece que solo una vez que alguien con poder político se anime a hacer propuestas a ese respecto podrán comenzar a destrabarse las formas. Antes nadie destrabará nada, pues en este nivel de silencio, de falta de posiciones, cunden los amenazantes fantasmas que hacen creer que lo que los otros quieren es aniquilarme.

Mientras eso no ocurra, mientras no hayan propuestas de fondo, mi pronóstico es que no habrá consenso sobre las formas, y como las cartas fundamentales requieren de altos consensos o de fuerzas claramente hegemónicas capaces de imponer sus propuestas —lo que no me parece se verifique en Chile, pues en lo constitucional la Nueva Mayoría no tiene un proyecto claro y consensuado— mi parecer es que no

---

\* *Nota de los editores:* el presente texto corresponde a una transcripción editada, revisada y autorizada por el autor, de la ponencia expuesta el día 27 de agosto de 2014 en el aula magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el contexto del seminario que da origen a esta obra.

1 Véase *ut supra* el texto de Fernando Atria.

2 Véase *ut supra* el texto de Francisco Zúñiga.



---

estamos en un “momento constitucional”, como suele afirmarse, y que, a menos que se desarrolle una crisis mayor, no se nos avecina pronto una nueva Constitución.

Dicho todo eso, yo tengo mi propuesta. Quisiera una Constitución en la que manden las mayorías y en que sus límites sean mínimos. Me parece que el país se ha repolitizado, pero las demandas no circulan por la vías de las instituciones democráticas. Las instituciones de la democracia no dan el ancho para soportar el calor de las reformas, ni tienen el profesionalismo para hacerlas prolijamente. Conforme a este diagnóstico, se necesitaría reforzar las instituciones democráticas y eso es la antítesis de lo que propone la Nueva Mayoría, que programa llenar la Carta Fundamental de nuevos derechos constitucionales, como si la crisis de Chile fuera que la política está arrasando con los derechos de las minorías, en condiciones que la crisis es política: las instituciones no son capaces llevar a cabo un programa ambicioso de cambios. Desde un punto de vista jurídico, esas son nuevas limitaciones a la democracia representativa; más elitismo para Chile, por la vía de delegar el poder del pueblo en los jueces y en los foros internacionales, en vez de hacerlo en el Congreso Nacional. Para políticas públicas prolijas se necesitaría modernizar el Estado, y de eso nadie habla.

Pero estas propuestas mías no son el tema de este debate. Volvamos al punto, volvamos a la trilogía de que el proceso sea “democrático, institucional y participativo”. ¿Quién podría discutir doctrinariamente esa trilogía? Pues bien, su problema no es doctrinario, sino más bien práctico.

### **Lo democrático**

El programa de gobierno de la Nueva Mayoría reduce lo democrático a la idea de participativo. Yo involucraría lo institucional, pues para mí la democracia es un régimen de participación política —a lo menos electoral— donde manda la mayoría por vías institucionales. Yo creo que no hay participación, no hay igual consideración en los procesos, sin que existan sujeciones a reglas que así lo aseguren. Si el contenido de esas reglas respeta la igual consideración de todas las personas en el proceso de toma de decisiones, estamos en una democracia.

### **Lo institucional**

Dice el programa que “...el Ejecutivo y el Congreso deben concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular...”<sup>3</sup> Así, el programa de la Nueva Mayoría parte diciendo que el Ejecutivo y el Congreso *deben concordar criterios y deben dar*

---

3 BACHELET (2014-2018), p. 35.

*cauce*. Esa forma nueva, ese cauce, sea asamblea constituyente u otra, requiere, para hacerse institucionalmente, de la aprobación de dos tercios del Congreso Nacional. Ese es un modo de crear reglas constitucionales acerca del cambio constitucional. Sin el quórum de dos tercios de senadores y diputados en ejercicio, hay quiebre constitucional y, en consecuencia, no hay proceso institucional. Comparto con Fernando Atria<sup>4</sup> en que no hay camino del medio; pero las alternativas son renunciar a lo institucional o renunciar a lo participativo, a menos que reduzcamos lo participativo a un conjunto de audiencias no vinculantes en el Congreso. El legislador ciertamente puede abrir canales para escuchar; esa es la participación que la institucionalidad tolera.

Cada persona tendrá alguna clase de temor a los quiebres institucionales; el mío es muy alto, viví uno y quedé traumatado. Cuando los procesos participativos se salen de los cauces institucionales por desprestigio de las formas, porque estas son “burguesas” o “tramposas”, o por cualquier otro motivo, los restantes actores se sienten igualmente habilitados a saltarse, también, las formas.

El riesgo, entonces, es dejar de contar las cabezas para resolver los problemas porque ya no hay formas concordadas ni vinculantes acerca del modo de contarlas. Con los dos tercios de senadores y diputados en ejercicio habría formas constitucionales para aprobar, ya sea, una nueva Constitución o una nueva forma de crear la Constitución. No existen los dos tercios disponibles para ello. Me temo que ya es difícil encontrar consensos entre los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio.

### **Aprobar una nueva Constitución en el Congreso Nacional**

Esto se podría hacer concordando al menos un quórum de tres quintos para lo menos esencial y dos tercios de quórum para lo más relevante. Dudo que se logre, pero dudo aún más que la población lo acepte como un proceso suficientemente participativo, y hasta tiene dificultades para tildarse de democrático, porque el sistema electoral que nos rige no brinda igual consideración entre las personas. La conciencia de este trato desigual ha generado que exista una percepción de ilegitimidad de las instituciones republicanas y, por eso, será muy difícil que desde el Congreso Nacional pueda surgir una nueva Constitución.

### **Aprobar una nueva forma de crear una Constitución en el Congreso Nacional**

Esta parece ser la forma institucional ideal para encaminarse de forma participativa y democrática hacia una nueva Carta Fundamental.

La dificultad política de esta fórmula —que el Congreso Nacional apruebe

<sup>4</sup> Véase *ut supra*, texto de Fernando Atria.

---

una nueva forma— es que la derecha no cree en su necesidad; la mayor parte de la derecha no cree en la necesidad de una nueva Constitución, pues afirma que la actual ha garantizado una estabilidad política, un buen desarrollo económico, alto nivel de gobernabilidad, alternancia en el poder y goce progresivo de los derechos. Al mismo tiempo, la mayor parte de la derecha recela del contenido de una nueva Constitución, mira con terror las propuestas que se han hecho en el sentido de revisar el derecho de propiedad con una goma y los derechos económicos y sociales con un lápiz. La derecha teme el quiebre de la estabilidad de las “reglas del juego”. Parte relevante de la derecha de este país recela de la democracia participativa, vale decir, recela de las mayorías, porque tiene un fuerte trauma con la Unidad Popular, y sigue prefiriendo una democracia protegida.

¿Por qué esa derecha contribuiría con sus votos a abrir un proceso que permita discutir la Constitución en otra parte que en el Congreso, donde ciertamente puede alcanzar un tercio de los votos y rasguñar los dos quintos de quórum?

### **Lo participativo**

Para respetar lo institucional, lo participativo pasa por las formas de recibir y recabar pareceres y opiniones que pueda aprobar el Ejecutivo y el Congreso Nacional. Ninguna de ellas podría ser vinculante. Eso rompe lo institucional, que también quiere respetarse.

El Congreso Nacional o la asamblea constituyente que el Congreso Nacional pudiera crear, reformando la Constitución, pueden abrir un proceso de participación para oír opiniones no vinculantes, lo que a mí me parece muy bien. Pero la Constitución no permite un plebiscito ratificadorio de la nueva Constitución sin previa reforma constitucional aprobada por los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio, esto es, con la anuencia de una parte significativa de la derecha.

Esta, me parece, es la fórmula del Programa cuando se refiere a lo participativo. En efecto, se dice allí que “[...] 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 [...]”.<sup>5</sup>

El problema entonces radica en que, para que tengamos un proceso de verdad participativo, se necesita de los votos de la derecha quien, a mi juicio no está convencida, siquiera, de que se necesite una nueva Constitución, y teme que la que pudiera resultar de un proceso altamente participativo no resguarde sus valores más preciados. ¿Por qué la derecha se convencerá de que necesitamos una nueva Constitución?

---

5 BACHELET (2014-2018), p. 35.

Siendo ello así, ¿Cuáles son los escenarios que permitirían salir de este panorama en el que yo auguro no habrá nueva Carta Fundamental? El primero es una derrota electoral estrepitosa de los que no son partidarios de una nueva Constitución: creo altamente improbable un escenario en el que la derecha represente a menos de un tercio del electorado.

¿Algún camino intermedio? Fernando Atria<sup>6</sup> ha hablado de un plebiscito iniciador del proceso que abra las compuertas y que no sea llevado al Tribunal Constitucional, pues solo puede hacerlo la mayoría del Congreso Nacional. Suponiendo que la propuesta pase los requerimientos que la derecha ciertamente haría a esa fórmula ante el Tribunal Constitucional, el problema viene después. El quiebre institucional se hace inevitable cuando se trate de determinar el modo de elegir la asamblea constituyente. El art. 15 de la Constitución dice que “[...] no habrán otras elecciones que las que la Constitución establece [...]” y no dispone un sistema para elegir una Asamblea Constituyente. Por ende, no hay forma de decidir cómo se elige la Asamblea Constituyente dentro de las reglas previstas en la Constitución, vale decir no existe el modo institucional de hacerse. Habría que recurrir al Decreto Supremo, y tal proceder se llama presidencialismo no democrático o populismo presidencial. Yo eso no lo quiero para Chile, pues creo que implica un quiebre institucional y no es democrático.

No hay otro camino intermedio. Solo quedan dos escenarios:

1. Que las reglas colapsen: esta ha sido, en verdad, la manera en que han nacido las constituciones chilenas; aquellos son los “momentos constitucionales de Chile” y ese no es el escenario actual;

2. Que la derecha consienta en abrir el camino participativo y democrático por vías institucionales: eso no ocurrirá, creo yo, a menos que la derecha baje los niveles de temor que la embargan respecto de los verdaderos propósitos constitucionales de la Nueva Mayoría. Eso es improbable, pero no imposible. La condición, supongo, es que antes de hablar de formas, se hable con la derecha de contenidos.

### **No hay en el programa de gobierno de la Nueva Mayoría un proyecto de nueva Constitución**

En la práctica sí ha habido algunos proyectos de nuevas reglas políticas, particularmente electorales e incipientes de financiamiento político. Allí, pienso, está el corazón de una Carta Fundamental y lo que de verdad necesita reformarse, junto a la supresión de las leyes orgánicas constitucionales y una nueva ley de partidos políticos.

6 Véase *ut supra* texto de Fernando Atria.

---

Una Constitución no es una tarjeta navideña en la que cada uno escribe sus mejores deseos para Chile. Es, o debe ser esencialmente, un conjunto de reglas que disciplinan y encauzan la actividad política de manera de garantizar la permanente competencia de proyectos políticos.

Eso es lo que pienso debiéramos comenzar a discutir: régimen político, descentralización, competencia electoral, legislación de partidos, transparencia pública, modernización del Estado, formas de tomar las decisiones colectivas. Eso es lo que anda mal en Chile y sobre eso puede llegar a haber acuerdos. Solo una vez que haya debate en torno a eso, la derecha podría llegar a perder algo de los muchos temores que la embargan y convenir cambios, si es que se convence de que si los posterga, las próximas embestidas pueden venir peores.

## COMENTARIO

Claudia Heiss Bendersky

El programa de gobierno de la Nueva Mayoría propone cambiar la Constitución a través de un mecanismo democrático, institucional y participativo. ¿Cómo materializar tal propósito? ¿Son mutuamente compatibles estas tres características? Es el tema que han abordado los abogados Francisco Zúñiga, Fernando Atria y Jorge Correa, para iniciar el seminario sobre el cambio constitucional en Chile y la posibilidad de avanzar hacia un pacto nacido en democracia. En sus intervenciones, los expertos coinciden en relevar dos temas centrales: el de la irremediable falta de legitimidad de la Carta Fundamental que hoy nos rige y la discusión sobre mecanismos más o menos rupturistas para cambiarla.

La primera pregunta, sobre la legitimidad, se refiere al aspecto político que hace deseable reemplazar el texto constitucional para que pueda cumplir el rol de un acuerdo fundamental capaz de generar adhesión en la ciudadanía. La segunda, sobre el mecanismo, apunta a buscar cómo superar la clásica dicotomía entre revolución y reforma.<sup>1</sup> Al respecto, Zúñiga, Atria y Correa coinciden en la necesidad de alternativas que no quiebren la convivencia política —ninguno propone un mecanismo rupturista o revolucionario— aunque tienen matices respecto de cuánto es posible o aconsejable tensionar el sistema en busca del cambio constitucional. Conducen, al mismo tiempo, en que con las actuales normas no hay espacio institucional para generar un cambio democrático y participativo, como plantea el programa de gobierno.<sup>2</sup>

El problema de la legitimidad y el del mecanismo están entrelazados. No parece existir una forma de modificar de manera sustantiva, por los canales institucionales establecidos, una Constitución diseñada para no ser modificada y que da, en los hechos, poder de veto a la minoría que la instituyó y/o a sus herederos.<sup>3</sup> Por otra parte, es justamente la participación y capacidad de responder a la ciudadanía lo que podría dar legitimidad a una nueva Constitución.

Francisco Zúñiga invita a explorar la posibilidad de negociar cambios a los mecanismos de reforma, abriendo un espacio de discusión sobre las reglas para modificar la Carta Fundamental. Cambiar las reglas del juego para construir un consenso constitucional requiere un pacto político, señala. No parece evidente, en este punto, por qué quienes rehúsan cambiar la Constitución estarían disponibles para modificar sus mecanismos de reforma.

1 ARATO (2012), p. 174.

2 BACHELET (2014-2018), p. 35.

3 HEISS & NAVIA (2007).

---

Fernando Atria, en tanto, enfatiza que la forma, es decir, el mecanismo para el cambio de la Constitución, es inseparable del contenido. Los cambios dependerán de quién los haga y cómo. Esto incluye, especialmente, la fuerza de la demanda social y política por el reemplazo constitucional.

Jorge Correa opina que no existe hoy en día un mecanismo institucional viable y, por tanto, es mejor hablar directamente del contenido: qué es lo que se quiere modificar de la actual Constitución. Para ser democrático, señala, un procedimiento debe al mismo tiempo ser institucional porque no existe igual participación sin sujeción a reglas.

Los tres abogados coinciden en identificar una tensión entre la condición participativa y lo institucional de un eventual mecanismo. Así, entonces, ¿cómo conciliar el respeto por la legalidad e inclusión de todos los actores, con la imposibilidad de cambio que determina, por diseño, la actual Constitución? Si no hay, en las actuales condiciones, una salida verdaderamente institucional, el desafío es encontrar un curso de acción que sin ser “rupturista” permita sortear las trabas al cambio. Este puede vincularse con la posibilidad de negociar la reforma de la reforma (Zúñiga), con mecanismos innovadores apoyados por una amplia movilización social (Atria), o con reducir la ansiedad política respecto de los contenidos que se quiere modificar sin dejar de apuntar a la amenaza social que representa mantener el *statu quo* (Correa).

La crisis de legitimidad de las instituciones políticas en Chile no es exclusiva responsabilidad de la Constitución de 1980. Desde las protestas en Seattle contra la Organización Mundial de Comercio, el año 1999, ha surgido un cuestionamiento global a la democracia representativa asociada al orden financiero internacional, que hizo del “manifestante” el personaje del año de la revista *Time* el año 2011<sup>4</sup> y que ha producido una abundante literatura teórica en la última década. La participación no institucionalizada y la demanda por mecanismos de consulta directa a la ciudadanía no es patrimonio de nuestra realidad, con el agravante de los enclaves de la dictadura.

A los cuestionamientos generales que la teoría y la práctica plantean hoy a las democracias liberales, Chile añade una institucionalidad que carece de legitimidad no solo por su origen, sino por su incapacidad de reflejar la voluntad ciudadana. A partir de las reformas de 1989 y la inauguración de lo que Cristi y Ruiz-Tagle llaman la República Neoliberal en Chile,<sup>5</sup> la Constitución no logra, a pesar de sus numerosas enmiendas, cumplir su función de constituir un marco ampliamente aceptado por todos los sectores. Por el contrario, constituye un muro de contención que obstaculiza el desarrollo normal de la política y exacerba las divisiones.

---

4 Véase: <<http://content.time.com/time/person-of-the-year/2011/>>

5 CRISTI & RUIZ-TAGLE (2006), p. 81.

Muchos países han vivido, en el último tiempo, procesos constituyentes motivados por transiciones a la democracia o por situaciones de conflicto interno. De las casi 200 constituciones de comienzos del siglo XXI, más de la mitad fueron escritas o re-escritas en los últimos 40 años. Esta situación no es solo una realidad de democracias incipientes; también las democracias estables han alterado significativamente sus constituciones durante los últimos años.<sup>6</sup> Esto ha dado pie a varios proyectos comparados dedicados a dar asistencia técnica y estudiar el cambio constitucional desde un enfoque que incluya, entre otras, las miradas del derecho y la ciencia política.<sup>7</sup>

El reemplazo constitucional en Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), junto con los de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993) y República Dominicana (2010), ha llevado a algunos autores a distinguir mecanismos de difusión en América Latina y observar una tendencia a ampliar derechos<sup>8</sup> y mecanismos de democracia directa<sup>9</sup> en las Cartas Fundamentales.

Al comparar los casos de cambio constitucional en la región aparece con claridad la relevancia de la dimensión simbólica del texto constitucional, así como la voluntad de reestructurar las relaciones entre Estado y sociedad, lo que no siempre se materializa. El trabajo de Gabriel Negretto<sup>10</sup> analiza la relación entre presidentes, congresos y partidos políticos en la elección de determinadas instituciones en el diseño constitucional. En lugar de considerar el marco institucional como un escenario constante sobre el que se desarrolla la contienda política, Negretto examina el origen del diseño constitucional en perspectiva comparada. Su trabajo revela que América Latina ha tenido una media de 5,7 constituciones por país, con una duración promedio de 22,6 años.<sup>11</sup> Como parte del amplio proceso de reformas a partir de las transiciones a la democracia de la década de 1980 se han desarrollado varias asambleas constituyentes y plebiscitos. Algunas cartas fundamentales incorporan normas flexibles para su reforma. Otras, como Chile, Brasil, República Dominicana, El Salvador, Perú y Honduras, ostentan una mayor rigidez institucional. El proceso de reformas incluye, con frecuencia, la creación de tribunales constitucionales; la incorporación en las constituciones de nuevos derechos, incluidos los Derechos Humanos; un nuevo papel del derecho internacional; y nuevas funciones del poder judicial en el combate a la corrupción gubernamental.

6 NOLTE ET AL. (2012), p. 4.

7 Algunos ejemplos son el Constitution Building Project de IDEA Internacional ([www.idea.int/cbp](http://www.idea.int/cbp)); el Constitution Writing and Conflict Resolution Project, financiado por el US Institute of Peace (<http://www.princeton.edu/~pcwcr/>) y el Comparative Constitutions Project (<http://comparativeconstitutionsproject.org/>).

8 GARGARELLA (2013).

9 ALTMAN (2010); NEGRETTO (2013).

10 NEGRETTO (2013).

11 Constituciones Políticas más longevas son las de Chile 1833, México 1917 y Argentina 1853.



---

Por su parte, Roberto Gargarella<sup>12</sup> ha criticado la ampliación del listado de derechos constitucionales sin que ello vaya acompañado de una redistribución del poder en la orgánica constitucional. Los presidentes, argumenta, siguen teniendo herramientas desmedidas para imponer su voluntad sobre otros poderes del Estado y sobre la ciudadanía. El resultado es poner en contradicción nuevos derechos y expectativas ciudadanas con la realidad constitucional. Una sección de la Constitución se vuelve contra la otra.

En todos estos casos, la legitimidad de las instituciones políticas y el papel simbólico de la Constitución han jugado un rol central. El concepto de legitimidad es el que vincula la dimensión política de la Carta Fundamental con su aspecto jurídico. Así, para Fernando Atria es justamente la acción neutralizadora de la Constitución la que le impide superar su ilegitimidad. Francisco Zúñiga señala que el procedimiento para el cambio constitucional es una cuestión política que depende de lo que Bruce Ackerman ha llamado el “momento constitucional”<sup>13</sup> y sostiene que, desde este punto de vista, el ejercicio del poder constituyente del pueblo vía una asamblea constituyente sería el óptimo. Sin embargo, el óptimo, no necesariamente es políticamente viable. La legitimación, en efecto, implica participación popular pero también continuidad histórica, de allí que el llamado de los constitucionalistas esté lejos de ser revolucionario.

No hay duda que el tema de la legitimidad es el corazón del actual problema constitucional en Chile. Es posible que algunos vean en la asamblea constituyente una encarnación de la voluntad del pueblo, al modo como entienden el concepto de soberanía Jean Jacques Rousseau o Carl Schmitt. Sin embargo, parece razonable advertir que una asamblea de este tipo es, como cualquier órgano de representación, susceptible de representar mal y de ser manipulada.

Dado que nuestro sistema político se encuentra seriamente limitado por la Constitución de 1980 y el sistema electoral binominal, una asamblea constituyente o una convención podrían ser opciones mejores que el Congreso, si se quieren evitar las distorsiones ya conocidas que impone el ordenamiento actual. Sin embargo, Andrew Arato señala que un proceso constituyente debería considerar al menos tres niveles o etapas de legitimación:<sup>14</sup> i) Legitimidad de origen, a través de mecanismos participativos y de consulta sobre si se quiere o no una nueva Constitución, o sobre cómo elegir a los representantes de una eventual asamblea constituyente; ii) Legitimidad de los mecanismos de toma de decisiones: cómo regular el debate y las reglas de votación para la toma de decisiones en el proceso constituyente; iii) Legitimidad de la ratificación de la Constitución, vía plebiscito sobre el resultado.

---

12 GARGARELLA (2013).

13 ACKERMAN (1991).

14 ARATO (2011); ARATO (2012).

Arato observa que cada comunidad debe determinar su propio camino de acuerdo con su realidad particular, incluidas su tradición, necesidades y demandas. En Chile tenemos, no cabe duda, una seria crisis de legitimidad institucional. Pero parece importante recoger la idea, sugerida en la mesa de discusión, de que una asamblea constituyente también está sujeta a las dificultades inherentes a todo órgano de representación política. Ninguna asamblea, por más democrática que sea su generación, será exactamente equivalente a la voluntad popular. Es por eso que la idea de establecer múltiples instancias para la participación y un proceso de varias etapas de legitimación democrática podría complementar sus beneficios.

En ese contexto, la opinión de la mesa de discusión sobre la posibilidad de elaborar una nueva Constitución a través de un mecanismo democrático, institucional y participativo es pesimista. Jorge Correa ha rechazado de manera tajante cualquier alejamiento de la legalidad actual en nombre de la legitimidad. En consecuencia, la participación en un proceso constituyente en el marco de las actuales reglas tendría que limitarse a recoger opiniones no vinculantes de la ciudadanía. Por su parte, Fernando Atria y Francisco Zúñiga parecen tener algo más de expectativas sobre posibilidades de cambio, por la vía del resquicio legal apoyado por presión social o a través de la negociación política.

A diferencia de las crisis de representación que se observan en otras latitudes, la situación chilena se vincula con una herencia antidemocrática por la que las trabas y supermayorías que preservan el estado de cosas no corresponden a la rigidez constitucional en defensa de un pacto político, sino a un “parapeto” —en palabras de Francisco Zúñiga— para mantener conquistas obtenidas a la fuerza por un grupo minoritario.

La discusión previa entre Francisco Zúñiga, Fernando Atria y Jorge Correa Sutil permite concluir que estamos ante una disyuntiva política y no jurídica. Su resolución dependerá del curso que tomen las ideas, actores e instituciones políticas del país. Los abogados han sido los primeros en señalar que los acuerdos fundamentales de una sociedad no son un asunto técnico. Jon Elster,<sup>15</sup> entre sus recomendaciones para la elaboración de constituciones, sugiere reducir al mínimo el papel de los expertos, argumentando que las soluciones son más estables cuando obedecen a consideraciones políticas y no técnicas; a veces, señala, es necesario establecer normas deliberadamente ambiguas para alcanzar el consenso, pero previniendo que esto será resistido por los juristas.<sup>16</sup>

---

15 ELSTER (1995).

16 ELSTER (1995), p. 395.

---

La historia y la teoría política tienen mucho que aportar a la discusión constitucional actual. El campo de los estudios constitucionales comparados puede también ofrecer elementos útiles al debate en Chile. Hace solo dos años, *Oxford University Press* publicó su primer manual en esta área, con contribuciones de constitucionalistas, científicos políticos y jueces, entre otros. Nuevas revistas especializadas y colecciones en prestigiosas editoriales han surgido en años recientes para promover el diálogo en torno a las ideas políticas, las instituciones y el Derecho. La coyuntura actual que vive el país podría beneficiarse de imitar estos ejemplos y superar barreras para producir una mirada interdisciplinaria alrededor de nuestro apremiante y persistente problema constitucional.

### **Bibliografía**

ACKERMAN, Bruce (1991): *We The People: Vol I, Foundations*, Belknap Press, Cambridge.

ALTMAN, David (2010): *Direct Democracy Worldwide*, Cambridge University Press, Cambridge.

ARATO, Andrew (2011): “Multi-Track Constitutionalism Beyond Carl Schmitt”. *Constellations*, Vol. 18, issue 3.

\_\_\_\_\_ (2012): “Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, Principles and Elements of Democratic Constitution-making”, *Global Constitutionalism*, Vol. 1, N° 1.

ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa*, LOM, Santiago.

BACHELET, Michelle (2014-2018): *Programa de Gobierno 2014 – 2018*. Disponible en: <<http://michellebachelet.cl/programa>>/

CRISTI, Renato & Pablo RUIZ-TAGLE (2006): *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*, LOM, Santiago.

ELSTER, Jon (1995): “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process”, *Duke Law Journal*, Vol. 45, N° 2.

GARGARELLA, Roberto (2013): *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, New York.

HEISS, Claudia & NAVIA, Patricio (2007): “You Win Some, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile’s Transition to Democracy”, *Latin American Politics and Society*, Vol. 49, issue 3.

NEGRETTO, Gabriel (2013): *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge.

NOLTE, Detlef & SCHILLING-VACAFLOR, Almust (2012): *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*, Ashgate, Burlington.

## **II. PROCESO CONSTITUYENTE Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN CHILE**



# PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE: SÍMBOLOS, MECANISMOS, CONTENIDOS

**Jaime Bassa Mercado**

El proceso de reflexión constitucional que actualmente vive el país, y que bien podría derivar en uno constituyente, tiene una serie de aristas que exceden el campo estrictamente jurídico, las que deben ser consideradas. El texto que sigue a continuación se estructura sobre la base de cinco apartados en los que se revisa cómo la crisis de legitimidad de la Constitución chilena se enmarca en un cierto devenir histórico (§ 1), el estado actual de la demanda por un nuevo ordenamiento constitucional (§ 2), el diagnóstico de la crisis de legitimidad que aqueja a la Constitución vigente (§ 3), la relación que existe entre el mecanismo para llegar a una nueva Carta y sus contenidos (§ 4) y la necesidad de valorar la dimensión simbólica del mecanismo que se utilice (§ 5). Todo lo anterior en el marco de una explícita defensa de la asamblea constituyente como el mecanismo que podría subsanar la crisis de legitimidad de lo constitucional.

## 1. El dilema constitucional en la historia chilena

La Constitución chilena vigente tiene una historia compleja que se encuentra determinada por su redacción durante la dictadura militar que gobernó el país entre 1973 y 1990. La reacción conservadora ante los cambios institucionales verificados durante las décadas anteriores, en especial la de 1960, forma parte de una cierta constante en la historia política chilena, cuyos hitos más significativos los podemos encontrar en el golpe de Estado de enero de 1925 y la redacción de la Constitución de ese año, la sublevación de la Armada orquestada por el Congreso Nacional en 1891, la guerra civil de 1829 que, tras la batalla de Lircay, supone el triunfo pelucón, y la redacción de la Carta de 1833. El Golpe de 1973 forma parte de esta tradición de reacción armada de los sectores conservadores más identificados con la protección de los intereses de los privilegiados, que se levantan contra gobiernos elegidos democráticamente.

Lo interesante de esta secuencia radica en la distancia que existe entre la pretensión conservadora de ordenar la sociedad de determinada manera y las prácticas políticas que efectivamente se materializan en la sociedad chilena, sea al alero de dicha normativa, sea impulsando cambios institucionales. El autoritarismo inicial de 1833 cede ante las presiones sociales y políticas; importantes reformas liberales se verifican desde la década de 1850 y se profundizan con las reformas constitucionales de 1873-74. Lo propio puede decirse de los primeros años de la Constitución de 1925, un texto formal según la nomenclatura de Karl Loewenstein hasta 1933, y que, una vez legitimado, da paso a una práctica parlamentarizada y marcada por el desarrollismo keynesiano posterior a la gran crisis de 1929, un modelo económico y político muy alejado de las ideas que Arturo Alessandri buscó plasmar en su norma fundamental.<sup>1</sup>

1 Sobre las críticas a la Constitución de 1925, véase KELSEN (2002).

---

La Constitución vigente comparte este sino. Forma parte de la reacción conservadora y autoritaria contra el gobierno de Salvador Allende y, especialmente, contra la tendencia socioeconómica que venía mostrando Chile desde la década de 1930 algunas de cuyas características eran el desarrollismo, la incipiente industrialización, la nacionalización de recursos naturales, en especial del cobre, y la reforma agraria. Con la velada intención de proteger los intereses económicos particulares afectados por estas reformas, el golpe de Estado fue orquestado desde la derecha con la intervención del gobierno de EE.UU. y las patronales nacionales, lo que se encuentra debidamente documentado en los archivos desclasificados por la C.I.A.

Las principales constituciones anteriores —1833 y 1925— lograron legitimarse en la práctica constitucional que siguió a sus períodos más duros, incluso a través de reformas a sus textos. Pero no es el caso de la Carta vigente: los años de mayor represión de su vigencia normativa —parcial— durante la década de 1980, fueron sucedidos por un incesante cuestionamiento proveniente de la sociedad civil, que reclama hace bastante tiempo por una asamblea constituyente. Ni aun las decenas de reformas constitucionales han aplacado el clamor de ilegitimidad que se cierne sobre la Constitución y, especialmente, sobre el ordenamiento normativo que ella representa; la Carta es la cara visible de la ilegitimidad de un régimen jurídico impuesto por la dictadura cívico-militar para proteger los intereses de los sectores más favorecidos y privilegiados de la sociedad, precisamente los afectados por las reformas que se realizaron entre 1940 y comienzos de los setenta. La sociedad civil lo sabe y lo vive diariamente a través de la segregación socioeconómica que se ha configurado en las últimas décadas, manifestada en las áreas más sensibles: salud, educación, vivienda, trabajo, transporte. Esa violencia opresora que el diseño institucional ejerce sobre los sectores más desaventajados, resultado de la reacción conservadora a los cambios del período anterior, alimenta permanentemente la demanda de ilegitimidad contra la Carta. No bastará con una nueva reforma constitucional. Es necesario un rediseño de nuestra convivencia democrática.

## **2. La demanda por una Constitución legítima**

El momento que vive actualmente la ciudadanía chilena bien podría ser calificado como único en su historia: está experimentando un proceso constituyente, a través del cual se están tensionando, y eventualmente se revisarán, las instituciones fundamentales de su convivencia democrática reguladas jurídicamente. Este proceso podría contar con dos características diferenciadoras respecto de los anteriores que han tenido lugar en la historia de Chile: por un lado, la ausencia de un quiebre violento y/o de asonadas golpistas que pongan término al ordenamiento constitucional vigente —tal

ha sido el contexto histórico que acompañó a las constituciones de 1833, 1925 y 1980— y por el otro, y quizá más importante, este proceso es percibido por amplios sectores de la sociedad, lo que no solo podría permitir un diseño reflexivo de las instituciones fundamentales del país, sino también incluir en esa deliberación a aquellos sectores que han estado sistemáticamente al margen. Aunque el grado de difusión que ha alcanzado en la sociedad civil pueda ser, y de hecho será siempre, insuficiente, ciertos antecedentes permitirían despejar algunas dudas: en primer lugar, la histórica demanda por una asamblea constituyente —que ha estado presente en diversos grupos más bien minoritarios o marginales desde antes de la aprobación de la Carta actual— traspasó las fronteras de las élites políticas, culturales o académicas y desde 2013 se instaló en los medios de comunicación social, como un debate permanente que acompañó las elecciones presidenciales y parlamentarias de ese año. En segundo lugar, este fenómeno tuvo una protagonista destacada: la campaña MarcaTuVoto<sup>2</sup> que logró condicionar la agenda de la propia clase política, instalando la demanda por una asamblea constituyente en el discurso oficial de la política profesional, que se vio obligada a responder a los requerimientos que se levantaron desde una sociedad cada vez más organizada. Luego de la clase política, la propia institucionalidad debió salir al paso de la contingencia marcada por esta campaña, particularmente durante el proceso electoral —recordemos la ambivalente actuación inicial del Servicio Electoral, así como otras declaraciones provenientes del Tribunal Constitucional o de miembros del Congreso Nacional<sup>3</sup>. Ello tensionó a las instituciones fundamentales del ordenamiento constitucional vigente, preferentemente a aquellas formuladas por la dictadura; también fueron cuestionados los cambios institucionales realizados durante la progresiva recuperación de la democracia, reformas de diversa significación que no han sido suficientes para superar definitivamente la crisis de legitimidad que afecta al ordenamiento constitucional.

Si efectivamente estamos en presencia de un momento único en la historia política de nuestro pueblo, es fundamental aprovecharlo de buena manera. El desafío es reflexionar democráticamente en torno al tipo de sociedad que queremos construir desde el diseño institucional del ejercicio del poder y canalizar, por esta vía, la creciente demanda constituyente hacia un nuevo estadio de desarrollo político. Se trata de una materia de la mayor relevancia no solo desde la perspectiva jurídico-formal del ordenamiento constitucional, sino también para nuestra propia Constitución en tanto comunidad política, para nuestra propia convivencia democrática. Por ello, me parece necesario detenerse en los dos elementos claves del actual proceso constituyente: el contenido de la nueva Constitución y el mecanismo para llegar a ella.

<sup>2</sup> Un relato muy acabado de la campaña y de su importancia para el proceso en CONTRERAS & CODDOU (2014).

<sup>3</sup> Una compilación de la discusión pública generada puede consultarse aquí: <<http://www.pcontreras.net/blog/servel-y-registro-de-votos-marcados>>



---

Podría decirse que lo razonable sería partir por el principio, es decir, abordar el mecanismo para llegar a una nueva Constitución antes de analizar su contenido. Sin embargo, determinar cómo vamos a llegar a un nuevo texto constitucional —qué mecanismo permitiría destrabar el presente conflicto— puede condicionar su contenido, por lo que me parece necesario comenzar por un breve diagnóstico del estado actual del dilema constitucional en Chile. Un diagnóstico como el propuesto nos permitirá comprender la necesidad del actual proceso constituyente que vive el país; asimismo, contribuirá a la identificación del tipo de solución que necesitamos y de qué podemos esperar, o no, de una futura Constitución. En otras palabras, cuáles y cuántos de nuestros problemas en tanto comunidad política podemos, razonablemente, endosarle a “lo constitucional”. La historia política reciente da cuenta de cuán significativa es esta determinación: importantes diferencias políticas, en lo que se ha llamado el período de “la transición”, han sido reconducidas a la Constitución, principalmente alegando supuestas inconstitucionalidades de proyectos de ley o propuestas de reformas institucionales. Aduciendo, en resumidas cuentas, que la Constitución no permitiría materializar importantes cambios necesarios para el proceso de democratización postdictadura. Estos permanentes reenvíos de la contingencia política a lo constitucional han dificultado cambios significativos, instalando una sensación de petrificación que ha profundizado la crisis de legitimidad. En definitiva, se ha recurrido a una suerte de constitucionalización de la política, como una estrategia de contención de los procesos de cambio social que afectan al legado de la dictadura. La postergación de esas demandas ha incrementado las expectativas ciudadanas en un eventual momento constituyente que sea capaz de terminar con dichas trabas. Y sin perjuicio de que la Constitución vigente es un obstáculo que debe ser salvado, idealmente a través de una asamblea constituyente, parte del referido diagnóstico nos podría permitir sentar las bases para que este vicio de constitucionalización de la política no se reproduzca en una nueva Constitución.

Determinado lo anterior, podremos reflexionar en torno al camino que nos llevaría a una eventual solución al dilema constitucional chileno.

### **3. Un diagnóstico del dilema constitucional en Chile**

Aunque pueda sonar contradictorio con el contenido del clamor que históricamente se ha levantado contra la Constitución de 1980, su principal problema no es la ausencia de legitimidad de origen. La Constitución vigente es, evidente e incuestionablemente, ilegítima, pero la pregunta clave es por qué, cuál es el fundamento de su ilegitimidad. Por otro lado, la discusión tampoco se zanja argumentando una eventual legitimación de ejercicio luego de la cantidad de años de su vigencia. El

dilema central es por qué, a pesar de ese ejercicio, la ilegitimidad sigue siendo un tema vigente y relevante; de alguna manera, el fracaso de la reforma constitucional del año 2005 también demuestra que el origen de la Carta no permite explicar todas las aristas de su ilegitimidad. Si el asunto mantiene su vigencia, se debe a que hay algo que la ilegitimidad de la Constitución esconde: un pueblo que, finalmente, no la reconoce como propia. Creo que solo formulando adecuadamente el problema podremos identificar una solución satisfactoria. Si su origen ilegítimo en dictadura no es suficiente para explicar su ilegitimidad, es necesario establecer cuál podría serlo.

La Constitución de 1980 cumple un objetivo ajeno al que se espera que cumpla tal instrumento jurídico-político en el contexto del constitucionalismo occidental, aquella forma de distribuir el ejercicio del poder que viene evolucionando desde las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII. Resulta especialmente ajena al estadio actual de desarrollo del constitucionalismo citado, luego del reconocimiento del principio democrático como una de las bases fundamentales de dicho paradigma. En un contexto de Guerra Fría, en el cual Occidente se batía entre dos modelos de sociedad radicalmente diferentes, la Constitución del año 1980 se salió radicalmente del cauce que caracterizaba al constitucionalismo chileno y de la que formaba parte la Carta de 1925: dejó de ser una guía y un marco de navegación para la conducción del país, y fue utilizada como un instrumento destinado a implementar un proyecto político particular, una determinada concepción de la sociedad. Luego, fue utilizada para la defensa de dicho proyecto, impidiendo la plena realización de otros que sí contaban con la necesaria legitimidad democrática. La Constitución se transformó, en definitiva, en un programa de gobierno.

Allí radica la fuente de su irremediable ilegitimidad: la Constitución del 1980 se erige en reemplazo de *la política*. Lo que hasta entonces era concebido como el estatuto jurídico que regulaba el ejercicio del poder y garantizaba un catálogo de derechos fundamentales, se convirtió en el programa de gobierno de la derecha golpista. Un programa que despliega su contenido a través de ciertas instituciones fundamentales para el orden actualmente vigente: una protección reforzada del derecho de propiedad y de la libre iniciativa económica —consolidado gracias a una sobreinterpretación de la doctrina y la jurisprudencia—<sup>4</sup> un Estado mínimo y subsidiario, una radical mercantilización en la garantía y protección de los derechos fundamentales —especialmente los de carácter social: salud, educación, vivienda, seguridad social— una creciente privatización de importantes sectores de la economía —donde el ejemplo paradigmático son los recursos minerales y naturales— entre muchas otras.

4 Sobre la función de la doctrina en la construcción de determinado derecho constitucional, véase BASSA (2013).

---

Un programa de gobierno que, junto con desplegar su contenido, se protege de los futuros cambios sociales a través de una serie de instituciones que han impedido una adecuada deliberación democrática. Durante la década de 1990 fueron denominados “enclaves autoritarios”,<sup>5</sup> también conocidos como instituciones contra mayoritarias, aunque creo que la denominación antimayoritarias refleja de mejor forma aquel *ethos* autoritario que desconfía de la política y permite distinguirlas de otras instituciones que, en principio, no debieran presentar problemas para el constitucionalismo contemporáneo, hoy denominadas “trampas de la Constitución”:<sup>6</sup> senadores designados, ya eliminados; Consejo de Seguridad Nacional, hoy reformado; sistema electoral binominal, también su diseño territorial, Leyes Orgánicas Constitucionales y la especial composición y estructura competencial del Tribunal Constitucional, entre otras. Todos estos factores han impedido que las fuerzas políticas que han gobernado el país desde el año 1990, puedan llevar adelante sus respectivos programas de gobierno, salvo, por cierto, el gobierno de Sebastián Piñera, aunque más bien por su carácter minoritario.

Desde esta perspectiva, hay que decirlo, la Constitución de 1980, en tanto programa de gobierno, fue exitosa: ha logrado proteger los pilares fundamentales del modelo de sociedad impuesto desde 1973 que, salvo algunas reformas más o menos significativas, se han mantenido vigentes hasta hoy. Ello explica, entre otras cosas, la dura crítica que parte importante de la sociedad civil más organizada levanta contra aquellos que han sido sindicados como administradores del modelo de la dictadura.

Y es aquí donde radica la ilegitimidad de la Constitución, al menos la más grave e irremediable de todas las ilegitimidades que la aquejan: ha dado paso a una práctica constitucional y política absolutamente sometida y condicionada por una serie de opciones políticas que determinado sector de la sociedad impuso luego del golpe de Estado de 1973, las que han sido naturalizadas al punto de aceptarlas como normales. Es una Constitución que reemplaza a la política deliberativa, cercenando la participación democrática de la ciudadanía y obligando a las mayorías a jugar en una cancha despareja.<sup>7</sup> El sistema constitucional chileno en su conjunto —no solo la Constitución— será ilegítimo mientras la democracia no pueda desplegarse en toda su magnitud y sea el fiel reflejo —dentro de lo que permite la ficción de la democracia representativa y de la soberanía popular en una sociedad de masas— del sentir de la comunidad política que lo sostiene y legitima.

Durante la presente discusión se ha sostenido que con un par de reformas puntuales sería posible destrabar los últimos enclaves, las últimas trampas —

---

5 ZÚÑIGA (2007).

6 ATRIA (2013).

7 ATRIA (2013).

básicamente, la reforma al binominal, al Tribunal Constitucional y la eliminación de las Leyes Orgánicas Constitucionales— dando paso a una nueva Constitución. Efectivamente, estas reformas podrían generar un texto normativo diferente, en la medida que este responda a lógicas distintas de las plasmadas en el original —en el sentido que lo hizo, por ejemplo, la reforma constitucional del año 2005 respecto del *ethos* presente en el texto de 1980. Incluso estas reformas podrían dar paso a un nuevo sistema constitucional que, eventualmente, sea capaz de superar la eterna crisis de legitimidad que lo aqueja. Sin embargo, me parece que es una salida insuficiente, ya que solo se hace cargo de una de las dimensiones que se establecen a través de una constitución: el Derecho en su dimensión jurídico-formal.

Una constitución no constituye solo Derecho; no da paso solamente a la conformación de un ordenamiento jurídico jerarquizado y comandado por la propia Carta. El hito constitutivo también constituye a la comunidad política en cuanto tal, que se reconoce a sí misma en aquel orden y, a la vez, lo reconoce como propio. En este aspecto en particular, el ordenamiento constitucional vigente se encuentra, radicalmente, en deuda: la sociedad ni se reconoce en él, ni lo reconoce como propio. Desde esta perspectiva, me parece que Chile necesita un hito constituyente de carácter político y no solo una reforma jurídica concreta. Un hito suficientemente potente desde el punto de vista simbólico, que sea capaz de zanjar la crisis de legitimidad de lo constitucional y que permita, junto con constituir un ordenamiento jurídico legítimo, constituir a la propia comunidad política. Un hito que permita constituir un espacio de deliberación política que cuente con cauces normales que permitan canalizar los conflictos políticos que constituyen la vida en democracia,<sup>8</sup> sin invisibilizarlos en la perenne amenaza de la inconstitucionalidad, ni reprimirlos recurriendo a los dispositivos de control contemplados en la Constitución. Sin este hito, el Derecho será siempre insuficiente para superar el dilema constitucional y, peor aún, la denuncia de ilegitimidad que acecha a lo constitucional será permanente.

#### **4. El contenido de una nueva Constitución**

Generalmente se afirma que no existe una relación directa entre el procedimiento de elaboración de una constitución y sus contenidos, en el sentido de que quienes promueven una asamblea constituyente lo hacen por el valor del procedimiento democrático y participativo, pero no con la finalidad de defender un diseño constitucional determinado. Sin perjuicio de que la afirmación pueda ser correcta desde un punto de vista lógico-formal, a mi juicio sí es posible establecer un vínculo entre forma y fondo, en especial cuando la forma que se promueve supone establecer

8 MOUFFE (2003).

---

un espacio de participación y deliberación ciudadana sin precedentes en la historia institucional chilena. En efecto, me parece razonable concluir que si la constitución es un espacio normativo para la configuración de relaciones de poder entre los sujetos que forman parte de la comunidad política, y si en la configuración de dicho instrumento esos mismos sujetos participan y deliberan activamente en condiciones suficientes de libertad, igualdad e información, entonces, es razonable esperar que el instrumento resultante intente establecer relaciones de poder más cercanas a lo que los sujetos participantes considerarían justas y en las cuales ellos mismos estarían dispuestos a participar, sin que eso suponga aceptar una relación de sometimiento.

En otras palabras, dado que la constitución es una de las manifestaciones normativas más significativas del poder político, pero también económico, social y cultural, de una sociedad, su configuración por una comunidad política, teóricamente titular de ese poder, pero materialmente sometida al mismo, debiera dar paso a una configuración donde sea distribuido de mejor forma respecto de lo que hoy existe. Esta mejor distribución del poder se verifica, en términos generales y según podría desprenderse de las experiencias constituyentes recientes, en una mayor protección de los derechos fundamentales, es decir, un catálogo más equilibrado y mejor garantizado de estos y en el diseño de un modelo de descentralización política en el sistema de distribución de competencias —siguiendo un modelo similar al de la subsidiariedad competencial europea.<sup>9</sup> Ambas instancias suponen una mayor distribución en el ejercicio del poder, entendiendo tanto a los derechos como a las competencias como elementos que configuran las relaciones de poder entre los sujetos, ya sean estas emancipadoras o de servidumbre.

Así, por ejemplo, una definición en torno a los derechos fundamentales debiera asumir que estos no solo protegen valores y principios vinculados al individuo. Estos también establecen, normativamente, determinado tipo de relaciones jurídicas entre sujetos, lo que es aplicable —tal como el debate en torno al costo de los derechos—<sup>10</sup> a todos los derechos fundamentales. Desde esa perspectiva, los derechos no protegen solo espacios de autonomía, tal como fue la concepción predominante en la primera formulación del Estado liberal de Derecho que siguió a las revoluciones burguesas. Ante esas definiciones tradicionales es posible formular una pregunta más compleja: cómo se construyen los espacios de autonomía protegidos constitucionalmente. La pregunta es de capital importancia en un momento político como el actual, pues si la construcción de esos espacios queda entregada simplemente a la autonomía de los individuos y su capacidad, el resultado será un catálogo de derechos fundamentales

---

9 BANDRÉS (1999).

10 HOLMES & SUNSTEIN (2011).

solo para los sectores privilegiados. Se trata de un desafío significativo para la presente discusión, atendiendo a que los derechos, como prácticamente todo el ordenamiento jurídico, sirven para proteger posiciones jurídicas, en términos relativos, débiles. El grado de participación ciudadana será determinante en la configuración normativa de este tipo de relaciones, las que podrían establecer mayores espacios de libertad en la medida que el mecanismo garantice una participación efectiva.

Por otro lado, el contenido resultante de alguna manera se encuentra condicionado por las opciones conceptuales, metodológicas y procedimentales que se adopten en el respectivo proceso. Los conceptos a partir de los cuales se construye el discurso jurídico y, en especial, el discurso público, tienen una carga material y teórica que no puede ser desatendida sin que ello signifique una disociación entre término y concepto que, sin duda, entorpecería un flujo comunicacional y deliberativo razonable. Esta carga conceptual forma parte del acervo cultural del constitucionalismo moderno y, sin perjuicio de que podría ser críticamente revisado, transformado y, hasta abandonado, lo cierto es que mientras se encuentre vigente el paradigma político y cultural que denominamos democracia constitucional, sus contenidos tendrán un efecto performativo sobre las instituciones sometidas a deliberación. Así, cuando se invoca el concepto “Constitución”, se está asumiendo un contenido material que, en principio, es indisponible para los interlocutores; lo propio sucede al invocar la voz “asamblea constituyente”. De esta manera, de una “asamblea constituyente” no puede sino salir una “constitución” y esta, a su vez, no puede sino estar estructurada sobre la base del control del poder y de los derechos fundamentales.<sup>11</sup> Aunque suene evidente, es un piso mínimo que se hace necesario explicitar ante las múltiples dudas que, quizá artificiosamente, han levantado los críticos de la asamblea constituyente. Al decir “constitución”, invocamos un concepto cargado de ciertos contenidos mínimos indisponibles, a partir de los cuales cada pueblo se configura, se constituye a sí mismo en tanto comunidad política, conforme a sus propios condicionamientos culturales. En esta configuración hay, por cierto, un importante espacio de libertad que deriva del carácter constituyente que tendría aquel momento, pero no al punto de desconocer los contenidos de las instituciones que se invocan. Para ello, sería necesario desconocer las instituciones en cuestión, e invocar otras distintas o, incluso, formular instituciones o conceptos *ad hoc*. Mientras aquello no ocurra, invocar el concepto “constitución” supone asumir ciertos mínimos.

En razón de lo anterior, no resulta razonable poner en duda que el resultado de una asamblea constituyente sea una “constitución” en el sentido que actualmente le damos a dicho concepto. Las dudas que sí pueden ser razonables se refieren al tipo

11 BÖCKENFÖRDE (2000).

---

de relaciones de poder que sean configuradas luego de la deliberación soberana y democrática en sede constituyente. Sincerando la discusión, los únicos que estarían en la posición de esgrimir este argumento crítico del proceso serían los sectores que han resultado privilegiados con el sistema actual. En otras palabras, las críticas se levantarían desde sectores que se encuentran actualmente en una posición acomodada dentro de las relaciones de poder que establece el actual diseño constitucional, sectores de la sociedad que han alcanzado cierto estatus de privilegio al cual no están dispuestos a renunciar. Si la asamblea constituyente sirve para (re)configurar una convivencia democrática en clave de derechos y no en clave de privilegios, el saldo será finalmente un incremento en los estándares de libertad e igualdad en la sociedad chilena, sin perjuicio de que ciertos sectores privilegiados puedan quedar en una posición algo desmejorada en términos relativos. En rigor, este debiera ser considerado como un efecto positivo, salvo que estemos dispuestos, como comunidad política, a mantener la protección de aquellos privilegios.

## **5. Los símbolos y la política**

He sostenido en otras instancias que la asamblea constituyente es el mecanismo que requiere el actual momento político; afirmación que mantengo, a pesar de la baja que puedan mostrar las encuestas en materia de adhesión ciudadana. ¿Por qué? Incluso considerando que la forma no es un fin en sí mismo, lo cierto es que tiene una importancia que difícilmente podrá ser reemplazada por un mecanismo alternativo. La respuesta se construye desde la perspectiva simbólica inherente a la política, así como de aquella dimensión constitutiva de la comunidad política, propia de toda Constitución. Finalmente, la política es, preferentemente, una cuestión de símbolos.

La solución a la actual crisis de legitimidad no pasa por una Constitución técnicamente correcta. El cambio realmente significativo está en la participación de la ciudadanía, la que no será suficientemente garantizada si el diseño de participación depende de aquellos sectores que verán disminuida, en términos relativos, la suya propia. Por eso, siendo la clase política la protagonista clave en el proceso, la configuración de las futuras condiciones de participación de la ciudadanía no puede quedar entregada exclusivamente a ella. El cambio debe hacerlo el pueblo propiamente tal, a través de un procedimiento que, tanto formal como simbólicamente, dé esas garantías.

Esta manifestación del pueblo nos lleva al concepto de poder constituyente y a una de las claves teóricas del Derecho moderno: la necesidad de justificar su legitimidad. La sola existencia de la regla positiva ya no es suficiente para exigir su aceptación y obediencia por parte del pueblo; como una reacción ante el sistema normativo del Antiguo Régimen, el Derecho que surge luego de las revoluciones burguesas requiere que la comunidad a la cual se aplica, lo reconozca y acepte como propio. Es a partir



de esta apropiación del ordenamiento jurídico por parte de la comunidad, en cuya generación ha participado directa o indirectamente, que el Derecho moderno constituye un modelo de regulación normativa distinto de aquel que vino a reemplazar. Así como el estatuto jurídico de la persona basado en el modelo de privilegios dio paso a uno basado en la idea de derechos fundamentales, el Derecho dejó de ser una decisión tomada unilateralmente por algún monarca unipersonal y pasó a ser concebido como el resultado de un proceso deliberativo, en el cual participaba —con mayor o menor intensidad— la comunidad política a través de sus representantes. Se trata, por cierto, de una ficción, pero fundamental para explicar el vínculo entre la comunidad y su ordenamiento jurídico.

Este hito transformador, que tiene un significado constitutivo para la simbiosis moderna entre Derecho y política, se verifica en una doble dimensión: por un lado, refuerza la dimensión política tanto del ordenamiento jurídico como de su proceso de generación; por el otro, evidencia cómo la estabilidad y vigencia del Derecho depende de si la comunidad lo reconoce como propio o no. Desde este último punto se puede abordar, a mi juicio, cómo pervive la magnitud del poder político manifestado en el momento constituyente junto al ordenamiento jurídico que ha creado, incluso con posterioridad a dicho hito históricamente determinado —cuestión que nos permitirá comprender la perenne crisis de legitimidad de la Constitución vigente. En efecto, la legitimidad de un ordenamiento, es decir, la posibilidad de una vigencia normativa efectiva de sus disposiciones, depende de la real voluntad de obediencia del pueblo, la que solo se manifiesta hacia las normas que acepta como propias. Dicha necesidad de reconocimiento, de apropiación, de legitimidad en última instancia, es permanente y coexiste con el ordenamiento jurídico; esta solo puede ser satisfecha si proviene de la propia comunidad. Ahora bien, dada la pluralidad y complejidad de las sociedades contemporáneas, en las que coexisten diversos proyectos de vida y concepciones del mundo y de la justicia, la legitimación del ordenamiento jurídico se verifica en un contexto de diversidad política que da cuenta del disenso constitutivo de un nuevo consenso.<sup>12</sup>

El consenso, concepto muy complejo para nuestra historia constitucional reciente, en sí mismo no es tramposo. Por el contrario, el consenso puede ser concebido como un valor, en la medida que entendamos que, en una sociedad democrática, junto al consenso convive también el disenso como valor constitutivo de la propia democracia. Este demuestra cómo una sociedad se constituye a partir de la diferencia de sus integrantes, los que son reconocidos como iguales por el Derecho. Pero cuando se esgrime la idea de consenso para pretender reemplazar el disenso y proteger determinado *statu quo*, o bien, para tender hacia una falsa homogenización de las posiciones políticas de la sociedad, el consenso termina transformándose en una trampa, como de hecho lo ha sido en estas últimas décadas. Allí donde ciertas minorías recurren a él para obstaculizar reformas institucionales, o bien, para impedir que las

12 MOUFFE (2003).



---

mayorías implementen legítimamente su programa de gobierno, la voz “consenso” nos lleva a otro significado, incompatible con la democracia. La sociedad chilena debe ser capaz de construir consensos en forma participativa y democrática, especialmente para contar con un ordenamiento constitucional compartido, que permita a cualquier mayoría realizar el programa por el cual fue elegido.

De esta manera, creo que es posible afirmar que la deliberación que surge de la existencia del conflicto político no es solo uno de los hitos constitutivos del ordenamiento jurídico, sino que es, a la vez, su propia fuente de legitimidad. Por ello, debe ser recogido y acogido por él, hipotecando gravemente su propia legitimidad en caso de desconocerlo o, peor, de reprimirlo. En efecto, esta deliberación que se radicaliza en el momento constituyente logra algún grado de encausamiento en ese ordenamiento jurídico que él mismo constituye; sin embargo, dado que ese momento también constituye a la comunidad política, su conflictividad no desaparece del todo, sino que se mantiene como base de los futuros —y permanentes— procesos de generación del Derecho, solo que sin la radicalidad de su fuerza constituyente originaria. Se trata, en definitiva, de una legitimación democrática del Derecho que emana de un acto político constitutivo que se proyecta hacia lo constituido. En este sentido, la asamblea constituyente como mecanismo es clave, en la medida en que es capaz de representar simbólicamente aquel hito de deliberación política radical, necesaria para que la comunidad política se constituya a sí misma como tal y, de paso, reconozca como propio al Derecho que emana del proceso.

El momento constituyente termina con un orden determinado, en una serie de dimensiones eventualmente simultáneas: desde luego jurídica, pero también económica, social e, incluso, cultural. En consecuencia, un momento efectivamente constituyente podría dar paso no solo a un nuevo orden jurídico, sino también social; en otras palabras, un momento constituyente exitoso constituye —podríamos decir, principalmente— a la comunidad política y no solo a sus formas jurídicas externas. La sociedad moderna se explica desde esta doble dimensión: ese momento constituyente que protagoniza y da paso a un ordenamiento jurídico que reconoce como propio y que, además, le da sentido e identidad a la propia comunidad. Y esa es, precisamente, una de las principales carencias del ordenamiento constitucional actual.

## **Bibliografía**

ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa*, LOM, Santiago.

BADRÉS, José Manuel (1999): *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Barcelona.

BASSA, Jaime (2013): “La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura de hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX”, *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 2.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang (2000): “El poder constituyente del pueblo”, *Escritos sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid.

CONTRERAS, Pablo & Alberto CODDOU (2014): “Nueva Constitución y asamblea constituyente: la experiencia de ‘Marca Tu Voto’”, *Anuario de Derecho Público 2014*, Universidad Diego Portales, Santiago.

GUZMÁN, Jaime (1979): “El camino político”, *Realidad*, año 1, N° 7, Santiago.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass (2011): *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, Buenos Aires.

KELSEN, Hans (2002): “Observaciones sobre la Constitución chilena” (trad. Joaquín García-Huidobro), *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20.

MOUFFE, Chantal (2003): “La democracia, el poder y lo político”, de la misma, *La paradoja democrática*, Gedisa, Barcelona.

ZÚÑIGA, Francisco (2007): “Vieja-Nueva Constitución”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 5, N° 1.

---

## **LAS FALACIAS SOBRE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE. REFLEXIONES SOBRE EL ACTUAL DEBATE CONSTITUCIONAL EN CHILE**

**Francisco Soto Barrientos**

Las recientes elecciones presidenciales chilenas del 2013 dieron cuenta de la articulación de un discurso de cambio constitucional que tiene aspiraciones fundacionales. Su objetivo es crear una nueva institucionalidad validada de manera participativa y democrática. El presente trabajo busca analizar el debate sobre el procedimiento de cambio constitucional, particularmente la discusión generada sobre la figura de la asamblea constituyente —en adelante, AC— como mecanismo pertinente para elaborar una nueva Constitución. Trataremos de evidenciar cómo el tradicional origen liberal y republicano de esta figura ha sido trastocado en el debate chileno.

Durante la campaña presidencial desarrollada durante el 2013, se trabajó intensamente en uno de los ejes fundamentales del programa de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet: elaborar una nueva Constitución para Chile. La entonces candidata a la presidencia, nombró a profesores y profesoras de Derecho para conformar una comisión encargada de definir los contenidos básicos que debería establecer una nueva Carta Fundamental. Los informes de esta comisión avanzaron sustancialmente en definiciones concretas frente a cada uno de los tópicos que deberían ser regulados en una nueva Constitución. La propuesta programática básicamente busca la sustitución de un modelo de Estado identificado como autoritario, subsidiario y mínimo, por una concepción de un Estado personalista, de derecho social, democrático, participativo, gestor y regional. Se propone entre otras medidas la definición de un catálogo amplio y progresivo de derechos. También se proponen medidas que avancen en el cambio de régimen político, a partir de un diagnóstico compartido referido al aumento desmedido del poder presidencial por sobre la deliberación constitucional. Finalmente, se defiende la idea de erradicar de la Constitución a las Fuerzas Armadas, al Banco Central, a la Contraloría General de la República y al Consejo de Seguridad Nacional, retornando con esto a la configuración legal y sujeción a la administración democrática regular.<sup>1</sup>

La ambiciosa propuesta constitucional debatida en el contexto del programa de la Nueva Mayoría, supuso un largo debate entre constitucionalistas y consiguió llegar a acuerdos en una gran cantidad de temas. No obstante, uno de los puntos más discutidos, y que despertó propuestas antagónicas, fue y sigue siendo, la fórmula para llevar a cabo dichos cambios. Las propuestas van, desde reformas puntuales —como la supresión de

1 ZÚÑIGA (2013), pp. 143-208 y 269-314.

---

la categoría jurídica de leyes interpretativas, leyes orgánicas constitucionales y leyes de quórum calificado, el cambio del sistema electoral binominal por uno proporcional corregido en la forma que establezca la ley, la eliminación de la competencia de control preventivo del Tribunal Constitucional— a la incorporación de un nuevo capítulo en la actual Constitución que regule la reforma total de la misma, considerando de esta manera la figura de la AC en la actual Carta Fundamental.

Ninguna de estas opciones de reforma constitucional fue asumida por el actual gobierno. El compromiso que estableció en su programa se circunscribe a señalar que la fórmula que se adopte para establecer la nueva Constitución deberá respetar la institucionalidad vigente, pudiendo ser cualquiera de las expuestas, o bien, formulándose una distinta. Con todo, a la dimensión institucional del cambio, el programa agregó la característica de ser “participativa y democrática”.<sup>2</sup>

La falta de definición sobre el mecanismo y la poca proactividad de los partidos políticos en esta materia han generado un posicionamiento de los movimientos sociales por imponer la figura de la AC como mecanismo de cambio constitucional. En este contexto, se articula una serie de planteamientos sobre la asamblea constituyente que distan de las reflexiones doctrinarias y de la experiencia comparada sobre esta institución. La consecuencia de este discurso ha sido “satanizar” la alternativa de la AC y, por otro lado, presentarla como una suerte de “bala de plata” que podrá desarticular el modelo pinochetista.

En relación con este último punto, presentar la AC como una institución que se establece en beneficio de una parte de la sociedad, en desmedro de las expectativas e intereses de los detractores, nos margina del sentido que ha tenido históricamente esta institución. Fue su utilización durante la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica, la que situó este mecanismo como la alternativa para garantizar la generación de un orden constitucional que resultara de un debate deliberativo nacional.<sup>3</sup> Para Bruce Ackerman la conformación de un debate constitucional supone, y supuso en la experiencia norteamericana, una serie de condiciones materiales que tienen que ver con articular un debate de envergadura donde los opositores puedan defender sus puntos de vista.<sup>4</sup> Así, autores como Thomas Paine, Nicolás de Condorcet y Emmanuel-Joseph Sieyès, siguiendo el modelo norteamericano, participan de la idea de una asamblea elegida con el fin único de redactar una Carta Fundamental y que se sustente en un mecanismo que permita establecer una instancia de encuentro entre posiciones antagónicas. Por tanto, bajo tales presupuestos, la AC surge de la mano del

---

2 BACHELET (2014-2018), p. 35.

3 MATEUCCI (2010), pp. 188-192 y HAYEK (1975), p. 198.

4 ACKERMAN (1991), p. 6.

constitucionalismo, del derecho público y del Estado liberal.<sup>5</sup>

Es justamente este modelo clásico de AC el actualizado por el constitucionalismo latinoamericano. Once de las dieciocho constituciones de la región han sido elaboradas mediante este mecanismo y diez de ellas la han regulado en sus actuales cartas fundamentales. Así, en Latinoamérica hablar de AC supone comunes exigencias: (i) conformación de una asamblea elegida de manera representativa con el objetivo de redactar una nueva Constitución y (ii) el resultado final debe ser ratificado por la ciudadanía a través de referéndum constitucional<sup>6</sup>.

Resulta anecdótico, entonces, que en el debate actual en Chile se instale una visión distinta de la AC. En mi opinión, esta suerte de travestismo que ha operado con la AC se ha configurado en base a cuatro falacias que se han argumentado de diversos modos en el debate público, a saber:

Primera: Es factible en Chile implementar la AC saltándose los procedimientos de reforma constitucionalmente establecidos

Quienes han argumentado esta tesis parten del supuesto del fracaso de los mecanismos de reforma previstos en el título XV de la Constitución.<sup>7</sup> Así, la idea de imponer mediante argucias y no de consensuar la AC inspira estas propuestas. Particularmente, Fernando Atria considera que se puede activar un proceso de reforma mediante un eventual llamado a plebiscito que no sea impugnado por alguna de las cámaras del Congreso según lo establece el art. 93 N° 5 de la Constitución. Esta alternativa permitiría saltarse las mayorías requeridas para una reforma y, de una manera aparentemente institucional, validar la conformación de una AC. No obstante, dicha propuesta no repara en las restantes facultades que tiene el Tribunal Constitucional para actuar de oficio (art.93 N° 16) o las que tiene la Contraloría General de la República (art. 99 inciso 3° de la Constitución).<sup>8</sup>

Por otra parte, aunque en la experiencia latinoamericana puede identificarse una suerte de práctica constitucional que ha validado los cambios constitucionales “por fuera” de los mecanismos previstos constitucionalmente, siempre estos procesos han contado con la complicidad de la Corte Suprema —Colombia y Venezuela— o de un Tribunal Supremo Electoral —Guatemala y Ecuador. Como nos aclara Juan Gabriel Gómez, los procesos de cambio que han tenido en contra a los órganos llamados a ejercer control constitucional han fracasado en sus intentos —India, República

5 PAINE (1986), p. 156 y ss., SIEYÈS (1993), p. 155 y ss. y MERCIER (2003), pp. 483-512.

6 SOTO (2014), pp. 414-416

7 MUÑOZ (2013), pp. 70-94; ATRIA (2013a), pp. 146-154 y (2013d), pp. 15-49.

8 ORÓSTICA (2013).

---

Checa, Nicaragua, entre otros—. <sup>9</sup> Considerado esto, de más está decir que el modelo institucional chileno supone un sistema de controles que difícilmente permite que la vía “por fuera” sea un escenario factible.

## 2. La AC como ideal impracticable o como amenaza

Algunos autores consideran la AC como una fórmula óptima, pero impracticable en el contexto político chileno. Esto los anima a usar esta figura, no de una manera estricta, como sistemáticamente ha sido utilizada en Latinoamérica, sino “acomodada” a otras instituciones presentes en la Carta Fundamental. En este caso, nuevamente, para saltarse el quórum de reforma constitucional vigente, se nos lleva al escenario en que diversos actores políticos coordinados por la figura del Presidente de la República llaman a la ciudadanía para que en la próxima elección municipal sean los concejales electos quienes conformen una asamblea constituyente. <sup>10</sup>

Fernando Atria, por ejemplo ha elaborado recientemente una estrategia de cambio constitucional donde se hace necesario tener en cuenta que esta idea laxa de AC se suma a una batería de varias otras alternativas que este autor defiende, todas destinadas a reformar la Constitución “por fuera” del capítulo XV de la Carta Fundamental. Así, este autor ha defendido con entusiasmo varias fórmulas que la opinión pública debate, como la de marcar el voto con las siglas “AC”, la iniciativa de la “cuarta urna”, y la fórmula antes referida de desprender del art. 93 N° 5 de la Constitución la posibilidad del referéndum constitucional, entre otras. Este conjunto de mecanismos tiene en común el iniciar una suerte de “activismo social” que se articule de manera paralela a los mecanismos institucionales que también oferta este autor: reforma al sistema binominal, a los quórum de reforma a la Constitución y al control preventivo del Tribunal Constitucional. <sup>11</sup>

En este caso, resulta sorprendente que, justamente, el autor que más criticó al reformismo finalmente termine validando la opción de una reforma y considere que estamos ante una nueva Constitución con la sola modificación de las tres materias antes señaladas. No obstante, él justifica su opción a partir del efecto que generarían dichas reformas: eliminar las trampas del sistema y permitir recobrar la legitimidad popular al Congreso, para que desde allí se inicie un proceso paulatino de empoderamiento que desencadene o no cambios al orden constitucional. <sup>12</sup>

---

9 GÓMEZ (2012) pp. 67-88.

10 ATRIA (2013c).

11 ATRIA (2009).

12 ATRIA (2013d), pp. 28-36.

De ese modo, tal como este autor lo reconoce en un reciente artículo — analizando además en conjunto sus propuestas— nos encontramos con un Fernando Atria “rupturista”, que participa de manera activa en varias iniciativas generadas por los más diversos movimientos sociales con el objetivo de promover cambios “por fuera” y otro Fernando Atria que propone cambios “institucionales”.<sup>13</sup> Paradójicamente, su propuesta de reformas parciales ha sido criticada por los sectores más progresistas de la Nueva Mayoría y asumida con entusiasmo por los más conservadores.<sup>14</sup>

Lo central de todo esto es que Fernando Atria, al igual que otros constitucionalistas, no argumenta a favor de la AC como primera opción y la subordina al fracaso de la vía institucional.<sup>15</sup> Si ello es así, esto claramente debilita una genuina opción por la deliberación a través de un procedimiento como la AC; su relevancia cobra sentido solo ante el fracaso del diálogo parlamentario.

Gabriel Salazar también explora una fórmula degradada de AC: la “Asamblea nacional-constituyente”.<sup>16</sup> Dicha instancia ya no sería electa de manera representativa, sino conformada a través de “comicios” —asambleas locales— o en “las sedes de los actores sociales de presencia nacional —el caso de los trabajadores, los profesores, los empleados públicos y los estudiantes, sobre todo”.<sup>17</sup> Si bien la AC es en esta oportunidad considerada como primera opción, nos encontramos ante un modelo que se distancia de la democracia representativa y explora maneras alternativas de representar.

En consecuencia, todas estas fórmulas alternativas que hemos revisado no se traducen en una búsqueda por articular un plural y amplio debate deliberativo en el sentido dado por la democracia liberal. Esto le otorga un carácter particular al debate chileno sobre AC, distanciándolo de los procesos constituyentes latinoamericanos. Experiencias como la nicaragüense, la venezolana o la boliviana nunca se plantearon en contradicción con el modelo liberal de AC. Solo en Chile encontramos una desviación tan radical y *sui generis* de esta institución.

Tercero: La AC es el único mecanismo que asegura la participación de la ciudadanía

13 ATRIA (2013a), pp. 31-49.

14 Véase diario *La Segunda*, jueves 26 de diciembre de 2013: Parlamentarios DC rechazan “cambios acotados” a la Constitución. Disponible en: <<http://www.lasegunda.com/Noticias/Politica/2013/12/902780/parlamentarios-dc-rechazan-cambios-acotados-a-la-constitucion>> (fecha de consulta: 21 de enero de 2013)

15 ZÚÑIGA (2013b), pp. 511-540.

16 SALAZAR (2009), p. 25.

17 SALAZAR (2011), p. 80.



---

En estricto rigor, la AC, al igual que el cambio por la vía parlamentaria, es una fórmula representativa, que no supone por sí sola participación directa de la ciudadanía. Vale decir, requiere la elección de una asamblea al igual que el Congreso solo que tiene la particularidad de que su único fin es la elaboración de una nueva Constitución. De hecho, una de las experiencias comparadas más participativas es la de Brasil, que surge mediante la enmienda constitucional 26/85 que encomendaba la reunión de la Cámara de Diputados y del Senado para la elaboración de una nueva Constitución. En ese contexto, el poder legislativo brasileño articuló varios procesos participativos complementarios realizados por organizaciones de la sociedad civil que finalmente le entregaron un amplio respaldo a la Carta de 1988. Del mismo modo, nos encontramos con asambleas constituyentes altamente participativas, como es el caso de Colombia, Ecuador y Bolivia, donde los respectivos gobiernos coordinaron extensos diálogos ciudadanos tendientes a incorporar las demandas de los movimientos sociales. Pero también nos encontramos con procesos de AC fuertemente intervenidos por el gobierno de turno, como es el caso peruano, o el nicaragüense, por dar algunos ejemplos. En las diez constituciones latinoamericanas que regulan de alguna manera la AC, algunas de ellas han hecho definiciones en materia de participación en el sentido de subordinar el resultado deliberativo de la AC a un referéndum de ratificación —Colombia, Uruguay y Ecuador—. <sup>18</sup>

En consecuencia, la AC podría, bajo condiciones ideales, asegurar un grado importante de participación, pero en diversos contextos políticos recientes, varios de ellos de países latinoamericanos, esta exigencia o característica no se ha dado o se ha producido de modo imperfecto.

Cuarto: La AC es un mecanismo cuestionado desde el derecho comparado

El debate sobre el espacio institucional para la elaboración de una nueva Constitución tiene importantes matices según sea la tradición constitucional en que nos encontremos. La tensión permanente se genera básicamente sobre el papel que le cabe al Congreso en esta materia. Así, en el constitucionalismo inglés nos encontramos con William Blackstone y su idea de la omnipotencia del parlamento para cambiar el orden constitucional, lo cual llevó a Edmund Burke, a su vez, a plantear la tesis de la Constitución consuetudinaria, limitando de manera significativa la intervención parlamentaria en lo constitucional. En Francia, el rol del Congreso en la elaboración de una nueva Constitución es cuestionado en los primeros debates de la revolución francesa. Raymond Carré de Malberg sistematiza este debate, llamando “asambleas omnipotentes” a aquellas que quieren fusionar la actividad legislativa con la constituyente. <sup>19</sup>

---

18 SOTO (2014), pp. 397-428.

19 CARRÉ DE MALBERG (1998), pp. 1217-1220.

En todo este debate, la AC surge como una respuesta ponderada, como una forma de control ciudadano a la tendencia a monopolizar el debate por parte de los partidos políticos. En efecto, aquel es el entendimiento que le da Ernst Böckenförde, al valorar la regulación constitucional de la AC como mecanismo de reforma total. Este autor considera que la regulación de la AC en la Constitución genera un efecto permanente, estableciendo un mandato claro a los poderes constituidos en orden a mantener un vínculo con el pueblo en el cumplimiento de la Constitución.<sup>20</sup>

Por eso llama la atención las referencias a la figura de la AC como una opción irresponsable.<sup>21</sup> Humberto Nogueira realiza un análisis sistemático de las fórmulas en que las constituciones han buscado regular el poder constituyente, relevando la figura de la AC como fórmula prevista en las cartas fundamentales latinoamericanas. Es a partir de la evaluación positiva que este autor realiza del tratamiento constitucional de la AC en la región que llega a proponer la incorporación de esta figura en el sistema institucional chileno.<sup>22</sup>

Contrario a lo que han argumentado varios autores aquí analizados, la posibilidad de establecer la AC supone situarla como primera opción, e iniciar un amplio diálogo que permita dimensionar su ductilidad como mecanismo para reconciliar una sociedad en conflicto. La eventual incorporación de la AC como mecanismo de cambio constitucional pasa por presentarla como un instrumento que genere una suerte de “velo de ignorancia” en los diversos sectores que integran nuestra sociedad. En este sentido, el trabajo académico más que confundir, debe relevar el debate doctrinario y las experiencias comparadas.

## **Bibliografía**

ACKERMAN, Bruce (1991): *We the people: foundations*, Vol. 1, Harvard University Press, Cambridge.

ATRIA, Fernando (2008): “Participación y alienación política en Chile”, *Mensaje*, N° 545, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2010): “Participación y alienación política: el problema constitucional”, Claudio Fuentes (Ed.), *En nombre del Pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO)/Universidad Diego Portales/Fundación Heinrich Böll, Santiago.

20 BÖCKENFÖRDE (2000), pp.161-163.

21 ROJAS (2013), pp. 287-298.

22 NOGUEIRA (2009), pp. 229-263

---

\_\_\_\_\_ (2013a): *La Constitución tramposa*, LOM, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2013b): “La Constitución incorregible”, [Punto Final, edición N° 784, 28 de junio, (fecha de consulta: 03 de octubre de 2013). Disponible en: <<http://www.puntofinal.cl/784/atria784.php>>].

\_\_\_\_\_ (2013c): “El problema constitucional tendrá que resolverse por las buenas o por las malas”, [fecha de consulta: 03 de octubre de 2013. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/04/23/el-problema-constitucional-tendra-que-resolverse-por-las-buenas-o-por-las-malas/#print-compact>>].

\_\_\_\_\_ (2013d): “La Constitución tramposa y la responsabilidad del jurista”, Francisco Zúñiga (Coord.), *Nueva Constitución y momento Constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Legalpublishing/Thomson Reuters, Santiago.

BACHELET, Michelle (2014-2018): *Programa de Gobierno 2014-2018*. [Disponible en: <<http://michellebachelet.cl/michelle-bachelet-presenta-programa-de-gobierno-con-enfasis-en-una-reforma-estructural-la-educacion/>>]

CARRÉ DE MALBERG, Raymond (1998): *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México D.F.

GÓMEZ, Juan (2012): “Reformas inconstitucionales a la Constitución: ¿un caso agravado de la tensión entre la democracia y el constitucionalismo?”, *Análisis Político*, N° 75, mayo-agosto, Bogotá.

HAYEK, Friedrich (1975): *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial S.A., Madrid.

MATEUCCI, Nicola (2010): *Organización del poder y libertad, historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid.

MERCIER, Anne-Cécile (2003): “Le Référendum d’initiative populaire: un traitmé connu du génie de Condorcet”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, N° 55, Presses Universitaires de France, Paris.

MUÑOZ, Fernando (2013): “Chile es una república democrática”: la asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional”, *Anuario de Derecho Público 2013*, Universidad Diego Portales, Santiago.

NOGUEIRA, Humberto (2009): “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, *Ius Et Praxis*, Año 15.

ORÓSTICA, Amaro (2013): “El nudo gordiano del cambio constitucional”, [elmostrador.cl, 14 de Junio, (fecha de consulta: 03 de octubre de 2013). Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/06/14/el-nudo-gordiano-del-cambio-constitucional/>>].

PAINE, Thomas (1986): *Los derechos del hombre*, Fondo de Cultura Económica, México.

ROJAS, Gonzalo (2013): “Asamblea Constituyente ¿Golpe de Estado?, una evaluación política y jurídica”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Año 1, N° 2.

SALAZAR, Gabriel (2005): *Construcción de Estado en Chile (1760-1860) Democracia de los pueblos, militarismo ciudadano, golpismo oligárquico*, Sudamericana, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2009): *Del Poder Constituyente de Asalariados e Intelectuales, Chile, siglos XX y XXI*, LOM, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2011): *En el nombre del poder popular constituyente, Chile, siglo XXI*, LOM, Santiago.

SIEYÈS, Emmanuel (1993): “¿Qué es el Estado llano?”, David Pantoja, (Comp.), *Escritos Políticos de Sieyès*, Fondo de Cultura Económica, México.

SOTO, Francisco: (2014) “Asamblea Constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile”, *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1.

ZÚÑIGA, Francisco (2013): *Nueva Constitución y momento Constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Legalpublishing/Thomson Reuters, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2013b): “Nueva Constitución y Operación Constituyente, algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1.



**SEGUNDA PARTE**  
**PRINCIPIOS Y DERECHOS**



## **I. CONSTITUCIÓN, MODELO ECONÓMICO Y ESTADO SOCIAL**





# ESTADO SOCIAL COMO FÓRMULA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA \*

Christian Viera Álvarez

## 1. Introducción

El año 2014, Michelle Bachelet Jeria asumió la presidencia de la República con un programa de gobierno (2014-2018) que descansa en tres pilares: reforma tributaria, reforma educacional y nueva Constitución.<sup>1</sup> En lo que concierne al Estado social, su Programa señala que

[...] en la Constitución Política se deberá reconocer bajo esta cláusula [Estado social y democrático de Derecho] que el Estado no solo es un sistema de potestades, sino un conjunto de deberes de ‘buen Gobierno’ y de satisfacción de necesidades públicas que son consustanciales a la legitimidad misma del Estado y del Poder. Se funda en la dignidad, libertad e igualdad de las personas, así como [en] los principios participativo, pluralista y de solidaridad.

Se trata, ante todo, del Estado social de un Estado de Derecho fundado en el principio de legalidad y en el respeto de derechos fundamentales, de suerte que la fuente y medida de toda autoridad sea el Derecho mismo. El Estado Social es un Estado democrático, en que el poder electoral reside en el pueblo y su ejercicio se verifica a través de instituciones, procedimientos y técnicas representativas y participativas. Finalmente, el Estado social es un Estado de garantías, que protege el goce efectivo de derechos económicos, sociales y culturales.<sup>2</sup>

Muchas constituciones en Europa y Latinoamérica han definido sus modelos de Estado como un Estado social, agregando calificativos de democrático o de Derecho. Cabe preguntarse qué significa esta definición y cómo se traduce en la práctica. Partiendo de estas preguntas, quisiera hacer algunos comentarios sobre el Estado social y su aporte a la configuración de una sociedad democrática, sobre todo en vistas de la necesaria redefinición político-constitucional del Estado de Chile.

\* El presente trabajo cuenta con una versión más extendida en VIERA, Christian (2014). “Estado Social como fórmula en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho*, Vol. 21, N° 2, Universidad Católica del Norte.

1 Véase BACHELET (2014-2018).

2 BACHELET (2014-2018), p. 33.

---

## 2. Breve historia de un concepto

Se ha señalado como precursor de la idea de Estado social a von Stein,<sup>3</sup> sin embargo, fue Hermann Heller el autor de la fórmula “Estado social de Derecho”.<sup>4</sup> Contemporáneo de Heller, y desde una tradición diferente a la que imperaba en Europa continental, en el Gobierno del Presidente Theodore Roosevelt se implementaron medidas que suponían una intervención directa del Estado para la superación de la crisis económica.

Tras la Primera Guerra Mundial y hasta el año 1929 se produjo un gran desarrollo económico en muchos países, incluyendo EE.UU., sin embargo, los niveles de producción alcanzados no eran equivalentes a los niveles de consumo. El “viernes negro” tuvo como consecuencia el *crack* bursátil en *Wall Street* e inauguró una época de crisis internacional que afectó a todos los sectores productivos, generando altos niveles de cesantía y caída de los precios y la producción.<sup>5</sup> Frente a esta situación de crisis, Roosevelt propuso un *new deal* que suponía una nueva mirada a la acción del Estado en relación a los negocios y a la economía, lo que significó la elaboración de una declaración de derechos económicos y *an economic constitutional order*, es decir, una constitución económica.<sup>6</sup>

En ámbitos jurídicos, la constitucionalización del Estado social se realizó por primera vez en el año 1949. La Ley Fundamental de Bonn en su art. 20 N° 1 definía a la República Federal Alemana como “un Estado federal democrático y social” y el art. 28 N° 1 señalaba lo siguiente: “el orden constitucional de los *Länder* deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social”. Similares reconocimientos realizan las constituciones de Italia, España y Portugal.

Lo esencial del Estado social consiste en que el orden existente (el modelo capitalista liberal) no se reconoce como justo en principio, ni tampoco se admite que la sociedad, como si fuera autónoma, esté sustraída a la intervención estatal.<sup>7</sup> El nuevo Estado, fundado en una ideología intervencionista, trabaja prestando asistencia a los más débiles y participa de la conformación de la vida social. Lejos de inhibirse en la actividad económica, participa como un actor más y en un rol de autoridad que controla, planifica e incluso corrige los desequilibrios económicos. De lo dicho cabe extraer una conclusión: mientras que la concepción liberal supone la separación formal entre Estado y sociedad, el Estado social de Derecho termina con esta separación, pues interviene como principal actor en la sociedad y, por consiguiente, en la vida económica.<sup>8</sup>

---

3 GARCÍA-PELAYO (1989), p. 14; RITTER (1991), p. 27.

4 ABENDROTH; FORSTHOFF& DOEHRING (1986), p. 20; GARCÍA-PELAYO (1989), p. 16; JIMENA QUESADA (1997), p. 53.

5 RUBIO (1991), p. 112.

6 ROOSEVELT (1999), p. 25. No deja de llamar la atención que un liberal como ROOSEVELT hable de constitución económica, dado que significa intervención del Estado en la marcha de la economía y una limitación de la libertad de los individuos.

7 BALLESTEROS (1980), p. 41.

8 OJEDA (1990), p. 21.

El frágil desarrollo social del siglo XIX y los efectos que generó en la vida de las personas favorecieron la emergencia del Estado social. Con énfasis distintos a los propuestos por el Estado liberal, se inició una progresiva conciliación entre los intereses de los trabajadores, los sectores productivos y la autoridad estatal, lo que derivó en la consagración de regulaciones legislativas en derecho del trabajo desde comienzos del siglo XX. Al mismo tiempo, desde la perspectiva política, el Estado social se vislumbró como una fórmula para lograr la paz social y la estabilidad política, las que únicamente se podían fundar en la justicia social.<sup>9</sup>

Se produjo, así, una transformación del papel que debía cumplir el Estado en la sociedad. Ya no se trataba solo de la defensa de los derechos burgueses clásicos, sino que se consagró la premisa de que no es posible un ejercicio real de la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de condiciones mínimas de existencia. Así, el Estado devino en distribuidor de prestaciones sociales de diversa índole.<sup>10</sup>

### **3. Acerca del contenido del Estado social**

El Estado social es aquella figura política que supone que los poderes públicos (principalmente la Administración) asumen la responsabilidad de otorgar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios adecuados para la satisfacción de sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina alemana ha denominado “procura existencial”.<sup>11</sup> El Estado, visto desde esta perspectiva, centra sus funciones en la búsqueda y realización de la justicia distributiva y la justicia material, y actúa como gestor al servicio de los ciudadanos. Por tanto, debe tomar medidas concretas relacionadas, por ejemplo, con la defensa, la prevención y la sanción del delito; el cuidado del medio ambiente; la fijación de un salario mínimo; la protección del empleo y de la salud; la facilitación del acceso a la vivienda; el mejoramiento de la distribución de la riqueza; y la formación de capital cultural en las distintas clases sociales, entre otros aspectos; siendo relevante, para estos fines, no tanto la implementación de políticas de nacionalización de los medios de producción, sino una justa distribución de lo producido llevada a cabo por la utilización de la potestad impositiva fiscal.<sup>12</sup>

Aunque es posible señalar medidas operativas que encarnen un modelo de Estado social, por el carácter abierto de la cláusula, aparecen innumerables interrogantes para comprender su contenido como, por ejemplo, ¿cuáles son las necesidades básicas que deben ser satisfechas?; ¿en qué consiste la “procura existencial”?; las disposiciones constitucionales que plasman las matrices del Estado social, ¿son imperativas o, más bien, obedecen al deseo del constituyente, pero sin constituir una exigencia práctica?; ¿es una cláusula evidente o más bien ambigua? Si bien estas no son todas las preguntas, avanzar

9 JORDÁN (2006), p. 19.

10 GONZÁLEZ (2002), pp. 45-46.

11 PÉREZ-LUÑO (2004), p. 193.

12 GARCÍA-PELAYO (1989) p. 29-33; GONZÁLEZ (2002), pp. 46-47; PÉREZ-LUÑO (2004), p. 193.

---

en sus respuestas nos ayudaría a delimitar uno de los problemas de la definición de Estado social: el de su interpretación.

Señala Böckenförde que la apelación a lo social derivada del concepto de Estado social de Derecho es una apelación de carácter general, viva y abierta, no existiendo en la actualidad acuerdos sobre en qué medida se pueden estructurar elementos sociales en una constitución sin que se pierdan elementos esenciales del Estado de Derecho, ni tampoco sobre cuáles son los elementos sociales estructurales que deben ser considerados.<sup>13</sup> Sin embargo, aunque es imposible dar una respuesta categórica a las preguntas que surgen respecto de la cláusula Estado social, es posible realizar una interpretación que se mantenga próxima a la realidad, con el riesgo, claro está, de rebajar el debate constitucional a uno de impronta político-cotidiana.

Una de las maneras de interpretar la cláusula Estado social es asociarla a los problemas derivados de la cuestión social (protección a los pobres y necesitados), pero también se la puede asociar al rechazo a un excesivo individualismo imperante, de lo que resulta el esfuerzo por compensar intereses antagónicos con la práctica de la solidaridad. Se puede plantear la situación social como lo más importante o, al revés, prestar atención al individuo que, antes que nada, es ser social. Con todo, es denominador común de las diversas posturas frente a este asunto, la consideración de la relación entre individuo y comunidad.

A pesar de las dificultades que entraña la interpretación de esta cláusula, es razonable la tesis propuesta por García-Pelayo en cuanto a que la distribución ha sido siempre un concepto clave de la estructura y función del Estado, porque si bien cambian sus modalidades y contenido, no hay Estado sin distribución de poder entre gobernantes y gobernados y, en lo que respecta al orden económico, sin que este proceda a la distribución de recursos económicos nacionales en recursos fiscales y en recursos a disposición de las personas.<sup>14</sup>

Por tanto, la interpretación del contenido material del Estado social puede variar a lo largo del tiempo, pero siempre conservando un cierto *mínimum* en el que los problemas de financiamiento de los derechos sociales no signifiquen el grado cero de vinculación jurídica de los derechos fundamentales sociales. No debe olvidarse, además, que tras esta cláusula existe una determinada opción político-ideológica que, en un sistema democrático, dependerá de la ciudadanía ratificar o mudar.<sup>15</sup>

#### **4. Hacia una reformulación del Estado social**

¿Hay porvenir para el Estado social? Parece que sí, pero con modificaciones a la idea original. Por de pronto y compartiendo el diagnóstico de Offe, el Estado social es una estructura irreversible, cuya abolición exigiría la abolición de la democracia política, los

---

13 BÖCKENFÖRDE (2000), p. 37.

14 GARCÍA-PELAYO (1989), p. 34.

15 BALAGUER (2002), p. 101. En la misma línea véase HÄBERLE (2002), pp. 201-209.

sindicatos y el sistema de partidos, lo que implica cambios dramáticos en la estructura de la sociedad; pero no solo eso, el neoliberalismo y su propuesta de Estado mínimo, a pesar de la sencillez y razonabilidad de sus postulados, no es la solución para la crisis. Sin una política de subsidios, sea a la vivienda, a la educación o a la salud, así como un sistema de seguridad social obligatorio, el funcionamiento del sistema económico sería inconcebible, ya que la desaparición de las matrices de un Estado social abandonaría a la realidad social a un escenario de conflicto explosivo y crisis de la convivencia.<sup>16</sup>

Al mismo tiempo, el Estado social no solo ha sido un canalizador de la paz social, sino que esta estructura de Estado ha asegurado durante decenios un nivel de vida y una satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, experiencia que difícilmente podría igualarse en éxito a otra. El Estado social ha favorecido el aumento del capital humano, una mejor distribución y transferencia de rentas entre diversas clases sociales, junto a una estabilidad política que favorece la cohesión; todo esto debido a que las prestaciones de bienestar operan como elemento que compensa la competencia pura y el carácter ganador-perdedor que suscita el mercado.<sup>17</sup> Mas, ¿cuáles son las líneas a priorizar a fin de que el Estado social no desaparezca? Son varias las dimensiones que se deben abordar para resolver esta cuestión, pero adelanto que el futuro del Estado social no pasa solo por un desarrollo de su carácter prestacional —necesario por cierto—, sino que su profundización está asociada al Estado de Derecho y a un sistema democrático; es decir, a una dimensión que no es solo jurídico-económica, sino que también política.

El Estado social clásico, que se construye con un fuerte componente legal y administrativo, se desarrolla bajo una lógica inclusiva y excluyente. Es cierto que se producen intervenciones en favor de sectores sociales deprimidos e incluso postergados de beneficios sociales; sin embargo, “son sobre todo aquellos grupos organizados, capaces de presionar corporativamente en las instituciones estatales, los principales beneficiarios de las políticas sociales”.<sup>18</sup> De ahí que no sea extraño el peligro de una dimensión clientelar del Estado social, “transformándose la compleja problemática del trabajador por la de simple consumidor y la del ciudadano por la de cliente del *Welfare State*”.<sup>19</sup>

La rearticulación del Estado social, señala Gómez, pasa por una reaparición del principio de solidaridad, ya que una redefinición del sistema capitalista sin este principio conduce a una marginación de los sectores empobrecidos, la que, si bien, puede no desembocar en un conflicto social abierto, ni poner en peligro el nuevo modelo de Estado, tendrá como consecuencia que los beneficios del sistema solo sean disfrutados por un puñado de miembros de la comunidad.<sup>20</sup>

16 OFFE (1988), pp. 141-142.

17 OJEDA (1993), p. 42.

18 PISARELLO (2001), p. 85.

19 DE CABO MARTÍN (1997), p. 226.

20 GÓMEZ (1995), pp. 271- 272.

---

Por lo tanto, el Estado social no puede reducirse a su carácter prestacional sino que debe estar en estrecha conexión con su complemento “democrático”. Hay que precisar, eso sí, que no podemos entender la democracia en términos meramente formales o plebiscitarios, ya que si bien no cabe duda de la importancia del sufragio, sabemos que los procesos electorales no agotan el sistema. Podemos tener una claridad conceptual sobre la democracia, sin embargo, en no pocas ocasiones, gobiernos concretos limitan sus procesos democráticos a las elecciones y a una deliberación modesta en el Congreso. Pisarello aborda con lucidez esta problemática:

[Lo] que se promueve en la mayoría de los casos es una concepción delegativa y plebiscitaria de la democracia reducida a una periódica competición electoral encargada de legitimar la aplicación decisionista de programas que se dirigen a eliminar los controles jurídicos a los poderes privados y a limitar en cambio las posibles garantías de los derechos sociales impulsadas tanto en sede política como en los espacios autónomos surgidos en el seno de la sociedad.<sup>21</sup>

Profundizando la idea, Lovera, a propósito del derecho a protesta, señala:

[Una] democracia representativa resulta posible solo allí donde la autorización va acompañada de un diálogo fecundo entre representantes y representados. El voto solo logra dar cuenta del primero de esos momentos (la autorización), pero es insuficiente para dar cuenta de las complejidades que demanda el diálogo democrático [...]. En efecto, el mecanismo de elecciones es muy tosco (en general votamos respondiendo a eslóganes) e impide que las preocupaciones más específicas sobre una determinada decisión política puedan expresarse.<sup>22</sup>

Si esto es así, el Estado social debe transitar desde su carácter prestacional (y formal) a uno que se funde en un constitucionalismo como “instrumento de auto-contención política, económica, de desaceleración de la acumulación de poderes y de reconstrucción de la solidaridad entre los miembros más vulnerables de la sociedad”.<sup>23</sup> De hecho, el Estado social no es una reacción al Estado liberal sino su necesario complemento, ya que hay un vínculo entre democracia social y democracia política (liberal), entre derechos políticos y sociales. Como plantea Ferrajoli, “existe un nexo axiológico, que consiste en el hecho de que la satisfacción de los derechos sociales asegura los ‘pre-requisitos’ de la democracia política”,<sup>24</sup> ya que en las sociedades contemporáneas, interdependientes, la conexión entre derechos “[representa] un factor indispensable de cohesión social y, por ello, de ese tanto de igualdad material, de reconocimiento recíproco, de solidaridad e identidad colectiva que es asimismo un presupuesto esencial de la democracia política”.<sup>25</sup>

---

21 PISARELLO (2001), p. 90.

22 LOVERA (2014), p. 10.

23 PISARELLO (2001), p. 92.

24 FERRAJOLI (2011), p. 383.

25 *Ibid.*, pp. 383-384.

Tratándose del Estado de Chile, desde la perspectiva de una democracia social existe una deuda en relación a su rol<sup>26</sup> y, a pesar de la relativización operativa de los paradigmas del neoliberalismo descarnado impuesto en Chile hasta 1990, persisten los desafíos desde la perspectiva de una sociedad con mayores niveles de cohesión. Ha habido progresos, no cabe duda; en términos de Fernando Atria, el neoliberalismo de los últimos veinte años ha adquirido rostro humano, pero el Estado de Chile sigue siendo de corte neoliberal.<sup>27</sup> Con todo, ¿qué significa que la cláusula Estado social se encuentre en la constitución? ¿Se trata de una disposición programática? Para contestar a esta pregunta, será clave la aproximación hermenéutica con la que se responda.

Esta cláusula, al figurar en la constitución, excluye una interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales, lo que supone “adecuar el disfrute efectivo de los diferentes derechos a las posibilidades reales de cada sector de la sociedad, reforzando, sí, unas veces su aprovechamiento en referencia a los sectores menos privilegiados, pero también restringiendo otras el alcance de esos derechos (función social de la propiedad) en razón de la posición social prevalente de sus titulares”.<sup>28</sup> Se trata, sin duda, de un desafío de largo aliento. Sin embargo, hay un camino trazado en otras latitudes, donde los resultados de su implementación pueden verse reflejados en diversos indicadores, v.g. PNUD, PISA, inclusión, desigualdad. Por lo mismo, no se trata de experimentar a partir de lo desconocido, sino de observar las experiencias comparadas que han demostrado que con matrices sociales (y en el marco de economías abiertas), es posible una mejora sustantiva de los indicadores de equidad.

## 5. La cláusula del Estado social en la nueva Constitución chilena

En la historia constitucional chilena, no es característica la presencia de un rol social para el Estado. Tal vez, la Constitución de 1925 es la que más se acerca a una constitución con componentes sociales, porque en el caso de derechos específicos tales como el de la propiedad se le otorga a esta última una función social que no se agota en la utilidad pública o el interés general, ya que también se señala como propio de esta función “el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes” (art. 10 N° 10, inc. 2). En el caso de la Constitución vigente, se advierte la influencia de la filosofía cristiana en el capítulo “Bases de la Institucionalidad”. De hecho, esta presencia ha llevado a algunos

26 No es del caso examinar la crisis actual de nuestro modelo de desarrollo, pero algunas luces dan autores que es necesario revisar, especialmente Mayol, Atria o Fuentes. Sobre el punto, véase FUENTES (2012); MAYOL (2012a); MAYOL (2012b); ATRIA (2013); ATRIA ET AL (2013).

27 Un interesante análisis sobre este punto se puede observar en los ejemplos que entrega Atria para justificar esa tesis. Sobre el punto véase ATRIA (2013), pp. 40-53.

28 GARRORENA (1987), p. 102.



---

autores a señalar que en Chile se ha producido una recepción del Estado social,<sup>29</sup> aunque las opiniones al respecto son pocas y no se refieren de manera explícita a la consideración del Estado de Chile como Estado social sino que más bien reflejan un anhelo. No es muy vasto el panorama doctrinal al respecto.

Con todo, la Constitución tiene desafíos de diversa índole. Por de pronto, persisten enclaves autoritarios que hacen difícil los cambios de instituciones que carecen de legitimidad democrática. Me refiero principalmente al régimen de quórum de aprobación de las leyes, rol del Tribunal Constitucional y el mecanismo de reforma a la Constitución. Los pilares en los cuales descansa siguen tan vivos hoy como ayer. “A pesar de todos los cambios que se le han hecho, permanece igual en sus rasgos dogmáticos principales y en sus principios neoliberales y autoritarios. Este rasgo ‘gatopardo’ hace que la Constitución vigente sea la más reformada en la historia de Chile, y al mismo tiempo la más deficitaria en cuanto a su carácter democrático”<sup>30</sup>.

Tal vez la discusión sobre una nueva Constitución, junto con superar el déficit de legitimidad de la actual Carta, permitiría una participación plural en su elaboración y hacer de ella un reflejo de un verdadero acuerdo para la marcha de la República. La actual Carta, sincrética en su apartado dogmático y autoritaria en la configuración del sistema político, no es representativa de la realidad compleja de la sociedad.

En relación a la conexión que existe entre Estado social y las tensiones derecho-economía, conviene recordar que el Estado social es una fórmula que ha estado marcada por el éxito pues ha permitido la convivencia entre economía de mercado y bienestar social. Y no sólo eso: la problemática que le dio origen sigue latente. Si bien es cierto que la economía, su lenguaje y códigos han tratado de explicar los fenómenos de la vida en común, el mero orden espontáneo —*catalaxia* en lenguaje de Hayek— no es el catalizador de una sociedad más igualitaria. Por ello es posible postular que el Estado social, con su caminar a tientas, no sólo no ha perdido eficacia sino que es necesario para responder a los desafíos sociales, especialmente en materia de igualdad y preocupación por los sectores más pobres de la sociedad.

Por lo mismo, en Chile se debe avanzar hacia una definición de la sociabilidad del

---

29 Sobre el punto, véase SOLARI (1993b). Asimismo, pueden revisarse las versiones resumidas de ese trabajo: SOLARI (1997), pp. 11-104; SOLARI (1993a), pp. 333-344 y de CEA (1988); CEA (1983), p. 16; BELMAR (1986), p. 97; VARELA (1984), pp. 385-402; VARELA (1989), pp. 379-390; SILVA (2012), pp. 29-48. En este último caso, a pesar de sostener que la constitución considera un Estado social, su justificación no es muy diferente a la entregada por los autores anteriores.

También podemos señalar a QUINTANA quien defiende la idea de que en la Constitución se consagra el principio de solidaridad, sin embargo, su reflexión, aparte de breve, se limita a una búsqueda de la palabra solidaridad en diferentes normas de la Constitución para concluir que este principio está consagrado explícitamente (en reglas específicas) e implícitamente en las Bases de la Institucionalidad, a pesar de la “dramática ignorancia generalizada de dicho principio como una de las bases de nuestra institucionalidad” QUINTANA (1989), pp. 635-638.

30 CRISTI & RUIZ-TAGLE (2006), p. 137.

Estado, en que esa fórmula cumpla una función que permita la comprensión y actualización de los postulados del Estado.

Si bien la mera definición de la sociabilidad del Estado no asegura el éxito ni una mejora del bienestar de los ciudadanos, el que esté presente en la Carta Fundamental supone un imperativo para todas las fuerzas sociales, pues la vara con la cual se midan las políticas públicas (y sociales) siempre deberá pasar por el examen de la fórmula de la sociabilidad del Estado. Asimismo, como he señalado, no se trata de una fórmula ni retórica ni estática, sino que al estar presente en la puerta de la Constitución, se supone que funda la institucionalidad de la República.

De aceptarse la definición para el Estado de Chile como un Estado social es posible reconocer que ciertos derechos sociales corresponden a todos los ciudadanos. De ahí que exista el imperativo de que la sanidad, el transporte o la educación corresponda a todos las personas que habitan en el territorio de la República, por el hecho de ser personas.

Para el caso de la Constitución Económica, ésta no es neutra, sino hay supuestos que la fundan, entre los que destaca la economía de mercado y un cierto rol para el Estado en la economía. En este caso, los desafíos que debe enfrentar la Carta chilena son varios.

Por de pronto, es necesaria una reinterpretación del principio de subsidiariedad, ya que éste no tiene una sola expresión ni una sola interpretación. El problema radica que en Chile, este principio ha sido interpretado desde su configuración negativa, es decir, un Estado abstencionista, teniendo como soporte las reflexiones contenidas en la Doctrina Social de la Iglesia.

Como señala Bidart, “librar a las propias fuerzas de los particulares y de la sociedad el juego total de las relaciones económicas sin presencia alguna del estado es un canibalismo que no se condice con el significado del principio de subsidiariedad”<sup>31</sup>. Esto no significa liberar a los particulares y las sociedades intermedias de su necesaria iniciativa, en ningún caso. Es más, la iniciativa económica privada, en el marco de una economía de mercado es esencial para el desarrollo y crecimiento de un país. El asunto radica en que la interpretación del principio de subsidiariedad realizado por la corriente iusnaturalista y neoliberal es, como ya lo hemos visto, insuficiente y temerario.

Finalmente, es necesario relativizar la interpretación que se ha dado a la libertad de empresa. No desconozco el carácter de este derecho fundamental para la constitución económica, no obstante, no se trata de un ‘súperderecho’, sino es otro más de los tantos derechos fundamentales que forman parte del sistema chileno. Por lo mismo, es un derecho que presenta ciertos límites, partiendo de los que el mismo art. 19 N° 21 contiene, pero que, además, debe ser entendido dentro del contexto del sistema de derechos fundamentales.

31 BIDART (2002) p. 121.

---

Entonces, no debe olvidarse la tensión dialéctica que existe entre ellos, que no están sujetos a jerarquía sino que sometidos al examen del principio de proporcionalidad.

Este punto es particularmente importante, porque ha existido la tendencia a analizar la libertad de empresa como un derecho aislado, en el que basta la revisión de su estructura interna para delimitar un problema. Un ejemplo es el que se dio a propósito de la ley de prensa, en la que para proteger el pluralismo informativo como parte del derecho que tienen los ciudadanos a ser informados, el legislador estableció ciertos límites a la propiedad de los medios de comunicación. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional las disposiciones que establecían esas limitaciones, porque era un atentado a la libre iniciativa económica. Si bien es más larga la fundamentación, lo que el Tribunal Constitucional ignoró es la relación —y tensión— entre derechos, cuestión medular para resolver en la actualidad cualquier conflicto entre derechos.

Por tanto, la libertad de empresa es un derecho fundamental, ni más ni menospreciado que los otros derechos que contiene la Constitución y otros cuerpos normativos.

La fuerza del Estado social se transmite a lo largo de una constitución, siendo esta cláusula un freno a los excesos liberales que anhelan colonizar todos los espacios de la realidad. El interés general, en conexión con los fundamentos sociales en los que se funda la constitución, permite la protección de derechos sociales que pueden ser afectados por un ejercicio desmedido de la libertad de empresa, ya que todas las esferas sociales, incluso sectores sensibles como la educación, sanidad, sistema de pensiones, transporte, etc., pueden ser entregados a la pura iniciativa privada. El problema reside en que esa transferencia no garantiza un sistema justo y ni siquiera más eficiente.

## **6. Algunos comentarios finales**

Reflexionar sobre el Estado social no es novedoso, ni siquiera original. Ríos de tinta han corrido en otras latitudes tratando esta materia, sin embargo, en Chile, esta reflexión sigue siendo necesaria. Debemos avanzar hacia una definición expresa de la sociabilidad del Estado, en la que la fórmula “Estado social” cumpla una función que permita la comprensión y actualización de los postulados del Estado.

Si nuestra Constitución llegase a afirmar que el Estado de Chile es un Estado social (y democrático), una definición de esa naturaleza no estaría ahí de modo estático sino que habría de suponer una mutación significativa en torno al rol que cabe al Estado en la economía. No se trata de una involución a modelos de planificación central, pero sí de poner de relieve que el Estado no solo vela subsidiariamente. Hay sectores de la economía que bien pueden sustraerse de la competencia sin afectar los indicadores macro económicos y, con seguridad, esto significaría un aumento del Producto Interno Bruto, de los niveles de integración social, del desarrollo humano, etc. Algunos sectores donde debería operar

una regulación eficaz son el transporte público, la industria de farmacias, la educación, el sistema de salud y la previsión social.

Es cierto que todas las esferas sociales pueden ser objeto de análisis económico y en todas ellas puede regir el mercado, sin embargo, esto no significa que mejore la vida en común. Chile está en condiciones de dar un salto al desarrollo, pero este no llegará si no viene acompañado de mejoras en los índices de desarrollo humano. Para que esto sea posible es necesaria la actuación de un Estado que canalice las demandas sociales, porque en la dialéctica Estado-sociedad que se decanta hacia una relación horizontal y de interacción recíproca, no serán ni la beneficencia pública ni la virtud ciudadana las que permitirán que se hagan operativos los anhelos del Estado social, sino las políticas efectivas, que suponen la interacción de lo privado y lo público.

No niego la relevancia de la economía de mercado como sistema económico. Sin embargo, insisto, no todo puede ser mercantilizado, especialmente porque el desarrollo de los derechos sociales no se produce con la pura liberalidad (y asistencialidad). Este desarrollo conforma un ámbito propio y singular en el cual debe desplegar su fuerza un Estado, porque producir una mejora en las condiciones de vida de los menos favorecidos supone implementar políticas sociales en que él pueda intervenir de manera directa.

Chile ha sido un precursor en la implementación de un modelo neoliberal que ha ido ganando fuerza y adeptos en diversas parte del mundo. Los desafíos del empuje neoliberal son cuidar las políticas que protegen el tejido social y no olvidar que como sociedad debemos aspirar a una equiparación en las condiciones de vida de los menos favorecidos. No se trata de una defensa de un sistema de igualdad real, pero sí de promoción y de movilidad social de los pobres. Como señala Álvarez-Uría, “es preciso supeditar el mercado autorregulado a los imperativos democráticos del Estado social”;<sup>32</sup> al respecto, en Chile, existe una deuda enorme. El costo social que supuso la implementación de los postulados neoliberales tardó años en repararse y quienes lo asumieron fueron, principalmente, los más pobres. Si bien, en los últimos veinte años ha habido progresos desde la perspectiva del desarrollo humano, ello ha sido posible gracias a la matización de las radicales políticas económicas vigentes durante la dictadura militar.<sup>33</sup>

Es cierto que el problema de las desigualdades sociales es un tema complejo. No está claro que si los individuos son puestos en situación de igualdad de oportunidades, el desarrollo personal y la superación de la pobreza dependan del esfuerzo y empeño de cada uno. Tras ese postulado se esconde un voluntarismo que es desmentido por la realidad.

No obstante, dado que los pobres existen y no lo son por opción sino más bien por dificultades en la estructura de la sociedad, es el Estado el encargado de generar políticas

32 ÁLVAREZ-URÍA (2002), p. 23.

33 OTTONE & VERGARA (2007), pp. 80-90.

---

redistributivas, porque los criterios mercantiles por sí solos se muestran incapaces de producir mejores resultados en los indicadores de desarrollo humano. Por tanto, dotar a los derechos sociales de contenido material supone una visión en cuanto al rol del Estado. Y esta visión es una opción política.

Así como los derechos civiles y políticos son conquistas culturales, lo mismo ocurre con los derechos sociales que, por su particular contenido, precisan la acción positiva del Estado. La intensidad de la actuación estatal dependerá de la cosmovisión con la cual se construya la sociedad, partiendo de la base de que debe tratarse de una sociedad ordenada, estable y con altos niveles de probidad y transparencia, requisitos que son difíciles de reunir, pero que constituyen las condiciones para que la ‘encarnación’ de un Estado social sea una posibilidad y no una utopía o una declaración programática de la constitución. Por ello, comparto lo que señala Díaz: “utopías de ayer son, no siempre pero sí en muchos casos, realidades hoy. Y tampoco es algo ‘neutro’, o producto del mero azar, que unos derechos hayan logrado, en la historia y/o en la actualidad, plena protección judicial (propiedad) y otros, por el contrario, no la hayan alcanzado (todavía) con ese mismo rigor (por ejemplo, el trabajo)”.<sup>34</sup> El Estado social puede parecer, en estos momentos, un anhelo, pero su incorporación a una nueva Constitución y su implementación dependerán de las opciones políticas que hagamos como comunidad.

## **Bibliografía**

ABENDROTH, Wolfgang Et Al (1986): *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ÁLVAREZ-URÍA, Fernando (2002): “Estado social versus neoliberalismo”, *Acciones e investigaciones sociales*, Nº 16, Diciembre.

ATRIA, Fernando (2013): *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, Catalonia, Santiago.

ATRIA, Fernando et al (2013): *El otro modelo*, Santiago, Debate.

BACHELET, Michelle (2014-2018): Programa de Gobierno 2014 – 2018. Disponible en <<http://michellebachelet.cl/programa/>> [fecha de visita, 26 de marzo de 2014].

BALAGUER, Francisco (2002): “El estado Social y democrático de derecho, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social”, José Monereo Pérez (Coord.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comenares, Granada.

BALLESTEROS, José Manuel (1980): “Los principios básicos de la Constitución (I): El estado

---

34 DÍAZ (2002), p 101.

Social y democrático de Derecho”, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia.

BASSA, Jaime (2008): *El Estado Constitucional de Derecho. Efecto sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, LexisNexis, Santiago.

BELMAR, Francisco (1986): *El Estado Social de Derecho en el constitucionalismo nacional y comparado*, Memoria de Prueba, Pontificia Universidad Católica, Santiago.

BIDART CAMPOS, Germán (2002): “La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, *Cuestiones Constitucionales*, N° 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid.

CEA, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica, Santiago.

\_\_\_\_\_ (1983): “Garantías constitucionales en el Estado social de derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 10, N° 1, Pontificia Universidad Católica.

CRISTI, Renato & Pablo RUIZ-TAGLE (2006): *La República en Chile*, Santiago, LOM.

DE CABO MARTÍN, Carlos (1997): *Contra el consenso. Estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del estado social*, Instituto de investigaciones jurídicas/UNAM, México D.F.

DÍAZ, Elías (2002): “Estado de derecho y legitimidad democrática”, Elías Díaz & José Colomer (Eds.) *Estado, justicia y derechos*, Alianza, Madrid.

FERRAJOLI, Luigi (2011): *Principia Iuris*, Vol. 2. *Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid.

FUENTES, Claudio (2012): *El Pacto*, Universidad Diego Portales, Santiago.

GARCÍA-PELAYO, Manuel (1989): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.

GARRORENA, Ángel (1987): *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid.

GONZÁLEZ, Beatriz (2002): *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas-Universidad de Vigo, Madrid.

HÄBERLE, Peter (2002): *Pluralismo y Constitución*, Tecnos, Madrid.

JORDÁN, Tomás (2006): “La protección de los derechos sociales: modelos comparados de

---

tutela jurisprudencial (España y Chile)”, *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 10, Universidad Alberto Hurtado.

LOVERA, Domingo (2014): *Derecho a la protesta en la Constitución de 1980 (de 1989 y de 2005)*, inédito.

MAYOL, Alberto (2012a): *El derrumbe del modelo*, LOM, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2012b): *No al lucro*, Debate, Santiago.

OJEDA, Alfonso (1990): *El contenido económico de las Constituciones modernas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

\_\_\_\_\_ (1993): *Estado social y crisis económica*, Complutense, Madrid.

OFFE, Claus (1988): *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid.

OTTONE, Ernesto & VERGARA, Carlos (2007): “La desigualdad social en América Latina y el caso chileno”, *Estudios Públicos*, N° 108.

PECES-BARBA Martínez, Gregorio (2004): *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson, Madrid.

PÉREZ-LUÑO, Antonio (2004): *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.

PISARELLO, Gerardo (2001): “Del Estado Social legislativo al Estado Social constitucional: por una protección compleja de los derechos”, *Isonomía*, N° 15.

RITTER, Gerhard (1991): *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.

ROOSEVELT, Franklin (1999): *Great Speeches*, Dover Publications, New York.

RUBIO, María Josefa (1991): *La formación del Estado Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.

SILVA, María Pía (2012): “El Estado social de derecho en la Constitución chilena”, Gonzalo Aguilar (Coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, Santiago.

SOLARI, Enzo (1997): “Para un concepto del Estado social de Derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 42.

\_\_\_\_\_ (1993a): “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 2-3, Pontificia Universidad Católica.

\_\_\_\_\_ (1993b): *El Estado social de Derecho y su recepción en Chile*, Memoria de Prueba, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso.

VARELA DEL SOLAR, Jorge (1984): “Estudio sobre el artículo primero de la Constitución de 1980”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 11, Nº 2-3.

\_\_\_\_\_ (1989): “Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 16, Nº 2.



---

## EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD: UNA MIRADA *EX ANTE*

Matías Guilloff Titium

### Introducción

Como todo derecho fundamental, el derecho a la propiedad privada opera como límite a las decisiones que adopten las mayorías en el Congreso Nacional. Si es el caso que el Congreso aprueba una ley que un individuo estima que atenta contra su derecho a la propiedad privada, este puede impugnar la constitucionalidad de esa ley —o mejor dicho, de la disposición específica de esta que lesiona su derecho a la propiedad privada— ante el Tribunal Constitucional. Como queda en evidencia, el derecho fundamental a la propiedad privada opera como una restricción *ex post* a la aprobación de disposiciones que un privado considere que atentan contra este. Puesto de otro modo, el derecho fundamental a la propiedad privada no impide la *aprobación* de leyes que puedan afectarlo, pero puede impedir, siempre y cuando el Tribunal Constitucional así lo disponga, la pretensión del Estado de *aplicar* a un individuo esa ley una vez que ha sido aprobada. Si así son las cosas, queda en evidencia que *por sí solo* el derecho a la propiedad privada no tiene la virtud de impedir la aprobación de leyes que puedan afectarlo.

Sin embargo, cuando se analiza nuestra práctica legislativa se puede apreciar que durante los debates no son pocos los parlamentarios que argumentan que una disposición atenta contra este derecho y lo que muchas veces termina sucediendo es que esa disposición —al menos en los términos en que originalmente había sido formulada— no se aprueba. Buena evidencia de esto es lo que ha sucedido hace pocos meses con el debate relativo a la reforma tributaria. Algunos aspectos del protocolo de acuerdo —y de las indicaciones que consiguientemente introdujo el Ejecutivo al proyecto de ley— se fundamentaron precisamente en la alegación de que ciertas disposiciones del proyecto de ley original atentaban en contra del derecho a la propiedad privada.<sup>1</sup> ¿Cómo es posible que esto suceda si el derecho a la propiedad privada opera como límite *ex post* a las decisiones de las mayorías parlamentarias?

La respuesta a esta pregunta ilustra el argumento que desarrollaré en esta presentación: la regulación sustantiva del derecho fundamental a la propiedad privada no es la única ni la más efectiva manera en que una Constitución protege este derecho;

1 Véase LARRAÍN, “Impuestos sobre rentas atribuidas”, *Diario Financiero*, 14 de mayo del 2014. Disponible en <<https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/luis-larrain/impuestos-sobre-rentas-atribuidas/2014-05-14/221828.html>>

---

la Constitución protege la propiedad fundamentalmente a través de disposiciones orgánicas que refieren a procedimientos para tomar decisiones que tengan la aptitud de afectarla. De esto se sigue que lo que incide mayormente en el balance entre la protección a la propiedad privada y el establecimiento de límites públicos a esta no es el contenido sustantivo de la cláusula de propiedad, sino que las reglas que determinan el procedimiento que ha de seguirse para aprobar disposiciones que deberían balancear estos valores en pugna. Puesto en términos concretos, pocas serán las limitaciones que el legislador podrá imponer a la propiedad privada en razón de su función social si la regulación del proceso legislativo en la Constitución hace demasiado gravosa la aprobación de leyes. En otras palabras, aun cuando, de acuerdo a lo establecido en la cláusula relativa a la propiedad privada, el legislador esté habilitado para establecer limitaciones a esta, ellas difícilmente se podrán establecer si hacerlo es demasiado costoso.

Como se podrá intuir, el problema que se está analizando se presenta en la Constitución de 1980, en cuanto que la regulación del proceso legislativo que ella establece fue diseñada precisamente para tornar improbable cualquier alteración del *statu quo*.<sup>2</sup> Efectivamente, para ello se escogieron varios mecanismos: un sistema electoral bien preciso —el sistema binominal—, la exigencia de quórum supramayoritarios para la aprobación de leyes que versaran sobre materias consideradas como trascendentales y un procedimiento que contempla la intervención —facultativa u obligatoria— de otra institución diversa a los órganos colegisladores en la aprobación de las leyes (el Tribunal Constitucional).

Para desarrollar este argumento, en la parte I describiré la manera en que los mecanismos antes aludidos protegen el derecho a la propiedad privada. Luego, en la parte II, ilustraré cuán efectivas han sido estas disposiciones para bloquear la aprobación de normas en proyectos de ley que puedan tener una incidencia significativa en el derecho a la propiedad privada. Para ello, analizaré el impacto de estos mecanismos en los debates sobre reformas en materia de recursos naturales, sin perjuicio de que el efecto protector de estos mecanismos sobre el derecho a la propiedad privada trasciende largamente el ámbito de estos recursos. En la parte III analizaré la relación existente entre estos mecanismos que protegen la propiedad privada *ex ante* y aquellos contenidos en la regulación sustantiva del derecho a la propiedad privada que apuntan a su protección. Argumentaré que la regulación sustantiva del derecho a la propiedad privada debiese ser sensible a la existencia de los citados mecanismos para que haya una regulación constitucional equilibrada de la propiedad privada. Al concluir enfatizaré, una vez más, la importancia de analizar con detenimiento la incidencia de estos mecanismos en el delicado balance entre estabilidad y cambio que la cláusula constitucional de propiedad está destinada a preservar.

---

2 Véase BAUER (1998), pp. 11, 12 y 19; LONDREGAN (2007), p. 51 y COUSO et al (2011), p. 35.

## I. El proceso legislativo y la propiedad privada

Como se ha señalado, la dictación de la Constitución de 1980 se explica por la necesidad de establecer instituciones que protegieran el *statu quo*, tornando improbable un retorno al socialismo y a la interferencia de los derechos individuales. En términos de Barros, lo que se quiso evitar fue que un Gobierno pudiera utilizar la Constitución y legalidad en contra del *status quo*.<sup>3</sup> Es que para Jaime Guzmán —qué duda cabe, el gran ideólogo de la Constitución de 1980— la crisis de 1973 y sus síntomas más evidentes —desde su perspectiva, las intervenciones sobre la propiedad privada que sucedieron durante la administración de Salvador Allende— surgieron desde adentro;<sup>4</sup> esto es, como consecuencia de la implementación de los programas de gobierno de los candidatos presidenciales que resultaron electos. En vista de lo anterior, puede entenderse perfectamente por qué Jaime Guzmán señaló en el año 1979 que la nueva Constitución impediría que las elecciones incidieran en la forma de vida del país.<sup>5</sup> Para lograr ese objetivo —cuya consecución no parece tan fácil de buenas a primeras— Guzmán y la Comisión Ortúzar recurrieron al diseño institucional, centrando sus esfuerzos en aquella institución cuyo objetivo es precisamente establecer modificaciones al *statu quo*: el Congreso Nacional.

Lo que se hizo específicamente fue establecer una serie de mecanismos que constriñeran la aprobación de modificaciones al *statu quo* por el Congreso Nacional. La creación e imposición de esos mecanismos se encontraba en perfecta sintonía con el ideario neoliberal que inspiró el texto constitucional de 1980. Aun cuando el pensamiento neoliberal reconocía al proceso político la capacidad de introducir cambios legales de manera pacífica, se manifestaba contrario a que esos cambios se impusieran centralizadamente por procesos políticos.<sup>6</sup> Ello por cuanto estimaba que la democracia terminaba siendo un foro alternativo al mercado en donde se manifestaría la inevitable lucha por decidir “quién obtiene qué, cuándo y cómo”.<sup>7</sup> Como consecuencia de esto, la democracia aparecía como un medio que podía llevar a ejercicios arbitrarios del poder.<sup>8</sup>

Si esto es así, si la democracia podía producir consecuencias como esta, se sigue que el producto primario del proceso político, la legislación, podría ser contrario a la ley. Para entender este punto resulta crucial tener presente la particular manera en que Hayek entiende la ley. En el pensamiento de este autor la ley es coetánea con la sociedad, puede ser empleada para referirse tanto a las regularidades naturales como

3 Véase BARROS (1996), p. 243.

4 *Ídem.*, p. 244.

5 Véase LASSO (2011), p. 189.

6 Véase CRISTI (2011), p. 66.

7 Véase MELLER (1996), p. 280.

8 *Ibid.*, p. 281.

---

a la conducta humana, y existe independientemente de la voluntad.<sup>9</sup> Una implicancia lógica de esto es la abierta contradicción en que se encuentra esta aproximación a la ley con aquella según la cual toda ley que regula la conducta humana es ley legislada.<sup>10</sup> En la obra de Hayek esta contradicción se materializa en la formulación de la distinción entre *Ley y Legislación (Law and Legislation)*, de la cual se deduce una serie de consecuencias para el diseño del proceso legislativo, precisamente para evitar que la *legislación* altere la *ley* que la antecede.<sup>11</sup>

Los mecanismos que la Constitución de 1980 establece en el diseño del proceso legislativo reflejan la desconfianza hayekiana de la legislación. Partamos por analizar el caso del sistema electoral binominal. Como la literatura de la ciencia política que ha estudiado el caso chileno lo señala, este sistema electoral puede ser visto como un mecanismo que utilizaron los redactores de la Constitución para diluir el voto de sus opositores ideológicos,<sup>12</sup> de manera tal que estos no pudiesen obtener la representación que se requiere para aprobar legislación en el Congreso. Esto, en la medida en que aun cuando los candidatos opositores al proyecto político de la dictadura recibieran más votos que aquellos candidatos que lo apoyaran, muy probablemente uno de los últimos resultaría igualmente electo. Esta estructural probabilidad de representación que el sistema binominal ofrece a los que apoyan el proyecto político de la dictadura se torna aún más relevante en el contexto de un proceso legislativo en que la aprobación de leyes sobre las materias más importantes requiere quórum supramayoritarios.

Los aludidos quórum supramayoritarios se establecen para elevar los costos de modificar el *statu quo* hasta el punto de tornarlo improbable. Esta improbabilidad aumenta en la medida en que las materias en que estos quórum resultan aplicables no se encuentran predeterminadas con precisión. Como lo demuestra la vacilante jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre la materia, solo a la hora de adjudicar una controversia concreta se puede determinar si un tema específico se inserta dentro del ámbito cubierto por una ley de quórum supramayoritario.<sup>13</sup> Esta falta de certeza redundante en provecho de los que defienden el *statu quo*, dado que siempre es posible plantear *ex ante* el argumento de que la aprobación de una regulación sobre un determinado tema requiere un quórum supramayoritario. Más aún si, como sucede en el proceso legislativo chileno, la disputa que origina ese argumento puede ser resuelta por un Tribunal Constitucional cuyas decisiones resultan vinculantes sobre el Congreso.

---

9 Véase CRISTI (2011), pp. 67-68.

10 *Ibid.*, p. 68.

11 *Ibid.*, p. 67.

12 Véase LONDREGAN (2007), p. 187.

13 Sobre este punto en general véase SOTO & BUCHHEISTER (2005), SIERRA (2011), CORREA (2005), pp. 489-504 y ZAPATA (2008), pp. 411-442.

La *posibilidad* de revisión preventiva de los proyectos de ley por parte del Tribunal Constitucional es el tercer mecanismo que la Constitución de 1980 ofrece para resguardar el *statu quo* frente a la aprobación de legislación. Se debe enfatizar aquí que lo que más dificulta en la práctica la aprobación de legislación que lo altere no es la *intervención efectiva* de este órgano, sino que la *sola posibilidad* de que esta ocurra. La Constitución de 1980 se encarga de hacer que esta posibilidad se encuentre siempre latente en los casos en que un proyecto de ley en discusión amenace el *statu quo*. Para ello permite que a muy bajo costo puedan presentarse estos requerimientos ante el Tribunal Constitucional —recuérdese que para ello solo se exige que el requerimiento sea firmado por una cuarta parte de los miembros de cada Cámara—. El efecto que esta posibilidad suele acarrear es que permite a los defensores del *statu quo* amenazar con la presentación de un requerimiento cada vez que un proyecto de ley contempla una modificación que consideren adversa a sus intereses. Y si la aprobación de esa modificación es imperiosa para el Gobierno, este se ve forzado a morigerar el impacto sobre el *statu quo* de la reforma en discusión,<sup>14</sup> lo que generalmente implica sacrificar el cumplimiento de los objetivos que se procura alcanzar por medio de esa modificación, dado que supone reducir el ámbito de aplicación del proyecto de ley en cuestión.

Como se puede apreciar, el proceso legislativo torna excesivamente costoso alterar el *statu quo*. Cabría preguntarse, sin embargo, por qué esto que aplica de manera general a cualquier proyecto de ley habría de tener un impacto tan decisivo sobre la protección del derecho a la propiedad privada. Son las funciones que típicamente se le asignan al derecho de propiedad las que explican esta cuestión. Como lo reseña la literatura, este derecho garantiza la estabilidad que requiere la realización de inversiones en una economía de mercado.<sup>15</sup> De ahí que suela señalarse que este derecho tiene una dimensión anti redistributiva,<sup>16</sup> en la medida en que fija un límite al impacto que pueden tener las modificaciones que de tiempo en tiempo el proceso político introduce para responder a nuevas demandas sociales, precisamente para resguardar esa *relativa* estabilidad que el funcionamiento de una economía de mercado requiere.<sup>17</sup> Es por ello que no puede parecer extraño que el derecho a la propiedad privada termine siendo especialmente protegido en un sistema legal cuyo proceso legislativo ha sido diseñado para preservar el *statu quo*: en la medida en que más se dificulta la aprobación de cualquier modificación a este, en mayor grado se satisface la estabilidad que la protección de la propiedad privada requiere. Evidentemente, esto tiene un límite: después de un cierto punto, la inhabilidad del proceso político para introducir alteraciones al ejercicio del derecho a la propiedad privada, que se materializa en omisiones regulatorias, acaba paradójicamente por afectar el ejercicio de este derecho por parte de otros propietarios.

14 Véase STONE SWEET (1998), pp. 329-330.

15 Véase ROSE-ACKERMAN (1988), pp. 1701-1702.

16 Véase MICHELMAN (1987), p. 1319.

17 Véase ROSE-ACKERMAN (1988), pp. 1701-1702.

---

En suma, cualquier modificación legal susceptible de afectar el derecho a la propiedad privada se debate en un procedimiento que ha sido diseñado para tener una tendencia al veto. Efectivamente, un proyecto de ley en esta materia podrá resultar vetado tanto por la falta de los votos necesarios para su aprobación —producida generalmente por la conjunción del sistema binominal con la exigencia de quórum supramayoritarios—, como por una declaración de inconstitucionalidad de una disposición crucial para el esquema regulatorio que la modificación legal en cuestión pretende establecer, efectuada por el Tribunal Constitucional. Esta tendencia del procedimiento de decisión tiene una especial incidencia en la protección del derecho a la propiedad privada, en cuanto propende a asegurar la estabilidad que ese derecho, hasta un cierto punto, requiere. En las líneas que siguen demostraré cómo estos mecanismos llevan a que el proceso legislativo proteja el derecho al que hemos venido aludiendo.

## II. El debate legislativo sobre proyectos de ley en materia de recursos naturales

No cabe ninguna duda que la Constitución de 1980 permite, al menos en teoría, la aprobación de límites al derecho a la propiedad privada cuando el fundamento de estos es la protección del medio ambiente. En primer lugar, el art. 19 N° 24 inc. 2 permite establecer límites al derecho a la propiedad privada en la medida que estas tengan por objeto el resguardo de la función social de este derecho, uno de cuyos elementos es precisamente la conservación del patrimonio ambiental. Luego, el art. 19 N° 8 inc. 2 también permite el establecimiento de restricciones específicas a derechos y libertades, siempre y cuando el objeto de estas sea la protección del medio ambiente. Sin embargo, como se podrá apreciar en los debates legislativos sobre reformas en materia de recursos naturales que se describen a continuación, estas disposiciones no conducen al establecimiento efectivo de limitaciones al derecho a la propiedad privada. La razón por la que esto sucede es por lo difícil que resulta aprobar legislación en el proceso legislativo regulado por la Constitución de 1980, dada la incidencia de los tres mecanismos a los que se ha hecho alusión.

El primero de los debates legislativos que resulta ilustrativo para estos efectos es el de la Ley de Pesca del año 1990. Los mecanismos de veto establecidos en la Constitución de 1980 jugaron un importante rol impeditivo para la aprobación de límites de acceso que se pretendía establecer. Para entender cómo se llegó a que ellos operaran es necesaria una somera descripción del aspecto que suscitó la discrepancia en el proceso legislativo: el impacto que el cambio regulatorio en debate podría tener sobre el *statu quo* y la propiedad privada. Tomando en cuenta la delicada situación en la que se encontraba una parte importante de las pesquerías del país en ese instante, el proyecto de ley procuraba limitarles el acceso, otorgándoselo únicamente a aquellos agentes que resultaran beneficiados con la asignación de cuotas de pesca.<sup>18</sup>

Como se podía esperar, fue precisamente la asignación de estas cuotas lo que

---

18 Véase PEÑA (1997), p. 268.

generó la controversia. La normativa en debate establecía que estas debían asignarse a aquellos agentes de una zona geográfica que registraran el mayor número de capturas en los años anteriores al debate legislativo.<sup>19</sup> Dado el nivel de sobreexplotación existente en las pesquerías del norte, este criterio resultaba altamente perjudicial para los armadores industriales de esta zona que en ese momento aspiraban a trasladarse hacia el sur (donde aún las pesqueras no habían llegado ).<sup>20</sup> Una vez aprobada la ley, solo podrían trasladarse si lograban que los armadores industriales que habían resultado beneficiados con la asignación de cuotas en el sur se las vendieran —lo que era altamente improbable—.

La Cámara de Diputados aprobó el proyecto en los términos arriba explicados. Fue en ese momento que los legisladores que representaban los intereses de los armadores industriales del norte diseñaron una estrategia, que resultó ser sumamente efectiva, basada en los mecanismos que hemos analizado: presentar un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, alegando —entre otras cosas— el incumplimiento de una exigencia de quórum supramayoritario en la aprobación del proyecto de ley por parte de la Cámara de Diputados. Se alegó que la limitación de acceso asociada a la asignación de cuotas que se buscaba establecer afectaba la libertad para adquirir toda clase de bienes (consagrada en el art. 19 N° 23 de la Constitución), por lo que debió haber sido aprobada por un quórum de ley de quórum calificado, en vez de uno de ley común (quórum por el cual la Cámara de Diputados había aprobado la respectiva limitación de acceso).<sup>21</sup>

El argumento era de suyo discutible, en la medida en que bien se podría plantear que lo único que hacía la disposición era regular un modo de adquirir el dominio —para este caso, la ocupación—, por lo que conforme al art. 19 N° 24 inc. 2 de la Constitución bastaba un quórum de ley común para aprobarla.<sup>22</sup> No obstante, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento. Es importante notar que con ello no solo quedó sin efecto la limitación de acceso originalmente aprobada por la Cámara de Diputados, sino que también se elevó el quórum para poder establecer reglas que limitaran el acceso a los recursos pesqueros. Como consecuencia de esta decisión y de la distorsión que el sistema binominal generaba en la representación de intereses en el proceso legislativo, el Gobierno ya no tenía los votos para aprobar esta normativa, y tuvo que optar por un esquema alternativo cuyo impacto regulatorio para los agentes pesqueros fue menor,<sup>23</sup> pero que resultó ser altísimo para los ya entonces

19 *Ibid.*, pp. 266-268.

20 *Ibid.*, p. 267.

21 Véase Rol N° 115 (1990).

22 Véase Rol N° 115 (1990).

23 Véase PEÑA (1997), p. 269.



---

sobreexplotados recursos pesqueros.<sup>24</sup>

El segundo debate legislativo que ilustra mi argumento es aquel sobre la reforma al Código de Aguas, que se extendió por cerca de trece años en el Congreso.<sup>25</sup> La idea central de esta reforma era adoptar una serie de medidas que permitieran restituir a las aguas el carácter de bien nacional de uso público.<sup>26</sup> La principal de estas medidas era el establecimiento de la regla de la caducidad por no uso de los derechos de agua. Esta regla buscaba incentivar la efectiva utilización de los derechos de agua, dado el alto nivel de especulación que la inexistencia de incentivos para el uso efectivo de las aguas en el Código de Aguas de 1981 había generado.<sup>27</sup> Por regla general, su efecto práctico era generar la pérdida de aquellos derechos de aguas cuyo titular no los usara efectivamente dentro del plazo de cinco años o aquel que se señalara en la respectiva concesión.<sup>28</sup>

Tan solo algunos meses después, sin que el proyecto fuera siquiera discutido en general, el Gobierno presentó una indicación sustitutiva. Dicha indicación prescindía de la caducidad por no uso para el caso de aquellos derechos que en esa fecha ya se encontraban constituidos, contemplándola únicamente para el caso de los que se otorgasen una vez que hubiese entrado en vigencia el proyecto de ley en discusión.<sup>29</sup> La historia legislativa no da mayores indicios de las razones que llevaron al Gobierno de la época a adoptar tal determinación. Fuentes secundarias, sin embargo, dan cuenta de la feroz oposición que se montó en contra de esta ley por considerar que atentaba contra del derecho a la propiedad privada.<sup>30</sup> Estas fuentes apuntan, además, a que el Gobierno no contaba con los votos del Senado necesarios para aprobar esta reforma.<sup>31</sup> En ese entonces, esta carencia de votos era la consecuencia directa del subsidio que el sistema binominal le prestaba a la representación de la oposición en el Senado.

Algunos años después el Gobierno optó por desistir completamente de la caducidad por no uso, la que fue sustituida por un novedoso mecanismo denominado patente por no uso.<sup>32</sup> Se trataba de un mecanismo bastante más amigable con el *statu quo*, en la medida que bajo este la no utilización de los derechos de aguas dentro de un plazo no llevaba a su pérdida, tan solo generaba el deber de pagar una patente y únicamente en el caso de que esta no se pagara, se podría producir la pérdida. No

---

24 Véase MELLER, *Op. Cit.*, p. 278.

25 Véase Boletín N° 876-09.

26 Véase Historia Legislativa de la Ley N° 20.017, p. 6.

27 *Ibid.*, p. 5.

28 *Ibid.*, p. 11.

29 *Ibid.*, p. 17.

30 Véase BAUER (2004), p. 57.

31 *Ibid.*, p. 66.

32 Véase Historia Legislativa de la Ley N° 20.017, p. 22.

obstante que sus impactos sobre el *statu quo* eran mucho menores en comparación a aquellos de la caducidad, la patente por no uso fue objeto de un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, que finalmente fue rechazado.<sup>33</sup> Este resultado no debiese parecer sorprendente, considerando que se trataba de una intervención sobre el *statu quo* mucho más modesta que la originalmente propuesta. Sin embargo, no obstante lo reducido que eran sus impactos regulatorios, la patente por no uso tuvo que ser discutida en el Senado por alrededor de ocho años para poder ser finalmente aprobada. El “factor binominal” es el que explica tan dilatada discusión: en virtud del efecto que este sistema electoral producía sobre la representación de la oposición en el Senado, el Gobierno seguía sin contar con los votos para aprobar este proyecto.<sup>34</sup> Más allá de esto, la historia legislativa da cuenta de que para lograr la aprobación del proyecto el Gobierno debió hacer varias concesiones. Una de ellas fue la reducción de la progresión de la patente con el curso de los años. Con el objeto de desincentivar la especulación con los derechos de aguas no consuntivos en el mercado hidroeléctrico, el proyecto de ley había establecido que luego de diez años de no uso el valor de la patente aumentaría veinticinco veces.<sup>35</sup> Sin embargo, ese esquema de progresión fue reducido, disponiéndose que al cabo del aludido lapso el valor de la patente aumentara solo cuatro veces.<sup>36</sup> En palabras del Subsecretario de Obras Públicas de la época, ello obedeció a la posibilidad de que el esquema de progresión primitivamente contemplado fuese declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional.<sup>37</sup> Como se puede apreciar, fue *la sola posibilidad* de que la disposición fuera declarada inconstitucional la que llevó a morigerar los impactos regulatorios sobre el derecho a la propiedad privada de la reforma en debate.

### III. El estatuto constitucional de la propiedad y la regulación del proceso legislativo

Estos debates legislativos muestran de manera nítida que la posibilidad misma de que se dicte una regulación que afecte el derecho de propiedad se encuentra protegida *ex ante* mediante el diseño constitucional del proceso legislativo. En otras palabras, el diseño del proceso legislativo tiende a impedir, haciendo estructuralmente improbable, la dictación de una regulación que afecte el derecho de propiedad. La razón por la que esto sucede no es difícil de explicar y se relaciona con las restricciones institucionales bajo las cuales el Congreso interpreta la Constitución de 1980.

En casos como los descritos, el Congreso Nacional interpreta los derechos fundamentales en conflicto bajo las restricciones institucionales establecidas en el diseño del proceso legislativo. Decide si ha de priorizarse la propiedad privada

33 Véase Rol N° 260 (2007).

34 Véase BAUER (2004), p. 66.

35 Véase Historia Legislativa de la Ley N° 20.017, pp. 35-36.

36 *Ibid.*, p. 928.

37 *Ibid.*

---

ante la propiedad pública (para el caso de las aguas) o la libertad para adquirir toda clase de bienes ante la preservación de la naturaleza (para el caso de la pesca), en un procedimiento donde muchas de sus decisiones sustantivas corren el riesgo de ser vetadas. Esto muestra un punto crucial en el sistema legal chileno: que los derechos no solo se interpretan *ex post*, por los jueces, sino que primordialmente *ex ante*, por el Congreso. Este último hace esta interpretación en el contexto de un proceso legislativo donde rige un sistema electoral que subsidia la representación de la minoría, en el que respecto a ciertas cuestiones cruciales aplica una regla más exigente que la de mayoría simple, y en donde siempre está abierta la posibilidad de que intervenga otro órgano al que se le reconoce poder suficiente para incluso declarar la inconstitucionalidad de lo que ahí se está discutiendo. En suma, el Congreso chileno interpreta la Constitución a través de un procedimiento que tiene una tendencia al veto —si el sistema electoral binominal o los quórums no vetan un proyecto, lo puede hacer el Tribunal Constitucional—. Esta tendencia al veto resulta especialmente favorable para el resguardo de un derecho que siempre requiere más o menos estabilidad: el derecho a la propiedad privada.

El hecho de que el proceso legislativo pueda ser la mejor defensa de esa estabilidad que la protección de la propiedad privada supone, debiese tener alguna incidencia en una hipotética oportunidad de reformular el estatuto de la propiedad en una nueva Constitución. En particular, debiera llevar a que ese estatuto se estableciera considerando el rol que se espera que la regulación del proceso legislativo cumpla en la protección de la propiedad privada. En otras palabras, un nuevo estatuto constitucional de la propiedad no debiese ser diseñado en abstracto, sin tomar en cuenta el rol que juega el procedimiento precisamente en el debate de esos cambios regulatorios que puedan eventualmente afectar el derecho a la propiedad privada.

La citada regulación del establecimiento de límites a la propiedad privada proporciona una apropiada ilustración de las relevantes implicancias que pueden seguirse de mi argumento. Como se ha mencionado, al menos en apariencia, la Constitución de 1980 tolera aquellas limitaciones a la propiedad privada que deriven de su función social. La exigencia crucial es que estas limitaciones se aprueben por ley (y que se relacionen con la función social del derecho a la propiedad privada, para el caso de aquellas establecidas en conformidad al art. 19 N° 24, inc. 2). En *abstracto*, esto es, sin considerar las particulares restricciones a las que se encuentra sujeta la deliberación en el proceso legislativo chileno, que estas limitaciones solo puedan establecerse por ley parece del todo razonable. Sin embargo, *en concreto*, una vez que se considera el rol que juegan estas restricciones sobre la posibilidad misma de que estas limitaciones sean efectivamente aprobadas, se puede apreciar como esta exigencia por lo general impide el establecimiento de estas limitaciones.

Un lector atento podría preocuparse al especular sobre una razonable implicancia de lo dicho anteriormente: que mediante regulaciones administrativas pudiese establecerse limitaciones al derecho a la propiedad privada. Efectivamente, esa es una implicancia que *podría* seguirse de mi argumento. Que efectivamente así sea, dependerá de la particular regulación a la que se encuentre sujeto el proceso legislativo en la Constitución. Si es el caso que la Constitución establece un proceso legislativo en el cual la representación de un sector no se encuentra subsidiada, donde la regla general para la aprobación de leyes es un quórum de mayoría simple, y donde no se requiera el Tribunal Constitucional para conocer del asunto; la regla debiese ser la que actualmente la Constitución de 1980 establece. Sin embargo, si la deliberación en el proceso legislativo se encuentra sujeta a las aludidas restricciones, a menos que se pretenda brindar una protección desproporcionada a la propiedad privada frente a los intereses públicos que puedan verse eventualmente afectados por su ejercicio, el establecimiento de limitaciones a este derecho no debiese quedar reservado únicamente a la ley.

Podrán existir, por cierto, situaciones intermedias en las que no queda totalmente claro hacia dónde apuntaría mi argumento. Considérese el caso de un proceso legislativo en que el sistema electoral no subsidia a ninguna de las fuerzas políticas, donde tampoco hay control preventivo del Tribunal Constitucional, pero sí hay exigencias de quóruns supramayoritarios para una serie de materias. ¿Cuál debiese ser el estatuto de la propiedad privada bajo ese contexto? Resulta difícil responder a esta pregunta en estas condiciones. Habría que conocer cuáles son esas materias en que los quóruns supramayoritarios resultan aplicables. Sin embargo, más importante que la solución a este caso hipotético es que este demuestra que en su objetivo por balancear adecuadamente la protección de la propiedad privada con la de aquellos intereses públicos que pueden resultar afectados por su ejercicio, el estatuto de la propiedad privada en la Constitución debiese ser sensible al procedimiento al cual la Constitución sujeta el establecimiento de esos límites que resguardan estos intereses.

De todo esto se sigue que el contenido del estatuto constitucional de la propiedad privada es contingente; depende de las reglas que resulten aplicables para el establecimiento de limitaciones a este derecho. Estas limitaciones son importantes en la medida que permiten armonizar la estabilidad que la protección de la propiedad privada supone, con la responsividad que requiere la protección de intereses públicos (e incluso privados) frente al ejercicio de la propiedad privada. Si el establecimiento de estas limitaciones se impide al exigir su aprobación por ley, en el contexto de un proceso legislativo diseñado para preservar el *statu quo*, tendrá sentido admitir la posibilidad de que estas limitaciones se introduzcan por la vía administrativa, siguiendo

---

los procedimientos que resulten aplicables para el caso. Por el contrario, si el proceso legislativo permite un razonable grado de responsividad frente a las demandas sociales que se vayan planteando, el estatuto constitucional debiese reservar el establecimiento de estas limitaciones únicamente a la ley.

El mensaje básico que he querido transmitir a través de estas líneas es que la regulación del proceso legislativo puede efectivamente proteger el derecho a la propiedad privada y que esto debiera importarnos en el evento que se presente la posibilidad de rediseñar su estatuto en la Constitución. Como he enfatizado, la protección de la propiedad privada supone más o menos estabilidad en las reglas del juego. Esta estabilidad es función de cuán probable hace la regulación del proceso legislativo que se modifiquen estas reglas. La experiencia bajo la vigencia de la Constitución de 1980 refleja claramente este punto: cuando la regulación del proceso legislativo está diseñada para preservar el *statu quo*, la protección del derecho a la propiedad privada se refuerza, y el establecimiento de límites en resguardo de su función social se dificulta considerablemente.

La razón por la que se produce este efecto no es difícil de explicar. El establecimiento de estos límites se reserva a un procedimiento que ha sido concebido precisamente para bloquear la aprobación de este tipo de limitaciones. Dado que el estatuto constitucional del derecho en cuestión busca armonizar la propiedad privada con la función social que esta está llamada a cumplir en una sociedad democrática, cuánto incide el proceso legislativo en la protección de la propiedad privada debiese ser considerado a la hora de diseñar este estatuto. De lo contrario, conceptos que debiesen jugar una función importante en este estatuto, como la misma función social de la propiedad privada, son condenados a la irrelevancia. Y si esto es así, no solo pueden verse afectados aquellos intereses públicos cuyo resguardo se ve amenazado por el ejercicio ilimitado del derecho de propiedad privada; también, y paradójicamente, se afectan los derechos de otros propietarios que se ven forzados por la omisión legislativa a internalizar los efectos del ejercicio ilimitado del derecho de propiedad privada.

## **Bibliografía**

BARROS, Robert (1996): *By reason and force: military constitutionalism in Chile, 1973-1989*, UMI Dissertation Publishing, Ann Arbor.

BAUER, Carl (1998): *Against the Current: Privatization, Water Markets and the State in Chile*, Springer, New York.

BAUER, Carl (2004): *Siren Song: Chilean Water Law as a Model for International Reform*, Resources for the Future Press, Washington.

CORREA, Rodrigo (2004): “Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez*, Vol. 2, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago.

COUSO, Javier et al (2011): *Constitutional Law in Chile*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.

CRISTI, Renato (2011): *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, LOM, Santiago.

LISSO, Kathryn (2011): *Liberal economy, limited democracy: the case of Chile*, UMI Dissertation Publishing, Ann Arbor.

LONDREGAN, John (2007): *Legislative institutions and ideology in Chile*, Cambridge University Press, Cambridge.

MELLER, Patricio (1998): *Un siglo de economía política Chilena (1890-1990)*, Andrés Bello, Santiago.

MICHELMAN, Frank (1987): “Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property”, *Iowa Law Review*, Vol. 72.

PEÑA, Julio (1997): “The Political economy of Fishing Regulation: The Case of Chile”, *Marine Resources Economics*, Vol. 12.

ROSE-ACKERMAN, Susan (1988): “Against Ad-Hocery”, *Columbia Law Review*, Vol. 88.

SIERRA, Lucas (2011): “La supramayoría en la potestad legislativa Chilena como anomalía democrática”, Lucas Sierra & Lucas Mac-Clure, *Frente a la mayoría: Leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*, Centro de Estudios Públicos, Santiago.

SOTO, Sebastián & Axel BUCHHEISTER (2005): “Criterios para la calificación de normas orgánico constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, N° 2.

STONE SWEET, Alec (1998): “Rules, Dispute Resolution and Strategic Behaviour”, *Journal of Theoretical Politics*, Sage Publications.

ZAPATA, Patricio (2007): *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica, Santiago.

### **Jurisprudencia citada**

Tribunal Constitucional, Rol N° 115, 03 de diciembre de 1990.

Tribunal Constitucional, Rol N° 260, 01 de octubre de 1997.

### **Otras fuentes**

Historia Legislativa de la Ley N° 20017, disponible en <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20017&anio=2014](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20017&anio=2014)> [Fecha de visita, 14 de octubre de 2014].

Luis Larraín, “Impuestos sobre rentas atribuidas”, *Diario Financiero*, 14 de mayo del 2014.



# MODELO ECONÓMICO Y NUEVA CONSTITUCIÓN: EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS

Gonzalo Aguilar Cavallo

## Introducción

Este trabajo se propone aportar con algunas propuestas al debate acerca de una nueva Constitución en Chile. Con todo, debemos manifestar, desde un comienzo, que este breve estudio se ha desarrollado no pensando en una nueva Constitución sino, más bien, en reformas parciales a la Constitución de 1980, siempre intentando seguir un criterio de coherencia y sistematicidad.

Nuestro análisis se centrará en el modelo económico y en el estatuto constitucional de la propiedad. Intentaremos dilucidar cuáles serían los principios orientadores del modelo económico reformado y cómo debiese establecerse el estatuto constitucional de la propiedad. La perspectiva que se adoptará para abordar estas dos interrogantes será el enfoque que le ha dado el derecho internacional de los derechos humanos y su intersección con el derecho constitucional. Este enfoque se asumirá sobre todo en el somero análisis del alcance y contenido normativo del derecho humano a la propiedad. Adoptaremos esta perspectiva en el análisis de las dos interrogantes antes mencionadas, debido a que tanto el modelo económico como el estatuto de la propiedad forman parte y se encuentran íntimamente vinculados con los derechos humanos. En este sentido, los derechos humanos o fundamentales integran la parte dogmática de la Constitución y, por consiguiente, serían por definición, un componente material de la misma. En este marco, habría que reflexionar en torno a un tipo de desarrollo que contribuyera “a establecer un nuevo modelo de justicia social sostenible y equitativa que se basara en los sólidos fundamentos normativos de los derechos humanos”.<sup>1</sup>

Cabe tener presente que en este estudio no se abordarán todos los tópicos relacionados con el modelo económico ni con el estatuto de la propiedad sino que, más bien, nos centraremos en el análisis del Estado social y en el examen de la propiedad de los recursos naturales y de la propiedad colectiva. En varias secciones utilizaremos un método comparado, recurriendo al derecho constitucional comparado, unido al método de análisis jurídico. Finalmente, nos gustaría dejar en claro que esta investigación tiene una vocación principalmente propositiva de modo que, en varios de sus pasajes, intentaremos sugerir textos de reforma a la actual Constitución.

1 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2014), § 15.



---

Desde el punto de vista de la estructura, en la primera parte (I) abordaremos el análisis del modelo económico que quizás sería conveniente que fuera explicitado en la Constitución; en la segunda parte (II) examinaremos el estatuto constitucional de la propiedad; y en la tercera parte (III) revisaremos de manera propositiva algunos principios rectores de la política social y económica, cuya explicitación en la Constitución también se sugiere.

## **I. Modelo económico y Constitución**

A pesar de haber aclarado en la introducción que este trabajo se realiza pensando en reformas parciales a la Constitución de 1980 y no en una “nueva” Constitución, creemos que los puntos que aquí se van a abordar podrían ser de utilidad en el futuro, si la sociedad chilena y el poder político se convencen de que nuestro país necesita una nueva Constitución. Evidentemente, nos referimos a una nueva, no en el sentido de que su contenido debería ser íntegramente nuevo, sino más bien a una nueva Constitución pensada y formulada con la participación directa del pueblo, que incluya elementos de democracia material, participativa y deliberativa, derechos humanos y Estado de Derecho, y que sea aprobada en votación directa.

Entonces, la pregunta que se plantea es ¿cuáles deberían ser los principios orientadores del modelo social y económico en la Constitución chilena? Pero antes de responder a esta interrogante debemos comenzar por un aspecto más general referido a los derechos humanos y su relación con el modelo económico-social.

### **1. Derechos humanos y modelo económico**

Los derechos humanos no tienen color político o ideología económica, tal como se desprende del derecho internacional de los derechos humanos. Así ha sido ratificado en los principales instrumentos internacionales y, además, en declaraciones demostrativas de un consenso general. En la Declaración y Programa de Acción de Viena, derivada de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, se señaló:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena, derivada de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, § 5.

Con todo, se suele argumentar que los jueces al concretizar y fijar el contenido de los derechos, sobre todo de los derechos económicos, sociales y culturales y, por tanto, al extraer las consecuencias de un determinado derecho, tienen que adoptar una decisión determinada en uno u otro sentido, y esa decisión se ve influenciada por la propia posición ideológico-política del juez. De tal manera que el juez sería más propenso a llenar el contenido del derecho social de forma más restringida o más amplia, según sus propias preferencias.

En todo caso, si se aceptara que esto podría ocurrir, esta incidencia acontecería en todas las materias y ramas del Derecho. Por eso, por ejemplo, en la composición del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema hay intervención del Poder Legislativo y/o del Poder Ejecutivo, justamente para legitimar las elecciones jurisdiccionales que implica toda sentencia. Con todo, si un juez aplica los estándares internacionales en materia de derechos humanos —que se encuentran bien definidos, dicho sea de paso— no significa que aplica sus preferencias, sino que cumple con la obligación del Estado de respetar sus obligaciones internacionales.

Los derechos humanos no exigen un modelo económico específico, sin embargo, como indicador, en el ámbito interno algunas constituciones del mundo abrazan, directa o indirectamente, el modelo de Estado social, por ejemplo, la Constitución de Alemania, España, Francia y Portugal.

En la segunda mitad del siglo XIX y primera del siglo XX, la doctrina política y económica ha vinculado la propiedad, esto es, el título jurídico que de ella emana, a posiciones políticas y económicas determinadas. En este sentido, es necesario reiterar que la propiedad, como todos los derechos humanos, no tiene color político. Por un lado, todos los Estados, cualquiera que sea su orientación política y cualquiera que sea el modelo económico que adopten, se encuentran obligados por los deberes mínimos que emanan del derecho internacional de los derechos humanos. Por otro lado, los derechos humanos no abrazan una determinada ideología política o doctrina económica, por lo tanto, de lo que se trata en materia de derechos humanos es de buscar las mejores fórmulas para que el Estado cumpla y satisfaga de la mejor manera posible sus obligaciones mínimas en materia de derechos humanos. En esta línea, las consideraciones del ser humano como el centro del desarrollo, la persecución del bien común y de la mejor protección del ser humano y la primacía del Derecho son elementos a considerar al momento de dilucidar los criterios constitucionales más adecuados en materia de propiedad y modelo social.

En este mismo sentido, a propósito de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Comité de

---

Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido lo siguiente:

El Comité observa que el compromiso de ‘adoptar medidas [...] por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas’ ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laisser-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico. A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo.<sup>3</sup>

Además, Paul Hunt, antiguo Relator Especial de Naciones Unidas, sobre el derecho a la salud, ha afirmado que “el Derecho de los derechos humanos no afirma que un determinado sistema económico o político sea más adecuado para realizar los derechos humanos”.<sup>4</sup> Y, por su parte, los Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen que “no existe una vía única para su realización. Tanto en los países con economía centralizada o de mercado, como en aquellos con una estructura política centralizada o descentralizada, se han registrado éxitos y fracasos”.<sup>5</sup>

---

3 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1990), § 8.

4 Véase “The International Human Rights Treaty Obligations of States Parties in the Context of Service Provision”; informe presentado ante el Comité de los Derechos del Niño de la O.N.U. sobre el tema “El sector privado como proveedor de servicios y su función en la realización de los derechos del niño”, por Paul Hunt, septiembre de 2002, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra. Véase también la Observación General N° 3 (1990), sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, referente al art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su quinto periodo de sesiones, celebrado en diciembre de 1990.

5 Los Principios de Limburgo fueron adoptados por un grupo de destacados expertos en derecho internacional entre los días 02 y 06 de junio de 1986, en Maastricht (Países Bajos). Aunque no son vinculantes, se consideran de peso por su contribución a la comprensión, por parte de la comunidad internacional, de las obligaciones que entrañan los derechos económicos, sociales y culturales.

Un argumento que se puede sostener en contra de esta idea es que los derechos económicos, sociales y culturales no podrían realizarse en un modelo enteramente liberal, donde el Estado no tiene casi ninguna intervención, porque esos derechos requieren de medidas activas por parte del Estado. Para responder a este argumento habría que comprender bien qué son los derechos humanos.

Los derechos humanos, tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, siempre implican y requieren intervención del Estado, ya sea que se trate de un Estado socialista o un Estado neoliberal. Que los derechos humanos sean neutrales frente a las doctrinas políticas, económicas y religiosas, no significa que el respeto a estos no requiera cambios respecto a la mayor o menor intervención del Estado. En un sistema neoliberal, el Estado interviene poco o nada en el mercado, sin regulación ni control de precios, pero en este tipo de sistemas el derecho internacional de los derechos humanos requiere que el Estado vele y supervigile con la debida diligencia al sector privado en relación con el respeto de los derechos humanos. Justamente es este el significado, en todo su esplendor, de la obligación del Estado de proteger la Declaración de las Naciones Unidas.

Antes de responder a la pregunta de cuáles principios fundantes deberían incorporarse en la Constitución en cuanto al modelo económico-social, me parece relevante dejar planteado los principios que actualmente se han reconocido, ya sea en el articulado de la Constitución como a través de la interpretación constitucional.

## **2. Los principios que se desprenden de la Constitución chilena**

La Constitución no explicita un modelo económico determinado, pero de su preceptiva es posible desprender claramente que se trata de una Constitución de cuño liberal, conservadora en lo valórico, con una intensísima protección de la libertad de emprendimiento, de las libertades económicas y del derecho a la propiedad y con una fuerte reducción del rol del Estado en la economía (de mercado), incluso en el aspecto regulatorio y fiscalizador.<sup>6</sup> El art. 1° de la Constitución, que consagra el principio de subsidiariedad y la autonomía de los cuerpos intermedios, sumado al grueso estatuto protector de la libertad económica, de empresa y de la propiedad, en sus art.19 N° 21, 22, 23, 24 y 25, constituyen una manifestación de lo anterior. En este sentido, Hernández, citando a Harvey, sostiene que el neoliberalismo es,

ante todo, [...] una teoría de prácticas político-económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo, dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de

6 “El sistema neoliberal se ha mostrado como el mejor sistema para que el capitalismo se desarrolle en Chile.” CARRILLO (2010), pp. 145-155.

---

propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad de comercio. El papel del Estado es crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de estas prácticas.<sup>7</sup>

Existe una serie de antecedentes que responden al origen histórico y a las discusiones de la Comisión redactora que permitirían respaldar esta idea, pero no queremos explayarnos en ese punto, en este trabajo.<sup>8</sup>

Con todo, nuestra posición consiste en sostener que es posible interpretar las normas de la Constitución, a la luz de los valores y principios constitucionales, de modo de señalar que la Constitución de 1980 podría contener en ciernes elementos que permitieran, a través de la interpretación, sustentar un modelo económico centrado en los derechos humanos y un Estado social de Derecho.

En efecto, el art. 1° inc. 4 de la Constitución señala que el fin del Estado es el bien común y luego agrega que 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”. Además, el art. 1° inc. 5 de la Constitución señala como deber del Estado “dar protección a la población” y “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Junto con lo anterior, el art. 3° inc. 3 de la Constitución consagra el principio de solidaridad interregional. Así, el artículo mencionado señala que “los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”. Este mismo principio de solidaridad se repite en el art. 115 de la Constitución que señala para el Gobierno y la administración interior del Estado que se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos. Y, por último, la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional chileno confirma este principio. En efecto, este Tribunal, en el caso de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), confirmó expresamente el principio de solidaridad como principio del orden constitucional chileno. En este sentido, en el conocido caso que involucró a doña Silvia Peña Wasaff, el Tribunal Constitucional apuntó a desvanecer la idea de que el respeto de los derechos sociales depende de la existencia de los recursos disponibles. Así, afirmó:

Que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su

---

7 HARVEY (2007), p. 6, citado por HERNÁNDEZ (2009), p. 69.

8 Véase VIERA (2013), pp. 113-142; BASSA & VIERA (2012), pp. 661-683.

‘practicabilidad’ de realización, es una idea confusa, porque esa ‘reserva de lo posible’ lleva a sostener que la Constitución ha de ser ‘desactivada’, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización.<sup>9</sup>

De la misma manera, en el caso concreto, deslizó que la satisfacción de los derechos sociales es la base de la legitimidad del Estado social contemporáneo. Consecuentemente, en términos generales, los derechos deben ser tutelados y promovidos –respetados, protegidos y garantizados por el Estado y los particulares– para infundir legitimidad al ordenamiento del Estado. El Tribunal Constitucional, por su parte, aseveró:

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.<sup>10</sup>

En el caso de Silvia Peña, en relación con la libertad de empresa y el desarrollo de actividades empresariales, destacó que estas pueden verse limitadas por la función social de la propiedad según dispone el art. 19 N° 24 de la Constitución. En efecto, los jueces constitucionales expresaron:

Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del art. 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes.<sup>11</sup>

9 Tribunal Constitucional, Rol N° 976-2007, Considerando 27°.

10 *Ibid.*, Considerando 29°.

11 *Ibid.*, Considerando 37°.

---

Por último, los jueces constitucionales confirmaron un importante principio de interpretación en esta materia, el principio *pro homine*, reconocido, en sus distintas variantes, tanto en el derecho internacional como en el derecho nacional,<sup>12</sup> y que consiste en que las normas deben ser interpretadas en el sentido que más favorezca al individuo. Junto con ello, resaltaron que los derechos fundamentales, entre ellos el derecho social a la salud, son la base constitucional y de orden público, del sistema jurídico nacional:

[...] como consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el art. 19, N° 9, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole.<sup>13</sup>

Por otra parte, en el subsecuente proceso iniciado de oficio para declarar la inconstitucionalidad del art. 38 ter de la ley de ISAPRE, el Tribunal Constitucional se explayó sobre el derecho a la seguridad social en relación con el derecho a la protección de la salud, ambos derechos sociales, y confirmó expresamente la vigencia en esta materia del principio de solidaridad, el cual condiciona, a nuestro entender, el modelo económico y el estatus de la propiedad. Así, los jueces constitucionales indicaron:

Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (art. 19, N° 9) y el derecho a la seguridad social (art. 19, N° 18). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a “garantizar” el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (N° 9 y 18 del art. 19 de la Constitución)<sup>14</sup>.

---

12 Art. 29. Normas de Interpretación; Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; Art. 5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966; Art. 19 N° 3°. Constitución Política de Chile.

13 Tribunal Constitucional, Rol N° 976-2007, Considerando 39°.

14 Tribunal Constitucional, Rol N° 1710-2010, Considerando 131°.

Que de la vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del art. 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no solo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella.<sup>15</sup>

### 3. Economía centrada en los derechos humanos y el principio del Estado social

A nuestro modo de ver, sería deseable incorporar expresamente en la Constitución un modelo económico centrado en los derechos humanos y en el principio del Estado social, además de un capítulo especial que reúna los principios rectores de la política social y económica. Cabe mencionar que en el examen de los puntos que se han mencionado se utilizará un enfoque de derechos, en el sentido de que el análisis de estos aspectos se hace a la luz de los derechos humanos y de los criterios e interpretación que de ellos emanan.

Ya hemos señalado que un número importante de constituciones, tales como la Constitución alemana, española, colombiana y peruana, incorporan expresamente el principio del Estado social de Derecho.<sup>16</sup> En el caso de Perú, el Tribunal Constitucional ha sido particularmente esclarecedor cuando ha señalado lo siguiente:

La Constitución de 1993 (art. 3º y 43) establece que la República del Perú es Social y Democrática de Derecho, superando de este modo la concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo no es solo una cuestión semántica o de términos, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado.<sup>17</sup>

El Estado Social y Democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado Liberal, si bien asume los fundamentos de este, le imprime funciones de carácter social; su pretensión es que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido social. Ello porque en este modelo de Estado, los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad

<sup>15</sup> *Ibid.*, Considerando 161º.

<sup>16</sup> Véase, Constitución Política de Perú (1993): Capítulo I: Del Estado, La Nación y el Territorio: art. 43.

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional de Perú: José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos. Proceso de Inconstitucionalidad. EXP. N° 0048-2004-PI/TC. Sentencia de 01 de abril de 2005, § 1.



---

con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (art. 1º de la Constitución).<sup>18</sup>

De ahí que el Estado Social y Democrático de Derecho promueva, por un lado, la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus objetivos, lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y, por otro, la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con prudencia, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social.<sup>19</sup>

En este sentido, en consecuencia, proponemos lo siguiente: incorporar en la Constitución un preámbulo con el principio de que Chile es un Estado social. Una alternativa concreta sería que este, al estilo de la Constitución española, contenga, *inter alia*, la siguiente afirmación: “El Pueblo de Chile proclama su voluntad de convivir democráticamente [...] en un orden político, económico, ambiental y social justo”.<sup>20</sup>

En cuanto a la definición del Estado de Chile, desde un punto de vista constitucional, social y económico, sería un avance dejar establecido en el texto de la Constitución, el carácter de la forma de gobierno de la manera siguiente: “Art. 4º, Chile es una república que se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.<sup>21</sup>

## **II. Estatuto constitucional de la propiedad**

La pregunta que guiará esta segunda parte será: ¿cómo establecemos el estatuto constitucional de la propiedad? En consecuencia, en esta parte intentaremos, de manera muy breve, exponer los principios orientadores más importantes que debieran guiar la construcción del estatuto de la propiedad.

### **1. Derecho de propiedad, modelo económico y derechos sociales**

En este punto, cabe recordar el consenso alcanzado por los Estados en Viena, en 1993, cuando afirmaron que “los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos

---

18 *Ibid.*, § 4.

19 *Ibid.*, § 5.

20 Véase, por ejemplo: Constitución española de 1978: Preámbulo; Constitución de Colombia de 1991: Preámbulo.

21 Véase, Constitución alemana de 1949: art. 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia] (1); La Constitución española: art. 1; Constitución de Colombia de 1991: “Título I. De los Principios Fundamentales: art. 1.

humanos y las libertades fundamentales”.<sup>22</sup> En consecuencia, cualquiera que sea su sistema económico, el Estado tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esto último implica, tanto el derecho de propiedad como el derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social, al medio ambiente, a la vivienda, a la alimentación, al agua potable, al trabajo, al saneamiento, etc. El criterio es que el modelo económico no es excusa para que el Estado no cumpla con todos los derechos mencionados. En este sentido, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, en su art. 27, rechaza expresamente cualquier intento del Estado de invocar razones de derecho interno para excusarse o eximirse de cumplir con sus obligaciones internacionales.<sup>23</sup> El principio rector es que en cualquier modelo económico el Estado tiene obligaciones —positivas y negativas— destinadas a dar cumplimiento a todos los derechos humanos por igual. Los derechos están en una situación de igualdad, no hay jerarquía entre ellos. Cuando los derechos colisionan entre ellos, el Estado, caso a caso, debe ponderar la solución definitiva. Con todo, en el corazón mismo del derecho a la propiedad se encuentra la función social de la misma, que indica desde el derecho mismo, que este puede verse limitado por razones de interés social. Algunas de estas razones de interés social pueden encontrar una poderosa justificación en la protección y satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales antes mencionados. Un ejemplo paradigmático de esta situación la constituye la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional chileno como de la Corte Suprema a propósito de los límites a la libertad de emprender, la libertad contractual y la propiedad en el caso de los contratos de salud con las ISAPRE.<sup>24</sup>

## **2. La propiedad es un derecho humano, sujeto a limitaciones**

Desde las primeras Declaraciones o proclamaciones de derechos de fines del siglo XVIII, la propiedad se encuentra amparada por un derecho humano. El derecho humano a la propiedad se encuentra reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos y en textos constitucionales de un gran número de países del mundo.

La Constitución de España regula el derecho a la propiedad en el art. 33 dentro de los derechos fundamentales.<sup>25</sup> En su preceptiva, formula tres principios básicos: reconoce el derecho a la propiedad; reconoce la función social que cumple la propiedad, formando parte de su contenido y límites; y reconoce que nadie puede ser privado de la propiedad, sino por causa justificada y mediante el pago de una indemnización.

<sup>22</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena, derivada de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, § 5.

<sup>23</sup> Véase art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 94.228-2013, de fecha 04 de noviembre de 2013.

<sup>25</sup> Véase, Constitución de España (1978): Título I. De los derechos y deberes fundamentales. Capítulo II. Derechos y libertades. Sección 2°. De los derechos y deberes de los ciudadanos; art. 33: Derecho a la propiedad. Véase también Constitución de Uruguay (1967): Sección II. Derechos, Deberes y Garantías: Capítulo I: art. 7°.

---

Este último caso corresponde a las situaciones de expropiación cuya institución está normalmente prevista en los textos constitucionales.<sup>26</sup> La exigencia constitucional en cuanto a la expropiación suele cumplir con los niveles de exigencia establecidos por el derecho internacional. Fundamentalmente, estos requisitos son: motivos de necesidad pública, utilidad pública o interés social definidos por el legislador y pago previo de una justa indemnización.

La propiedad cumple un rol social y ambiental tremendamente relevante.<sup>27</sup> Cabe, a este respecto, hacer nota que esta, en el caso de la Constitución de Colombia, se encuentra regulada en el capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales. A esto corresponde la función social vinculada con la función ecológica o ambiental. Consecuentemente, el derecho a la propiedad se ve completado en su contenido y contornos por esta función social y ecológica. Asimismo, la función social y ecológica emerge como un límite a la propiedad.

Además, la propiedad debiera comprender, como ocurre con el art. 58 de la Constitución de Colombia, formas asociativas y solidarias de propiedad. Nosotros agregaríamos, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, las formas comunitarias de propiedad.<sup>28</sup>

### **3. Estándares internacionales en materia del derecho de propiedad para identificar su contenido normativo**

En el ámbito universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su art. 17, el derecho humano a la propiedad de la siguiente manera:

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

En los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, no se consagra el derecho humano a la propiedad. Tradicionalmente, en las declaraciones de derechos del siglo XVIII, este derecho humano a la propiedad era abordado inicialmente desde la perspectiva de un derecho civil y no como un derecho económico. Este enfoque tendería a cambiar ya en la segunda mitad del siglo XIX.

Desde un punto de vista regional europeo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de

---

26 Véase, Constitución de Uruguay (1967): art. 32.

27 Véase, Constitución de Colombia (1991): Capítulo II. De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales: art. 58.

28 Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua (2001).

noviembre de 1950, no contempló originalmente el derecho a la propiedad dentro de los derechos protegidos. Fue el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (París, 20 de marzo de 1952), el que vino a incorporar el derecho a la propiedad y a complementar el Convenio de Roma de 1950, de la siguiente manera:

Art. 1º. Protección de la propiedad.

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

Según la interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos, el art. 1º contiene tres normas de protección: la primera, de orden general, y que se establece en la primera frase, enuncia el principio de respeto de la propiedad; la segunda norma apunta a la privación de la propiedad, sometiéndola a ciertas condiciones y figuras en la frase siguiente; en cuanto a la tercera norma, contenida en la última frase, ella reconoce a los Estados el poder de reglamentar el uso de los bienes de conformidad al interés general. Pero, según la Corte, las dos últimas normas deben interpretarse a la luz de la primera norma, considerada como una norma general.<sup>29</sup>

Ya hemos señalado que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto. Esto es reconocido tanto en el sistema europeo de protección de los derechos humanos como en el sistema interamericano de derechos humanos. En esta línea, nos puede servir de ayuda la clasificación que Drzemczewski efectúa de los derechos amparados y protegidos por la Convención Europea.<sup>30</sup> Para este autor existen derechos absolutos, esto es, inderogables, tales como la prohibición de la tortura (art. 3º); derechos mínimos, esto es, el mínimo común denominador aceptado por los Estados miembros de la Convención, tales como el derecho a un debido proceso (art. 6º); y derechos condicionales, esto es, un derecho o libertad reconocido, pero cuyo ejercicio puede verse sujeto a ciertas limitaciones o restricciones, tales como el derecho de propiedad

<sup>29</sup> European Court of Human Right: Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden. (Application N° 7151/75; 7152/75).

<sup>30</sup> Véase, DRZEMCZEWSKI (1983).

---

(art. 1º Protocolo Adicional).<sup>31</sup>

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 reconoce en su art. 21 el derecho a la propiedad privada, de la siguiente manera:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una amplia jurisprudencia a propósito del derecho consagrado en el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En gran medida, este desarrollo jurisprudencial se limita a la problemática de los pueblos indígenas respecto del derecho humano colectivo a la propiedad de la tierra y territorios que tradicionalmente han poseído u ocupado. Algunos de los estándares que se pueden desprender a partir del análisis de esta jurisprudencia son los siguientes:

**Primer estándar: protección amplia del derecho a la propiedad en cuanto a su objeto**

Desde el punto de vista de los bienes, cuyo uso y goce está protegido, y que son objeto de protección por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha confirmado el sentido amplio de la propiedad. Así, bienes son “todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.<sup>32</sup>

**Segundo estándar: protección amplia del derecho a la propiedad en cuanto al sujeto**

El derecho a la propiedad incluye como titulares del mismo a todas las personas, grupos y comunidades; en este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido a los pueblos indígenas como titulares del derecho a la propiedad. En este caso, la Corte ha dicho que “la posesión de la tierra debe bastar para

---

31 SERMET (1999), p. 45.

32 Caso Ivcher-Bronstein v. Perú (2001), § 122

que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”<sup>33</sup>. Y, además, la Corte Interamericana ha agregado que “su nexo comunal con el territorio no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, incluso, para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”<sup>34</sup>.

### **Tercer estándar: la significación colectiva de la propiedad**

Vinculado con el estándar anterior, la Corte Interamericana ha reconocido que la propiedad puede ser individual y colectiva. Cuando aquí hablamos de propiedad colectiva, no nos estamos refiriendo a la copropiedad o condominio, porque esa propiedad es una propiedad individual de varias personas sobre un bien en común. En otras palabras, en este caso tendríamos titulares individuales sobre un bien común. En el caso de la propiedad colectiva nos estamos refiriendo a un titular colectivo sobre un bien común, de modo que todos son dueños de todo. Este tipo de propiedad colectiva no se encuentra especificada en la Constitución chilena por lo que sería deseable una modificación que la incluyera en el art. 19 N° 24.

Lo anterior muestra la necesidad de abrir el concepto de propiedad contenido en nuestro ordenamiento. La noción de dominio y posesión puede no corresponder a la concepción clásica de propiedad. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “el reconocimiento de que los conceptos de ‘propiedad’ y ‘posesión’ pueden tener una significación ‘colectiva’, en el sentido de que la pertenencia de esta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Se trata de nociones que, como señala la misma Corte, no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero igual merecen protección del art. 21 de la Convención Americana.<sup>35</sup>

### **Cuarto estándar: derecho de propiedad relacionado con vida digna**

Los derechos humanos tienen como principal característica ser indivisibles, interrelacionados, y universales. La indivisibilidad hace resaltar la conexión entre el derecho a la propiedad y el derecho a gozar de condiciones de vida digna. Así, en el caso *Masacres de Ituango v. Colombia*, la Corte reconoció la relación del derecho a la propiedad con la “vida digna” de las víctimas e, incluso, en un nivel más allá de lo económico o material, relacionada con su referente social básico, con sus condiciones básicas de existencia.

33 Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua (2001), § 151.

34 *Ibid.*, § 149.

35 Caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay (2005), § 140, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay (2006), § 124 y 125.

---

## **Sexto estándar: restricciones al derecho a la propiedad**

Ya hemos sostenido que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto sino que se trata de un derecho sujeto a restricciones. Finalmente, le corresponde al juez determinar cuándo las restricciones efectuadas al derecho a la propiedad son válidas, ya que las restricciones están sometidas a control judicial. Esta valoración se efectúa caso a caso, teniendo siempre en consideración la función social y ecológica de la propiedad y, además, que el uso y goce de los bienes está subordinado al interés general. Para que las restricciones a este derecho procedan es necesario que se cumplan ciertos requisitos. De acuerdo a esto las restricciones al derecho de propiedad deben ser:

### **Establecidas por la ley**

La Corte ha señalado que las restricciones al derecho a la propiedad, para ser válidas, deben estar legalmente contempladas.

### **Necesarias**

La restricción debería estar orientada a satisfacer un “interés público imperativo”, siendo insuficiente que la ley simplemente cumpla un propósito útil u oportuno.<sup>36</sup>

### **Proporcionadas**

De acuerdo con la Corte Interamericana, la proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse “estrechamente” al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido.

### **Perseguir un fin legítimo en una sociedad democrática**

Para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.<sup>37</sup>

## **III. Principios rectores de la política social y económica**

El Estado está regido por el principio del Estado de Derecho. En este sentido, Parejo ha sostenido que el “Estado de Derecho nunca, ni siquiera en su versión liberal, ha sido refractario a la intervención en el orden social”.<sup>38</sup> Un elemento estructural del Estado de Derecho es la protección y garantía de los derechos humanos. En consecuencia,

---

36 LÓPEZ-MURCIA & MALDONADO-COLMENARES (2009), pp. 71-105.

37 Caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay (2005).

38 PAREJO (2001), pp. 95-124.

todo el diseño, planificación y ejecución de acciones públicas está regido y debe estar inspirado por los derechos humanos.<sup>39</sup> Estos guían, condicionan y limitan las políticas públicas estatales. En este caso, las políticas sociales y las políticas económicas deben derivarse y apuntar a dar cumplimiento a los derechos fundamentales. Por lo tanto, en nuestro diseño adoptaremos el enfoque de derechos, en el sentido de que la acción del Estado debería apuntar a dar satisfacción a aquellos. Cabe aclarar en este exordio introductorio que cuando hago referencia a los derechos fundamentales a propósito de las políticas sociales y económicas, no me estoy limitando a los derechos económicos, sociales y culturales, mal llamados —con una anticuada denominación— de segunda generación, sino más bien, incluyo a todos los derechos fundamentales. Esto último se justifica porque son indivisibles y consecuentemente las políticas públicas al satisfacer un derecho social, repercuten en un derecho civil. Por ejemplo, una política pública que apunte a mejorar los niveles de alfabetización de las zonas campesinas del país, al mismo tiempo, por la vía de la educación, estaría satisfaciendo o adoptando medidas para hacer efectivo el derecho a la participación. Ciudadanos más y mejor educados son ciudadanos más responsables que conocen sus derechos y son capaces de ejercerlos.

En consecuencia, proponemos incorporar un artículo en el capítulo primero de la Constitución, con principios rectores de la política social y económica. Este precepto, debería contener al menos, los siguientes principios:

### **1. Principio del Estado fundado en la dignidad humana, en el trabajo, y en la prevalencia del interés general**

La Constitución debería declarar expresamente, dentro de los principios rectores de la política social y económica, el principio de la dignidad humana como fundamento de la acción del Estado y el principio de un Estado fundado en el trabajo y en la solidaridad entre las personas que componen las relaciones económicas y de trabajo. Así, por ejemplo, como en el caso español, debería afirmarse como política pública rectora del Estado, la formación y la readaptación profesional para el empleo.<sup>40</sup>

### **2. Principio de la distribución justa y equitativa de los recursos**

En cuanto a la distribución de los recursos, la Constitución debería considerar como principio rector el de distribución justa y equitativa de los recursos, tomando como base de planificación y acción, tal como ocurre en el caso colombiano, los

39 ABRAMOVICH (2006), pp. 35-50; PAUTASSI (2007), pp. 89-116; ABRAMOVICH & PAUTASSI (2009); PAUTASSI (2011), pp. 10-34.

40 Véase, Constitución de España: art. 40: Formación profesional. Jornada y descanso laboral [...] (2).



---

principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad.<sup>41</sup> El ejemplo español también es relevante, al fijar en su Constitución como principio rector la “distribución equitativa de la renta que cree las condiciones para el progreso social y económico.”<sup>42</sup>

### **3. Principio de solidaridad y principio de cohesión social**

En algunos estados constitucionales, este principio se encuentra reconocido como un principio fundamental del Estado social de Derecho.<sup>43</sup> Como ya se ha visto, el texto constitucional chileno lo menciona a propósito del desarrollo regional, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también lo hace con ocasión del derecho a la seguridad social, la salud y el trabajo. En consecuencia, debería incluirse el principio de solidaridad dentro de los pilares de las políticas sociales y económicas del Estado.

Incluso más, debiera considerarse, como ocurre en el caso colombiano, incorporar en la Constitución el principio de solidaridad como deber y obligación de todas las personas, quienes, por el principio de complementariedad y de subsidiariedad, intervienen primeramente en las actividades económicas, ambientales y sociales del país.<sup>44</sup>

Connatural al principio de solidaridad es el principio de cohesión social. Es evidente que la contrapartida de este último principio se encuentra en la exclusión social, una de cuyas causas es la desigualdad, en todos sus aspectos. La cohesión social se logra a través de la inclusión social, la no discriminación y la protección especial de los grupos vulnerables. Consecuentemente, en la base del principio de cohesión social se encontraría el principio de igualdad, en todos sus aspectos. En el fondo, una sociedad más igualitaria es una sociedad más equitativa y una sociedad más equitativa es una sociedad más cohesionada. Esto es, una sociedad cuyos lazos de unión se ven fortalecidos de manera permanente porque sus miembros se identifican y se sienten formando parte de un grupo donde se proyectan como iguales a los otros miembros que reciben un mismo trato, que son respetados como iguales, donde su descendencia tendrá iguales oportunidades que los otros, etc. Para lograr esto, la solidaridad entre los miembros de la comunidad es fundamental.

### **4. Principio de garantía de la seguridad social y la salud como servicios públicos obligatorios**

En algunas constituciones, sobre todo latinoamericanas, la seguridad social y

---

41 Véase, Constitución de Colombia (1991): art. 356 inciso 5 y art. 367 inciso 1.

42 Véase, Constitución de España: art. 40: Redistribución de la renta. Pleno empleo (1).

43 Véase, Constitución de Colombia (1991): Título I. De los Principios Fundamentales: art. 1.

44 Véase, Constitución de Colombia (1991): Capítulo V. De los Deberes y Obligaciones, art. 95.

la salud son consagradas no solo como derechos fundamentales sociales, sino además, dentro de este ámbito, como un servicio público obligatorio, donde el Estado claramente es el principal responsable de velar por su cumplimiento.<sup>45</sup> Esto es independiente de la fórmula práctica que en definitiva se adopte, ya que este servicio público puede ser proporcionado directamente por el Estado, por los particulares o por una mezcla de ambos. En otras palabras, la naturaleza privada del prestador del servicio, no hace desaparecer el carácter público del mismo, por la esencia pública del bien que se presta, ni su carácter obligatorio.

Su carácter de derecho fundamental significa, al menos, dos cosas:

a) La seguridad social y la salud, incluso si son prestadas por un privado, tienen una naturaleza constitucional, de orden público, por tanto, no están sujetas a las reglas de la libertad contractual ni a la autonomía de la voluntad. Es al contrario, la libertad contractual queda subordinada a respetar, proteger y garantizar normas de orden público y derechos fundamentales.

b) La seguridad social y la salud están sujetas a la garantía constitucional y de orden público de ciertos mínimos inderogables e indisponibles.<sup>46</sup>

Cabe mencionar aquí el ejemplo de la Constitución de España, ya que la tradición jurídica chilena se encuentra en íntima relación con aquella. En efecto, en este aspecto, la Constitución española menciona como principio rector el siguiente: “régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente, en caso de desempleo”.<sup>47</sup>

## **5. Principio de protección y conservación de las riquezas y los recursos naturales y culturales del país y de la protección y conservación del medio ambiente**

Estos principios no eliminarían los derechos fundamentales en ellos concebidos, sino más bien vendrían a reforzar las obligaciones que emanan para todos y, especialmente, para el Estado, respecto de los recursos naturales y el medio ambiente. Es evidente, en nuestra opinión, que la Constitución debe mantener y reforzar el derecho fundamental a un medio ambiente sano, y debería contemplar en este derecho y en el de propiedad, la protección de los recursos naturales. Nuestra propuesta es que además de esa mención en la parte de los derechos, se incorporen como principios

45 Constitución de Colombia (1991): Capítulo II, De Los Derechos Sociales, Económicos y Culturales: art. 48 y art. 49.

46 Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 24.157-2014, de fecha 09.10.2014.

47 Véase, Constitución española: art. 41: Seguridad Social.

---

rectores de política social y económica. Incluso, a título ejemplar, se debe señalar que la Constitución de Colombia incorpora la protección de los recursos naturales y la conservación del medio ambiente como deberes y obligaciones de todas las personas.<sup>48</sup>

Otro ejemplo que vale la pena traer a colación es el español, ya que la formulación que efectúa respecto de los recursos naturales, se acerca bastante a aquel que contiene la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, en relación con el desarrollo sustentable. En efecto, la Constitución de España menciona como principio rector que “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.<sup>49</sup>

## 6. Principio de desarrollo sustentable o sostenible

El principio de desarrollo sustentable es definido de la siguiente manera en el texto *Nuestro Futuro Común*, del año 1987, que corresponde al Informe de la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas, presidida por la doctora noruega Gro Harlem Brundtland: “[...] *In essence, sustainable development is a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development; and institutional change are all in harmony and enhance both current and future potential to meet human needs and aspirations [...]*”.<sup>50</sup>

Este es un principio que se encuentra internacionalizado y constitucionalizado. En numerosos instrumentos internacionales ha sido incorporado el principio del desarrollo sustentable, transformándose en un criterio fundamental para la adopción de las decisiones económicas, tanto estatales como privadas. Así, la Declaración de Río de 1992 es un ejemplo de ello. Del mismo modo, numerosas constituciones del mundo, principalmente las más modernas, se han reformado y han incorporado el principio del desarrollo sustentable, tales como la Constitución alemana, francesa y uruguaya, entre otras.<sup>51</sup> Esta última, en su art. 47, contiene elementos sobre esta materia que son dignos de atención.<sup>52</sup>

En definitiva, en este contexto la noción de desarrollo debería atenderse como modelo de bienestar, en el sentido de que “el bienestar no es meramente cuestión de

---

48 Véase, Constitución de Colombia (1991): Capítulo V. De los Deberes y Obligaciones. Artículo 95 (9).

49 Véase, Constitución española: art. 45: Medio ambiente. Calidad de vida: (1).

50 UNITED NATIONS WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (1987), p. 43.

51 Véase, Constitución alemana (1949): art. 20 a [Protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales].

52 Véase, Constitución de Uruguay (1967): art. 47.

desarrollo económico; la dignidad de una forma de vida simple, la posibilidad de expresar las propias actitudes, la posibilidad de construir una familia y de contribuir al crecimiento social a través de un trabajo son los indicadores de un auténtico bienestar”.<sup>53</sup>

En consecuencia, en esta parte, se propone la incorporación en la Constitución de principios claves tales como el principio de equidad intergeneracional; el de desarrollo sustentable que articula el equilibrio entre crecimiento económico y las condiciones de vida digna y protección del medio; el principio del desarrollo humano como fin de la organización socio-económica del Estado; y el derecho al desarrollo, centrado en la persona humana, como derecho fundamental.

## **7. Principio de precaución y prevención**

Entendemos por principio de precaución aquel que implica abstenerse de otorgar permisos o autorizaciones para la realización de ciertos proyectos de desarrollo o inversión cuando no existe la certeza científica absoluta en cuanto a las consecuencias o impactos que una determinada acción podría producir. Este principio, de larga data en el derecho sanitario, ha sido incorporado en el derecho del desarrollo y del medio ambiente. Diversos instrumentos internacionales lo han incluido en su texto y diversas constituciones del mundo, especialmente las que han sido recientemente reformadas, lo han incorporado también.

El principio de prevención a veces se confunde con el principio de precaución, sin embargo, tiene una orientación diferente. Este principio opera justamente cuando existen las certezas jurídicas, esto es, cuando existen los conocimientos científicos para saber y estar consciente de las consecuencias nocivas que podría ocasionar una determinada actividad o proyecto de desarrollo o inversión y, por esa razón, es que se deberían adoptar medidas positivas destinadas a evitar la ocurrencia del impacto negativo o consecuencia nociva.

## **Conclusión**

Desde el punto de vista del modelo económico, en sí mismo considerado, este no afecta a los derechos humanos. Esto significa que los derechos humanos implican obligaciones mínimas para el Estado, que deben ser cumplidas independientemente del sistema económico y social que este haya adoptado. En consecuencia, el Estado tiene obligaciones respecto del derecho de propiedad y de los derechos sociales, cualquiera sea su organización social y económica. Todos los derechos imponen obligaciones positivas para los Estados de lo cual no están exentos el derecho de propiedad y los

<sup>53</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2011), § 6.

---

derechos sociales. En esta línea, sería un gran avance si la Constitución explicitara que Chile es un Estado social y democrático de Derecho, regido por los principios de igualdad, cohesión social, y justicia social y económica.

En el ámbito de la propiedad, la Constitución de Chile requiere importantes ajustes y explicitaciones, como se han expuesto en este trabajo. Abrir el derecho de propiedad a otras formas de dominio y posesión, tales como la propiedad tradicional colectiva indígena, tanto de sus tierras y territorios como de sus recursos naturales, es un avance que no puede esperar. Por cierto, aquello debe ir acompañado del debido reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y del derecho a la autodeterminación de los mismos en conformidad con el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

Al mismo tiempo, como se ha indicado, urge reforzar el área social del derecho de propiedad y, por lo tanto, la función social y ecológica o ambiental de la misma. La Constitución debería ampliar la noción de función social a aquella ambiental *lato sensu*. Vinculada con esta materia, se encontraría la incorporación en la Constitución del principio de protección de los recursos naturales *lato sensu* con un fin de protección del interés social de la comunidad. Así, deberíamos repensar nociones contrapuestas a las anteriores previstas en la Constitución, tales como la protección constitucional de la propiedad contra actos administrativos o jurisdiccionales, o el derecho real de aprovechamiento de aguas, entre otras. Estas nociones conducen a un desequilibrio en la protección de los recursos naturales que pertenecen a todos y en la protección del medio ambiente. Por eso, un gran progreso sería la incorporación en el ámbito de la propiedad del principio de desarrollo sostenible.

## **Bibliografía**

ABRAMOVICH, Víctor (2006): “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista Cepal*, N°88, abril, O.N.U.

ABRAMOVICH, Víctor & Laura PAUTASSI (2009): *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

BASSA, Jaime & Christian VIERA (2012): “Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII.

UNITED NATIONS WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (1987): *Report*

*of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, Oxford University Press, Oxford.

CARRILLO, Juan José (2010): “El neoliberalismo en Chile: entre la legalidad y la legitimidad. Entrevista a Tomás Moulián”, *Revista Perfiles Latinoamericanos*, N° 35, Enero–Junio, FLACSO-México.

DRZEMCZEWSKI, Andrew (1983): *European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study*, Claredon Press, Oxford.

HERNÁNDEZ, Juan (2009): *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, Hegoa, Bilbao.

LÓPEZ-MURCIA, Julián & Gabriela MALDONADO-COLMENARES (2009): “La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al caso de las Comunidades Campesinas en Colombia”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 14, enero-junio.

PAREJO, Luciano (2001): “El Estado social y administración pública. Algunas reflexiones a propósito de la llamada crisis del primero”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, N°1, febrero.

PAUTASSI, Laura (2011): “Educación, cuidado y derechos: Propuestas de políticas públicas”, *SER Social*, Vol. 13, N° 29, jul./dez, Brasilia.

\_\_\_\_\_ (2007): “La articulación entre políticas públicas y derechos, vínculos difusos”, Ximena Erazo (Coord.), *Políticas públicas para un estado social de derecho: el paradigma de los derechos universales*, Vol. 2, LOM, Santiago.

SERMET, Laurent (1999): *La Convention européenne des Droits de l’Homme et le droit de propriété*. Dossier sur les droits de l’homme, N° 11 rév. Editions du Conseil de l’Europe, Strasbourg.

VIERA, Christian (2013): “Aproximaciones al sincretismo ideológico de la Constitución chilena. Especial referencia al iusnaturalismo escolástico y neoliberalismo”, *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 9.

## **Jurisprudencia**

Corte de Apelaciones de Santiago: *c/ Isapre Masvida*. Recurso de Protección. Rol N° 94.228-2013. Sentencia de fecha 04 de noviembre de 2013.

Corte Suprema: *c/ Isapre Colmena Golden Cross*. Recurso de Protección. Rol N° 24.157-2014. Sentencia de fecha 09 de octubre de 2014.

---

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

European Court of Human Right: Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden (Application N° 7151/75; 7152/75). Judgment, 23 September 1982.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 976-2007. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1710-2010. Sentencia de fecha 06 de agosto de 2010.

Tribunal Constitucional de Perú, EXP. N° 0048-2004-PI/TC. Sentencia de 01 de abril de 2005.

## **Documentos**

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación general N° 3. *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del art. 2° del Pacto) (1990), párrafo 8.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación general N° 3 (1990), sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, referente al art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Quinto periodo de sesiones, celebrado en diciembre de 1990.

Consejo de Derechos Humanos: Informe del Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo acerca de su 15° período de sesiones (Ginebra, 12 a 16 de mayo de 2014). Doc. N.U. A/HRC/27/45, 07 de julio de 2014, párrafo 15.

Consejo de Derechos Humanos: Informe preparado por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo en cumplimiento de la resolución 15/25 del Consejo de Derechos Humanos. Doc. N.U. A/HRC/WG.2/12/3, 1° de septiembre de 2011, par. 6.

Declaración y Programa de Acción de Viena, derivada de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, párrafo 5.

Hunt, Paul (2002): *The international human rights treaty obligations of states parties in the context of service provision*. In Day of General Discussion: The Private Sector as Service Provider and Its Role in Implementing Child Rights, U.N. Doc. CRC/C/121, 31st sesión, September 20.



---

## **II DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**



## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y NUEVA CONSTITUCIÓN: HACIA UNA LECTURA COMPETENCIAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD\*

Pablo Contreras Vásquez

### Presentación

Quisiera partir señalando que me parece excelente que la reflexión sobre una nueva Constitución incluya un espacio especialmente reservado a la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. Este tema no solo es una de las tendencias recientes dentro del derecho constitucional comparado, sino que también parece venir dictado por la pragmática de las relaciones internacionales contemporáneas.

Por cierto, hablar de nueva Constitución y derecho internacional es demasiado amplio, y no pretendo abarcar todas las complejidades que se siguen de la relación entre ambos, ni de las cuestiones que deben modificarse de la Constitución actual. Por tratarse de un tema amplísimo, quisiera referirme a uno de los desarrollos recientes del derecho internacional, específicamente, al derecho internacional de los derechos humanos. Me refiero a la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) que ha sido denominada como “control de convencionalidad”. Si bien la doctrina en comento no tiene más de ocho años de existencia, la atención que ha despertado en los operadores merece cierta reflexión de cara a la creación de un nuevo texto fundamental.

¿Por qué debemos prestar atención a esta doctrina? Primero, porque la Corte IDH la emplea con frecuencia —desde el año 2006— si bien no siempre con el mismo sentido. En consecuencia, cumplir con los estándares interamericanos de derechos humanos tiene relevancia a la hora de determinar la responsabilidad internacional del Estado. Segundo, porque se relaciona estrechamente con el ejercicio de la función jurisdiccional y, especialmente, con el control de constitucionalidad de leyes y otras normas jurídicas. Por lo tanto, su comprensión y (potencial) incorporación —ya sea a través de las normas o de la aplicación judicial— tiene un impacto en el sistema de fuentes formales que se utilizan para resolver casos concretos. En cierta forma, el denominado control de convencionalidad es la puerta de entrada para la aplicación directa del derecho internacional en litigios nacionales (ciertos tratados internacionales y sentencias de la Corte IDH).

\* Agradezco la asistencia bibliográfica de Viviana Villalobos y los comentarios efectuados por Miriam Henríquez, durante la presentación oral de este trabajo en el Seminario. Los defectos subsistentes son de mi exclusiva responsabilidad.

---

No pretendo agotar la reflexión respecto a esta doctrina. Se trata de una materia que ha acaparado la atención reciente de los iuspublicistas latinoamericanos y ha sido desarrollada en extenso a través de *papers*, monografías y libros colectivos.<sup>1</sup> Además, en el contexto de la reflexión sobre una nueva Constitución, se trata de un tema tributario de otras dos importantes discusiones: el control de constitucionalidad de leyes y el rol de los tribunales y el grado de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional.

Quisiera enfocarme en la pregunta competencial sobre el control de convencionalidad, esto es, quién tiene la potestad de internalizar el estándar interamericano. En lo que sigue intentaré desarrollar algunas ideas en relación a una nueva Constitución y la articulación de los mandatos impuestos por el control de convencionalidad, en base a modelos de control de constitucionalidad. Estas consideraciones asumen que, primero, es pragmáticamente aconsejable lidiar y regular el control de convencionalidad, con independencia de la posición crítica que tenga uno frente a tal doctrina. Es decir, esta ponencia asume una tesis estratégica frente al control de convencionalidad y la contingencia de una nueva Constitución y plantea posibles arreglos institucionales para hacerse cargo de los problemas de internalización que la doctrina plantea. Estas posibilidades son dependientes, como se verá, de la definición previa del establecimiento (o no) de un sistema de control de constitucionalidad.

No trataré, por tanto, las tesis que cuestionan el control de convencionalidad. Este debate es relevante especialmente a la hora de determinar los alcances de la doctrina. Ximena Fuentes fue una de las pioneras en expresar reparos a esta doctrina.<sup>2</sup> Por mi parte, en otras fuentes he expresado mi posición normativa crítica sobre el control de convencionalidad.<sup>3</sup> A pesar de las tesis críticas, es conveniente, especialmente para el constituyente o el *policy maker*, tener una propuesta para enfrentar internamente los alcances de esta obligación internacional. En otras palabras, ya que las consecuencias institucionales del control de convencionalidad son relevantes, es conveniente abordar los dilemas que presenta respecto del reparto de competencias de los órganos del Estado.

Esta mirada “interna” o “doméstica” es necesaria para avanzar a una mejor conciliación entre el mandato de la Corte IDH y la aplicación de la doctrina por parte de los órganos del Estado. Si bien la Corte ha ido particularizando las exigencias del control de convencionalidad, salvo por ciertos criterios generales,<sup>4</sup> escasamente ha delimitado la forma de internalización de la doctrina. El trabajo descansa, por tanto,

---

1 La literatura aparece bien resumida en HENRÍQUEZ (2014) y CONTRERAS (2014).

2 FUENTES (2008). Revítese su tesis actualizada en FUENTES (2014).

3 CONTRERAS (2014)

4 Véase, por ejemplo, Aguado Alfaro y otros v. Perú (2006) y Gelman v. Uruguay (2010)

en los órganos aplicadores del Derecho pero también, y esto es lo que nos convoca, en quienes busquen crear un nuevo orden constitucional en Chile. El trabajo contribuye a responder quién y cómo se ejecuta internamente el control de convencionalidad.

Para poder desarrollar esta lectura competencial del control de convencionalidad, es necesario explicar brevemente las principales características de la doctrina, en la evolución que ha tenido la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta revisión es necesaria porque el control de convencionalidad tiene distintos alcances. En algunos fallos de la Corte, es una doctrina que faculta anular, inaplicar o derogar normas internas incompatibles con las obligaciones internacionales. En otros, el control de convencionalidad solo dictamina un mandato de interpretación de normas, de manera de armonizar las reglas internas con el derecho internacional. Esta distinción preliminar ya impacta en el reparto de competencias de los órganos del Estado.

En este trabajo, en primer lugar se presenta un sencillo esquema que explica las variantes de control de convencionalidad, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH. En segundo lugar, en base a este esquema, se sugieren tres modelos para entender la correcta aplicación interna del control de convencionalidad, desde el punto de vista de las competencias de los órganos internos de los Estados. En este sentido, se distinguen tres hipótesis: control de convencionalidad *fuerte*, *débil* y como *directriz*, con el objeto de precisar cuáles serían las competencias de los órganos del Estado en relación a la aplicación interna de las obligaciones y estándares provenientes del *corpus iuris* interamericano. El primer modelo explica cómo se internaliza el control de convencionalidad en un mundo sin control de constitucionalidad de leyes. El segundo modelo lo analiza desde el control de constitucionalidad difuso. El tercero, es similar al caso actual y articula las competencias en base a un sistema concentrado de control. El trabajo propone que, en el evento de recepcionar constitucionalmente el control *fuerte* de convencionalidad, entonces —de mantenerse el sistema represivo actual de control de constitucionalidad— la competencia para ejercerlo debe radicar en el Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”). Respecto del control *débil*, se puede insertar un mandato general de interpretación conforme a la Constitución, en adición al parámetro de control que define la Corte Interamericana. En este caso, el mandato se aplicaría no solo al TC sino a todos los órganos que ejercen jurisdicción. Respecto del control como *directriz*, se propone que no es conveniente innovar normativamente y sujetar el control de las conductas de los órganos del Estado no jurisdiccionales a las reglas generales de responsabilidad internacional del Estado.

---

## I. Tres tipos de control de convencionalidad

Para simplificar la jurisprudencia de la Corte IDH, ordenaremos sus fallos más relevantes en materia de control de convencionalidad. Este orden permite describir tres tipos de control de convencionalidad: control *fuerte* y control *débil* de normas internas y una tercera versión del control que puede entenderse como *directriz*, en los términos que Atienza y Ruiz Manero han precisado.<sup>5</sup> Esta distinción se emplea solo para efectos pedagógicos y con el objeto de determinar quién y cómo se internaliza el estándar interamericano obligado por el control de convencionalidad.<sup>6</sup>

### 1. Control *fuerte* de convencionalidad

El control *fuerte* de convencionalidad importaría la obligación del juez nacional de “desplazar” la aplicación de la norma interna por violar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la interpretación de ella en las sentencias de la Corte IDH.<sup>7</sup> La versión *fuerte* del control de convencionalidad surge en el origen mismo de la doctrina: el caso *Almonacid Arellano v. Chile*.<sup>8</sup> En dicha oportunidad, el Decreto Ley N° 2191 de amnistía se reputó manifiestamente incompatible con la CADH. Por ello, a juicio de la Corte, el juez nacional no podía sino preterir la aplicación de la norma interna para dar vigencia al tratado y asegurar su *effet utile*.

Sin embargo, la Corte fue ambigua: no es claro cuál debe ser el efecto del control *fuerte* de convencionalidad: la inaplicabilidad, la inconventionalidad o la anticonventionalidad o, derechamente, la derogación de la norma interna. Estas dudas son compartidas en la literatura.<sup>9</sup> En cualquier caso, la norma interna es desplazada en el caso concreto por estar en contradicción con lo dispuesto en la CADH y a las interpretaciones de la Corte IDH.

### 2. Control *débil* de convencionalidad

El control *débil* de convencionalidad, por otra parte, se puede entender como un mandato de interpretación de las normas internas conforme a lo dispuesto en la CADH

---

5 La distinción entre principios y directrices (*policies*) surge en los trabajos de DWORKIN (1978), pp. 22 y ss. En este trabajo seguiremos las precisiones efectuadas al concepto de directriz en los trabajos de ATIENZA & RUIZ MANERO (1991) y luego ATIENZA & RUIZ MANERO (2000) y (2004).

6 La clasificación aquí sugerida recoge y expande las facetas “destructivas” y “constructivas” del control de convencionalidad que ya propuso SAGÜÉS (2010), p. 127. De igual forma, recoge parte de las consideraciones del juez ad hoc Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado para el caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México* (2010), cc. 35 y ss. Véase también, FERRER (2010), pp. 151 y ss.; FERRER MAC-GREGOR (2011), pp. 917-67; FERRER MAC-GREGOR (2011), pp. 531-622.

7 Utilizo la expresión “desplazar” o “preterir” en razón de la escasa especificidad de los efectos del control de convencionalidad según la jurisprudencia de la Corte IDH.

8 *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006), § 124.

9 Véase, por todos, SAGÜÉS (2010), p. 127; SAGÜÉS (2011), p. 348; ZÚÑIGA (2012), p. 440; HENRÍQUEZ (2012), p. 254.

y la interpretación que de la misma ha efectuado la Corte.<sup>10</sup> Es similar al principio de interpretación conforme a la Constitución.<sup>11</sup> La obligación de ejercer el control de convencionalidad adopta la exigencia de una construcción interpretativa plausible que permita armonizar la Convención y los fallos de la Corte IDH, con el ordenamiento jurídico nacional del Estado parte —incluyendo hasta la misma Constitución—. En esta modalidad del control, la norma interna no es necesariamente “desplazada”. En otras palabras, se busca salvar la antinomia entre el orden jurídico nacional y el internacional mediante la interpretación, evitando declarar una inaplicabilidad —o anticonvencionalidad o derogación— de la norma interna.<sup>12</sup>

La Corte ha adoptado una versión *débil* del control de convencionalidad en determinadas sentencias, especialmente en materia de reparaciones y garantías de no repetición de violaciones a los derechos humanos. En *Radilla Pacheco v. México*, sostuvo que la “interpretación [de las normas internas mexicanas] debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8 N° 1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana”.<sup>13</sup> El caso en cuestión se refería a los límites de la jurisdicción penal militar que, bajo la jurisprudencia de la Corte IDH, excluyen la competencia para juzgar a militares que cometen graves violaciones a los

10 Algunos autores sostiene que el control de convencionalidad, en rigor, solo podría constituirse como un mandato de interpretación de derechos de acuerdo a la Convención y no en sentido “fuerte” como el que aquí hemos descrito. Véase a CASTILLA (2011), p. 603: “En nuestra opinión, esa especie se trata de lo que aquí ya hemos señalado como la obligación de observar y aplicar el contenido de la Convención Americana por medio de una interpretación de derechos y libertades acorde al tratado, pero nunca un control de convencionalidad como tal, [...] por la sencilla razón de que los jueces nacionales no pueden declarar como *inconvencional* una ley o acto, ya que no les está autorizado, pudiendo hacer siempre y por la obligación que tienen, sólo la interpretación antes señalada.” (Cursivas en el original).

11 Véase, en general, GUASTINI (2003), pp. 56-7; RIBERA (1989), pp. 224-6.

12 En los comentarios formulados en el seminario que origina este texto, Miriam Henríquez me ha señalado que, en rigor, el control de convencionalidad no sería una forma de *control* de normas. En efecto, si se entiende por control de normas la facultad para anularlas (o inaplicarlas, declararlas inconstitucionales, etc.), entonces este tipo de control que denomino “control *débil*” no podría ser considerado una modalidad del control de convencionalidad (y el único control de convencionalidad genuino sería aquel que denomino “control *fuerte* de convencionalidad”). Este razonamiento me parece conceptualmente correcto y, quizás, sería conveniente utilizar otra denominación para el control *débil* de convencionalidad (así como también para el control como *directriz*). Sin embargo, hay dos razones que me persuaden a mantener el nombre de “control *débil* de convencionalidad”. Primero, la Corte IDH y la doctrina han nominado este mandato de interpretación como “control de convencionalidad”. Así lo hizo, por ejemplo, la Corte IDH en *Radilla Pacheco v. México* (2009), § 339-40. Lo mismo sucede con la faz *constructiva* del control de convencionalidad, tal como lo concibe SAGÜÉS (2010), pp. 130 y ss. La segunda razón se conecta con estudios de Derecho constitucional comparado sobre sistemas de control de convencionalidad en Estados como Inglaterra o Nueva Zelanda. De acuerdo a los trabajos de JACKSON & TUSHNET (2006) y TUSHNET (2008), los mandatos de interpretación conforme a Cartas de Derechos podrían ser catalogados como modelos *débiles* de control de constitucionalidad. Por lo tanto, en este punto existiría simetría entre los sistemas *débiles* de control de constitucionalidad y el control *débil* de convencionalidad.

13 Caso *Radilla Pacheco v. México* (2009) § 338 (énfasis agregado).



---

derechos humanos.<sup>14</sup> Tal versión *débil* del control de convencionalidad se reitera en el caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México*,<sup>15</sup> cuya materia era, en este punto, sustancialmente similar a *Radilla Pacheco*.

### 3. Control de convencionalidad como *directriz*

El tercer tipo de control de convencionalidad –como *directriz*– surge de las ampliaciones que la Corte ha hecho respecto de las autoridades nacionales que están obligadas a efectuar el control.<sup>16</sup> Si bien hay cierta discrepancia en la doctrina,<sup>17</sup> la Corte ha ido extendiendo consistentemente la pluralidad de sujetos obligados. En lo que a nosotros nos interesa, debemos revisar la extensión de la obligación del control de convencionalidad a los órganos políticos democráticos. En *Gelman v. Uruguay*, la Corte IDH sostiene que el control de convencionalidad es una tarea “*de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial*”.<sup>18</sup> En tal sentido, la decisión señala que en “*las instancias democráticas [...] también debe primar un ‘control de convencionalidad’*”.<sup>19</sup> La expresión plantea problemas para el paralelo entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad, como mecanismos de declaración de invalidez de normas.

Una forma de comprender lo que dice la Corte en este caso es que toda autoridad pública debe tener en consideración la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH a efectos de ejercer sus potestades. Para eso, es conveniente recurrir a la noción de *directriz*, en los términos expuestos por Atienza y Ruiz Manero. Estos autores señalan que una *directriz* es un enunciado que configura de forma abierta las condiciones de aplicación, pero fija un norte o un modelo de conducta que debe ser alcanzado.<sup>20</sup> Cuando la Corte dispone que todos los órganos estatales están obligados a efectuar un control de convencionalidad y, a la vez, que lo hagan conforme a sus procedimientos internos y sus reglas de competencia, no puede pretender que ciertas autoridades –como son

---

14 *Ibid.*, § 340. Sobre el estándar interamericano de derechos humanos aplicable a la justicia militar, véase CONTRERAS (2011), pp. 209-26.

15 Caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México* (2010), § 233.

16 En su origen, en *Almonacid*, la Corte se refería a los “jueces” en términos genéricos y en relación al “Poder Judicial” en su conjunto. Caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006), *cit.*, nota 66, § 124. Luego, la Corte dispuso que “los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana [...]”. Caso *Vélez Lóor v. Panamá* (2010), § 287. La Corte ratificará esta línea jurisprudencial en el caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México* (2010), al establecer que el control de convencionalidad se debe ejercer por los “*órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles*”. Caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México* (2010), § 225.

17 La pregunta por los sujetos habilitados para ejecutar el control de convencionalidad genera discrepancias en la doctrina. Las diferencias se dan porque utilizan distintos conceptos de control de convencionalidad. Esto lo advertimos en CONTRERAS (2014) y ha sido desarrollado en detalle por HENRÍQUEZ (2014).

18 Caso *Gelman v. Uruguay*, (2010) *cit.*, nota 70, § 239.

19 *Ibid.*

20 ATIENZA & RUIZ (2004), pp. 110 y ss.

los órganos políticos— efectúen control de validez de norma o realicen interpretaciones conforme al estándar interamericano. Existen ciertos órganos estatales cuya principal tarea es la de crear o generar nuevas normas internas. En este caso, el mandato de la Corte de efectuar un control de convencionalidad, se ubica casi en el rango de una norma programática. Se trataría de una versión del control de convencionalidad *débil*, que no se limita a la interpretación de normas internas —en sentido técnico, esto es, de atribuir un significado y alcance a un enunciado normativo— sino que se amplía a una pauta interamericana para el ejercicio de las funciones de determinados órganos del Estado. En este sentido, la creación o generación de normas internas —leyes, reglamentos o decretos e, incluso, reformas constitucionales— se sujetaría al control de convencionalidad. Para ello, solo se establece una finalidad normativa a alcanzar.

## II. Una lectura competencial para el control de convencionalidad

Esta revisión breve y tipológica de la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad permite analizar mejor las alternativas que pueden darse para la implementación interna de la doctrina. En esta propuesta, como ya he advertido, mi principal preocupación es cautelar el debido reparto de competencias que efectúa una Constitución, especialmente en materia de control de constitucionalidad de normas.

Esta discusión se relaciona directamente con otra que versa sobre si queremos tener sistemas judiciales de control de constitucionalidad y por cuál sistema optaríamos. Por cierto, esto es una cuestión de diseño institucional que resuelve las tensiones entre democracia y constitucionalismo, y la internalización del control de convencionalidad, lo cual dependerá de la respuesta que brinde una nueva Constitución. Sin embargo, podemos plantear al menos tres modelos posibles: un sistema jurídico sin control de constitucionalidad, otro con un control difuso y, finalmente, un modelo que contemple un sistema concentrado de control de constitucionalidad (tal como el que existe actualmente en Chile).

### 1. Control de convencionalidad en un mundo sin control de constitucionalidad

En tiempos de *neoconstitucionalismos*<sup>21</sup> y *juristocracia*<sup>22</sup> puede ser difícil de imaginar, pero una alternativa es que la nueva Constitución carezca de un sistema de control de constitucionalidad de la ley. Si no existiere potestad alguna de control de constitucionalidad, entonces, en mi opinión, se seguirían las posibilidades que detallo a continuación. Primero, la aplicación interna del control de convencionalidad *fuerte* sería inviable —desde el punto de vista competencial— toda vez que no hay órgano

21 Véase, por todos, CARBONELL (2003).

22 HIRSCH (2004).

---

judicial facultado para inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de una norma interna, conforme al parámetro de control internacional. La única respuesta institucional posible sería que los órganos generadores de normas modifiquen o deroguen la norma que contraviene las obligaciones internacionales. Por lo tanto, el peso de la internalización de estándares recae principalmente en el legislador y la Administración. Segundo, la aplicación interna del control de constitucionalidad *débil* respondería a una lógica difusa, esto es, competencialmente repartida en cualquier tribunal. Por lo tanto, cualquier órgano que ejerce jurisdicción podría efectuar una interpretación de normas internas conforme al parámetro del control de convencionalidad. Para ello, igualmente es aconsejable que se explicité positivamente el mandato de interpretación conforme a la Constitución y que se incorpore el parámetro de control de la doctrina en comento. En conclusión, la gran responsabilidad de compatibilizar el orden interno con las obligaciones interamericanas recaería, principalmente, en los órganos productores de normas y, especialmente, en el legislador. En este caso, operaría aquello que he denominado control de convencionalidad como *directriz*, donde las autoridades nacionales poseen, en principio, un amplio margen de discreción para determinar la forma de cumplimiento de las obligaciones internacionales.<sup>23</sup>

Es difícil pensar que esto vaya a suceder. Me parece que, salvo por las críticas al control preventivo de constitucionalidad,<sup>24</sup> es probable que se mantenga, al menos, el control concentrado y represivo de la ley. Pese a ello, cabe consignar que este reparto competencial favorece el poder de los órganos democráticos para la ejecución y cumplimiento de las obligaciones internacionales y, a la vez, asume pragmáticamente la responsabilidad de los jueces que deben, en el marco de la institucionalidad, procurar evitar la violación del derecho internacional.<sup>25</sup>

## **2. Control de convencionalidad en un mundo con control difuso de constitucionalidad**

El segundo modelo es completamente opuesto al anterior. Es el reino del

---

23 Sobre los aspectos de discreción y control de convencionalidad, véase CONTRERAS (2014b).

24 Por todos, ATRIA (2013).

25 Puede plantearse la duda de si un mundo —o una nueva Constitución— sin control de convencionalidad ya constituiría una violación al mandato de control de convencionalidad o, lo que es lo mismo, que las obligaciones interamericanas exigen implementar sistemas de control de constitucionalidad que, al menos, puedan *preterir* la aplicación de normas internas. Me parece que esto no se sigue de las obligaciones de la CADH y así lo he fundamentado en otra parte, CONTRERAS (2014). Los Estados partes de la CADH tienen un margen de discreción para resolver la tensión Democracia y Constitucionalismo de la forma que estimen conveniente. Ello puede llevar o no al establecimiento de dispositivos institucionales de control de constitucionalidad de normas. Sin embargo, un Estado que no desea adoptar un sistema de control de constitucionalidad no vulneraría *per se* la CADH. La responsabilidad internacional del Estado dependerá de la conducta efectiva de sus órganos nacionales y de la diligencia (o negligencia) en el cumplimiento de las obligaciones de la CADH, incluyendo, por cierto, la modificación o derogación de aquellas normas que vulneran derechos humanos.

control de constitucionalidad y del mundo pensado cuando se dictó *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006). Es aquel sistema en el que cualquier juez tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas. No existe un tribunal o corte especial que concentre dicha competencia. En este modelo, el principal agente internalizador de los estándares interamericanos y de las obligaciones convencionales es el juez ordinario. No solo tiene la competencia de interpretación conforme al parámetro de control interamericano —es decir, el control *débil*— sino también puede declarar la incompatibilidad de la norma interna y desplazarla —es decir, control *fuerte*— con los efectos que el ordenamiento disponga (ya sea una declaración de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad). Los problemas podrían darse desde el punto de vista de la coherencia jurisprudencial, ya que, de no adoptarse una regla de *stare decisis*, se podrían generar internalizaciones de distinto grado e intensidad.

Bajo este modelo, subsiste el control de convencionalidad como *directriz* radicado en los órganos democráticos. Estos siempre tendrán la competencia para ajustar la corrección del ordenamiento nacional a las obligaciones internacionales. Sin embargo, los protagonistas son los jueces —*cualquier* juez— ya que poseen pleno poder para dar garantía de cumplimiento de las obligaciones internacionales.

### **3. ¿Y qué pasa en un mundo similar al actual? (es decir, con control concentrado de constitucionalidad)**

Pese a lo anterior, en los tiempos que corren, es razonable asumir que alguna variante de control de constitucionalidad va a existir en una nueva Constitución. Nuevamente, esto es contingente y dependerá del arreglo institucional que se adopte. Pero permítanme asumir que la nueva Constitución mantendrá, al menos, el control represivo de leyes radicado en el control de constitucionalidad. Si este es el escenario —es decir, un escenario bastante similar al actual— es necesario preguntarse por la mejor forma de internalizar el control de convencionalidad respetando el reparto de competencias que efectúa la Constitución.

Mi opinión, nuevamente, distingue entre los tipos de control. Primero, en el caso del control de convencionalidad *fuerte*, me parece que la única posibilidad es que el órgano competente para aplicar esta variante es el Tribunal Constitucional (conforme al art. 93 N° 6 y 7). Esto es perfectamente compatible con la delimitación que ha hecho la Corte IDH en *Aguado Alfaro y otros v. Perú* (2006). Ningún otro tribunal puede *preferir* la aplicación de un precepto legal sin violar el reparto de competencias actuales y cada Estado puede optar libremente por un modelo concentrado de control, tal como lo ha interpretado la Corte IDH. Sin embargo, en el sistema actual, el TC todavía tiene un problema que resolver: ¿en base a qué norma declara la inaplicabilidad

---

o inconstitucionalidad de un precepto legal que viola una obligación internacional? Esta pregunta competencial dice relación al uso de las fuentes formales e importa, especialmente, en relación al denominado “parámetro de control”. El TC ha resuelto este dilema mediante una técnica armonizadora, esto es, atendiendo a normas internacionales para dotar de contenido a las normas constitucionales. Esta técnica, sin embargo, sería conveniente de explicitar a través de la creación de una regla constitucional nueva. Lo que hace el TC es interpretar la Constitución auxiliado por el derecho internacional y justifica tal respaldo en el art. 5° de la Constitución. Pero el problema surge cuando emplea instrumentos internacionales que no son tratados internacionales (como las resoluciones generales o declaraciones de principios de órganos internacionales) o las sentencias de tribunales internacionales (como la Corte IDH). Para la Corte IDH, el control de convencionalidad debe emplear un parámetro amplio que ha denominado *corpus juris interamericano*, que incluye no solo la CADH, sino también las sentencias de la Corte IDH y, eventualmente, tratados internacionales que Chile puede o no haber firmado (como la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia).<sup>26</sup> Este parámetro es más amplio que lo que establece el art. 5°. Dicho precepto alcanza a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se encuentren en la Constitución y en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. El problema, por tanto, se mantiene cuando el TC justifica la inaplicabilidad o inconstitucionalidad en base a fuentes que no se pueden reconducir al parámetro del art. 5°, ya que, técnicamente, estaría obrando fuera de su competencia. Si se quiere resolver este aspecto, es conveniente incorporar una norma que explicita que el control de constitucionalidad de las normas puede emplear el parámetro de control de convencionalidad que ha fijado la Corte IDH.

Segundo, en el caso del control de convencionalidad *débil*, la respuesta competencial es mixta. Tanto el TC como los tribunales ordinarios pueden emplear el parámetro de control para efectuar una interpretación de normas internas conforme a las obligaciones internacionales. En este caso se busca, por un lado, evitar la eventual responsabilidad del Estado y, por el otro, respetar la competencia de tribunales ordinarios y del TC. Por tanto, no hay necesidad de nuevas normas al respecto.<sup>27</sup> Pese a lo recientemente dicho, debe advertirse que, tal como en el caso anterior, subsisten los problemas respecto del alcance de las competencias de estos tribunales para aplicar fuentes internacionales que van más allá de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

---

26 Convención Americana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia A-69, del año 2013.

27 Lo anterior es sin perjuicio de las dificultades que se siguen en relación a los mandatos de interpretación conforme a la Constitución y los problemas que presentan para sistemas concentrados de control de constitucionalidad.

Tercero, en el caso del control de convencionalidad como *directriz* la actual regla del art. 5°, en relación con el art. 2° de la CADH, es completamente suficiente. Todos los órganos del Estado<sup>28</sup> deben respetar y promover los derechos humanos, en el marco de sus competencias. Por ello, en la creación, modificación o supresión de normas internas deberán considerarse las obligaciones internacionales del Estado, a efectos de escoger una alternativa compatible con estas. En esta labor, los órganos internos poseen, en principio, un alto grado de discrecionalidad<sup>29</sup> y su conducta sería, eventualmente, revisada por tribunales internacionales (como es el caso del procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH). En este caso, dependerá de los órganos políticos la determinación de la mejor forma de cumplimiento de las obligaciones internacionales y de la forma de compatibilizar distintos valores o bienes en juego. Tal es la obligación de promoción de los derechos humanos contenida en el actual art. 5°. Por tanto, para una nueva Constitución no sería necesario contar con una nueva norma que apunte a este nivel de aplicación del control de convencionalidad.

### **Algunas conclusiones**

Una nueva Constitución debe atender a los desarrollos del derecho internacional porque la definición institucional de reglas de competencia puede minimizar las posibilidades de incumplimiento de obligaciones internacionales y, eventualmente, de responsabilidad del Estado. Dentro de estos desarrollos, destaca el control de convencionalidad. Sin embargo, la forma de articular las competencias de los órganos nacionales en relación a esta doctrina requiere diferenciar los distintos tipos de control de convencionalidad. Aquí he utilizado una distinción entre control de convencionalidad *fuerte*, *débil* y como *directriz*.

En base a esta distinción, es posible articular las competencias de los órganos internos dependiendo de la existencia de un sistema interno de control de constitucionalidad. En un mundo sin control de constitucionalidad, no es procedente la aplicación del control *fuerte* de convencionalidad y los tribunales solo podrían ejecutar un control *débil*. El peso del cumplimiento de las obligaciones internacionales quedaría radicado en los órganos productores de normas —a través del control como *directriz*—. En la otra propuesta —aquella de sistemas difusos de control— cualquier juez puede ejercer tanto el control *fuerte* como el *débil*. La judicatura se convierte en protagonista de la internalización de los estándares interamericanos. En un mundo similar al nuestro,

28 En este caso, aquellos que no ejercen jurisdicción. De lo contrario, estarían dentro de las hipótesis de control *fuerte* o *débil* de convencionalidad.

29 La discrecionalidad interna, sin embargo, dependerá de los estándares de deferencia internacional y de los grados de concretización de las obligaciones internacionales. Sobre esto, véase CONTRERAS (2012) y (2014b).

---

es decir, con control concentrado de constitucionalidad, el TC podría ejercer el control *fuerte* de convencionalidad, pero existen problemas respecto a la regla competencial que permite emplear el derecho internacional, toda vez que el art. 5° no alcanza a algunas fuentes que son parte del *corpus juris interamericano*. El control *débil* caería bajo la competencia tanto del TC como de los tribunales ordinarios —aunque se sugiere la explicitación de una regla de mandato de interpretación conforme al parámetro constitucional y convencional—. Finalmente, el control de convencionalidad como *directriz* puede ser ejercido por los órganos productores de normas sin mayores dificultades, en cumplimiento con el mandato de promoción de los derechos humanos que establece el art. 5° de la Constitución.

### **Bibliografía**

AGUILAR, Gonzalo (2012): “El Control de Convencionalidad y el Rol del Juez Nacional Como Juez de los Derechos Humanos”, Humberto Nogueira (Coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago.

ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan (1991): “Sobre Principios y Reglas”, *Doxa*, Vol. 10.

\_\_\_\_\_ (2000): *Ilícitos Atípicos*, Trotta, Madrid.

\_\_\_\_\_ (2004): *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Ariel, Barcelona.

CARBONELL, Miguel (2003): *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.

CASTILLA, Karlos (2011): “El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI.

CASTILLO, Luis (2012): “La Relación entre los ámbitos Normativos Internacional y Nacional sobre Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2.

CONTRERAS, Pablo (2011): “Independencia e Imparcialidad en Sistemas de Justicia Militar: Estándares Internacionales Comparados”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2.

\_\_\_\_\_ (2012): “National Discretion and International Deference in the Restriction of Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-



American Court of Human Rights”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 11, N° 1.

\_\_\_\_\_ (2014): “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, Manuel Núñez (Ed.), *La Internacionalización del Derecho Público*, Thomson Reuters, Santiago (en prensa).

\_\_\_\_\_ (2014b): “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 2 (en edición).

DWORKIN, Ronald (1978): *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2010): “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional”, Héctor Fix-Zamudio & Diego Valadés (Coords.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

\_\_\_\_\_ (2011): “Reflexiones sobre el Control Difuso de Convencionalidad. A la Luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XLIV, N° 131.

\_\_\_\_\_ (2011): “Interpretación Conforme y Control difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2.

FUENTES, Ximena (2008): “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77, N° 2.

\_\_\_\_\_ (2014): “La Jerarquía y el Efecto Directo del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chileno”, *Una Vida en la Universidad de Chile. Homenaje a Antonio Bascuñán Valdés*, Thomson Reuters, Santiago.

GUASTINI, Riccardo (2003): “La ‘Constitucionalización’ del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.

HIRSCHL, Ran (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge.

HENRÍQUEZ, Miriam (2012): “Análisis de la Jurisprudencia Recaída en Recursos de Protección y el Control de Convencionalidad (1989-2011)”, Humberto Nogueira (Coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago.



---

\_\_\_\_\_ (2014): “La Polisemia del Control de Convencionalidad Interno”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 24.

JACKSON, Vicki & Mark TUSHNET (2006): *Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Foundation Press, New York.

NASH, Claudio (2012): “El Control de Convencionalidad. Precisiones Conceptuales y Desafíos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Humberto Nogueira (Coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago.

RIBERA, Teodoro (1989): “El Tribunal Constitucional y su Aporte al Desarrollo del Derecho. Aspectos Relevantes de sus Primeros 59 Fallos”, *Estudios Públicos*, N° 34.

SAGÜÉS, Néstor (2010): “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, Universidad de Talca, Talca

\_\_\_\_\_ (2011): “El ‘Control de Convencionalidad’ en el Sistema Interamericano, y sus Anticipos en el Ámbito de los Derechos Económicos-Sociales. Concordancias y Diferencias con el Sistema Europeo”, Armin Von Bogdandy *et al.* (Coord.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Max Plank Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F.

TUSHNET, Mark (2008): *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, New Jersey.

ZÚÑIGA, Francisco (2012): “Control de Convencionalidad y Tribunales Nacionales. Una Aproximación Crítica”, Humberto Nogueira (Coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago.

## **Jurisprudencia**

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Almonacid Arellano y otros v. Chile (2006), de fecha, 26 de septiembre de 2006.

Aguado Alfaro y otros v. Perú (2006), de fecha 24 de noviembre de 2006.

Radilla Pacheco v. México (2009), de fecha 23 de noviembre de 2009.

García & Montiel Flores v. México (2010), de fecha 26 de noviembre de 2010.

Gelman v. Uruguay (2010), de fecha 24 de febrero de 2010.

Vélez Loor v. Panamá (2010), de fecha 23 de noviembre de 2010.



# UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE Y EL DISEÑO DE UN ESQUEMA DE INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AL SISTEMA JURÍDICO CHILENO\*

Ximena Fuentes Torrijo

## Introducción

Una nueva Constitución para Chile debería hacerse cargo de los problemas a que da lugar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, y dar soluciones que sean coherentes con el principio de la soberanía popular y con el compromiso de Chile de respetar los derechos humanos. Las respuestas que se deben dar a las preguntas relativas a la interacción entre normas domésticas e internacionales, y a la posibilidad de que las reglas internacionales sean aplicadas directamente por los tribunales chilenos son y deben ser complejas porque la relación entre las normas del derecho internacional y el derecho doméstico es difícil y son muchos los factores relevantes que deben tomarse en cuenta. Este artículo intenta identificar algunos de los factores que deben tenerse presente al intentar otorgar una respuesta a las preguntas relativas a la incorporación del derecho internacional al derecho chileno, a la jerarquía del derecho internacional en el derecho interno y a su aplicabilidad por los tribunales nacionales.

## I. El estado actual de la situación

### A. Incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno.

Actualmente no existe ninguna norma constitucional relativa a la forma de incorporación del derecho internacional al derecho chileno. Jurisprudencialmente se ha señalado que los tratados se incorporan luego de ser promulgados y publicados en el Diario Oficial. A esta conclusión ha llegado la jurisprudencia en base al hecho de que los tratados, en su trámite de aprobación por el Congreso Nacional, siguen, en general, los trámites de una ley. Pero esta regla sobre la aprobación de los tratados en el Congreso, hoy contenida en el art. 54 de la Constitución, no sirve en realidad de base para crear un sistema de incorporación de los tratados al sistema jurídico nacional por cuanto los “trámites de una ley” a que se refiere están circunscritos a la decisión que debe tomar el Congreso sobre si aprueba o no el tratado, y queda completamente fuera de esa disposición el acto mismo de la ratificación. Así, podría ser que el Congreso hubiera aprobado un tratado y que este no fuera ratificado por el Ejecutivo.

---

\* Este artículo se inserta dentro de la investigación realizada en el contexto del proyecto FONDECYT N° 1070185.

---

¿Cómo es posible entonces interpretar esta regla en el sentido que establece un sistema de incorporación de tratados, cuando solo está referida a un trámite intermedio anterior a la manifestación del consentimiento de Chile en obligarse por un tratado?

En relación a la costumbre internacional, tampoco existe una regla que especifique que puede incorporarse al chileno. Existen algunas normas chilenas que se refieren a la aplicación del derecho internacional en algunas materias. Así por ejemplo, en materia de extradición pasiva el art. 449 del Código Procesal Penal señala entre los requisitos para concederla que se trate de un delito que autorice la extradición conforme a los tratados vigentes o conforme a los principios de derecho internacional. Esa referencia a los principios podría entenderse como referida al derecho consuetudinario. Sin embargo, aun en ausencia de una regla específica muchas veces los tribunales invocan costumbres internacionales en sus sentencias. Un ámbito donde la invocación de la costumbre resulta imprescindible es el ámbito de la inmunidad de Estados y funcionarios estatales extranjeros por cuanto nuestro país carece de una legislación específica sobre esta materia. No sería correcto que los tribunales chilenos no reconocieran la inmunidad de los Estados extranjeros por el hecho de no existir una ley chilena que regule este privilegio.

En algunos fallos de nuestros tribunales se ha dicho que la costumbre internacional prevalece sobre las reglas domésticas.<sup>1</sup> En otros se ha señalado que el derecho internacional general no podría aplicarse en oposición a lo que disponen las leyes chilenas y que solo lo harían en silencio de las reglas nacionales.<sup>2</sup> No hay realmente claridad sobre la interacción entre la costumbre internacional y las normas nacionales. En la jurisprudencia no hay un intento serio por discernir la posición del sistema jurídico chileno frente a la posibilidad de que normas del derecho internacional consuetudinario pudieran incorporarse al derecho chileno. Con todo, es importante destacar que Andrés Bello miraba con buenos ojos la incorporación del derecho consuetudinario al derecho nacional y que el art. 2° del Código Civil en ningún caso excluye o restringe la aplicación de la costumbre internacional en el derecho chileno, pues el objeto de estos primeros artículos del Código Civil es solo la reglamentación de las fuentes normativas de origen doméstico.<sup>3</sup> Pese a la importancia de este tema, ni la jurisprudencia ni la doctrina nacional han elaborado una buena justificación sobre el ingreso del derecho consuetudinario a nuestro sistema.

---

1 Excelentísima Corte Suprema, caso Lauritzen y otros con Fisco (19 de diciembre de 1955).

2 Corte de Apelaciones de Valdivia, caso Castellu y otros con Dirección General de Impuestos Internos (1943).

3 El art. 2 del Código Civil dispone que. “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

En el derecho comparado no todos los países permiten que el derecho internacional, ya se componga de tratados o de costumbres internacionales, ingresen al sistema jurídico nacional. En países que tienen un régimen político parlamentario, donde rige el principio de soberanía parlamentaria, en general no se admite el ingreso de una fuente en la que no ha intervenido la discusión parlamentaria.<sup>4</sup> A este tema volveré más adelante. Por ahora veamos qué más dice el derecho constitucional chileno sobre el derecho internacional.

## **B. La interacción entre los tratados y las normas chilenas, y la jerarquía normativa**

Hasta la década de los ochenta la doctrina y jurisprudencia en Chile sostenían que los tratados tenían jerarquía de ley porque en el proceso de aprobación por el Congreso se seguían “los trámites de una ley”.<sup>5</sup> En la jurisprudencia antigua se puede encontrar este tipo de argumento. A modo de ejemplo se puede citar una sentencia del año 1913, *Godoy y otros con Fisco* en que se lee:

La estructura jurídica de los tratados internacionales, principalmente la exigencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legisladores, hace que ellos sean verdaderas leyes, ya que en su génesis, desarrollo y promulgación oficial, se reúnen todos y cada uno de los requisitos y elementos constitutivos de la ley, tal como la define el artículo primero del Código Civil.<sup>6</sup>

También, a modo de ejemplo, se puede citar otra sentencia de 1921 que va en la misma línea:

Considerando 3°:

Que los tratados internacionales, si bien son concluidos y firmados por el Presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones especiales, revisten, sin embargo, los caracteres jurídicos de verdaderas leyes, porque para que tengan fuerza obligatoria deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y promulgados en la misma forma que leyes [. . .].<sup>7</sup>

Esa doctrina y jurisprudencia recién comienza a cambiar cuando se introduce en 1989 una modificación al art. 5° inc. 2° de la Constitución Política, en la que se agrega que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos fundamentales

4 Un ejemplo es el Reino Unido y muchos países de la Commonwealth Británica.

5 El art. 50 N° 1 de la Constitución de 1980, en su versión original, disponía que: “Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley. [. . .].”

6 Corte Suprema, caso *Godoy y otros con Fisco* (1913).

7 Corte Suprema, caso *Sucesión Juan Gardaix con Fisco* (1921).

---

reconocidos en tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El cambio, en un principio, solo fue reconocido por la doctrina como un cambio que se refería a tratados de derechos humanos y que lograba poner a estos tratados en una jerarquía superior a la ley. Esa forma de interpretar la Constitución se ha hecho extensiva, como veremos, a todo tipo de tratados.

Cuando se comenzó a hablar en Chile de una jerarquía superior a la ley para los tratados no estaba claro si esa jerarquía superior implicaba una jerarquía supraconstitucional, o un rango constitucional, o solo una jerarquía superior a la ley pero inferior a la Constitución. El problema interpretativo se suscitó porque el escueto inc. 2° del art. 5° de la Constitución no dice nada al respecto; de hecho, ni siquiera menciona el concepto de jerarquía normativa.

Las diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales de la norma entonces no podían apoyarse solo en el texto del art. 5° de la Constitución ni en la historia de su negociación. De hecho, Francisco Cumplido ha señalado que en la negociación de este nuevo inciso segundo no se discutió explícitamente sobre la jerarquía porque eso podía entrapar la modificación y que se prefirió dejar esta cuestión para ser solucionada por la jurisprudencia.<sup>8</sup>

En vista del parco lenguaje del art. 5° algunos autores han buscado elementos interpretativos adicionales. Entre estos, muchas veces se hace mención por la doctrina del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que dispone que un Estado Parte no puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Algunos autores han leído este artículo de la Convención de Viena como si obligara a los Estados a otorgar jerarquía supralegal a los tratados.<sup>9</sup> La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha citado el art. 27 de la Convención de Viena en este mismo sentido. Así en el caso *Almonacid*, donde tribunales inferiores chilenos habían aplicado el Decreto Ley de Amnistía, la Corte Interamericana señaló que los jueces nacionales, cuando se encontraran con una ley incompatible con la Convención Americana, debían realizar un “control de convencionalidad” y aplicar la Convención en vez de la ley, que “carece desde sus inicios de efectos jurídicos”.<sup>10</sup>

Pero, como he intentado explicar en otros artículos, esta interpretación del art. 27 de la Convención de Viena no es correcta.<sup>11</sup> Como resulta de la sola lectura de dicha disposición, esta regla solo establece una norma obvia de responsabilidad internacional

---

8 CUMPLIDO (1991), p. 194.

9 Véase en este sentido, NOGUEIRA (1997), pp. 9-43.

10 Caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006).

11 FUENTES (2014).

que se basa en el hecho de que el derecho doméstico de los Estados no tiene fuerza normativa en el derecho internacional. Por ese motivo, lo que está diciendo el art. 27 es que para el sistema internacional es irrelevante que una norma interna señale que la conducta del Estado es lícita conforme al derecho doméstico. Lo importante es que un Estado puede violar el derecho internacional, aun cuando su conducta sea considerada lícita bajo su propio Derecho, y eso es lo que declara este artículo.

Si se miran los trabajos preparatorios del art. 27 de la Convención de Viena se puede comprobar que se trata solo de una regla de responsabilidad internacional que declara lo obvio: el derecho doméstico no sirve de justificación frente a la violación de una obligación internacional. Tan obvio es lo que declara esta disposición que el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas encargado de la codificación del derecho de los tratados, Sir Humphrey Waldock, señaló en la Conferencia de Viena que consideraba que la inclusión de esta disposición en la Convención era innecesaria.<sup>12</sup> Sin embargo, la mayoría de los Estados consideró que la inclusión de la regla era aconsejable ya que dejaba claro que estos no podían justificar la violación de un tratado en su derecho doméstico.

Por lo tanto, la inclusión de la disposición que corresponde hoy al art. 27 de la Convención de Viena nunca tuvo por objeto otorgarle a los tratados una determinada jerarquía dentro de los sistemas jurídicos de cada Estado. Al respecto, es importante considerar que en Chile en esta época (año 1969) imperaba la teoría de que los tratados solo tienen jerarquía de ley. Y, sin embargo, para Chile no representó ningún problema aceptar la inclusión del actual art. 27.<sup>13</sup> Estados Unidos, otro país para el cual los tratados solo tienen jerarquía de ley, tampoco vio ningún problema en aceptar el mismo artículo, y jamás pensó siquiera que este podría ser interpretado en el sentido de obligarle a modificar su Constitución para otorgar a los tratados mayor jerarquía que a las leyes.<sup>14</sup> De hecho, hasta el día de hoy en Estados Unidos los tratados solo tienen jerarquía de

12 La disposición que se convirtió finalmente en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados había sido propuesta por la delegación de Pakistán. Waldock, redactor del Proyecto de Convención y Consultor Técnico de la Conferencia de Viena, señaló lo siguiente: “El principio de la enmienda del Pakistán es un principio de derecho internacional generalmente reconocido, pero la Comisión consideró que caía en el ámbito de la responsabilidad de los Estados aunque guardara cierta relación con el derecho de los tratados. Al principio [él] se preguntó si no debía omitirse pura y simplemente este principio en el proyecto actual”. Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer Período de Sesiones (1968). Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, Nueva York 1969, § 73, p. 174. Véase, también SINCLAIR, 1973 [1984], p. 84.

13 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer Período de Sesiones (1968). Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, Nueva York 1969, intervención del señor Barrios (delegado de Chile), § 33, p. 170.

14 El delegado de los Estados Unidos fue claro al señalar: “En cuanto a la enmienda de Pakistán, el representante de los Estados Unidos está de acuerdo con el principio que en ella se anuncia, pero estima que dicho principio corresponde más a una convención sobre la responsabilidad de los Estados que a una sobre el derecho de los tratados”, *Ibid.*, § 69, p. 167.



---

ley y, por lo tanto, pueden ser modificados dentro del sistema jurídico estadounidense por leyes posteriores. Es útil tener presente que el Reino Unido aceptó también el art. 27, siendo que es un país dualista que ni siquiera permite que los tratados ingresen a su ordenamiento jurídico interno.

En todo caso, la interpretación que hace parte de la doctrina chilena sobre el art. 27 de la Convención de Viena es tan excéntrica que, si fuera correcta, llevaría a la necesidad de otorgar jerarquía supraconstitucional a todos los tratados en el ordenamiento doméstico, puesto que la Constitución es una norma doméstica más. La verdad es que muy pocos autores y muy pocos países estarían dispuestos a aceptar la teoría de la supraconstitucionalidad de los tratados.

La jurisprudencia de nuestros tribunales no es uniforme respecto al tema de la relación de jerarquía que debe existir entre tratados y normas chilenas. Así, se pueden encontrar fallos favorables tanto a la supraconstitucionalidad de los tratados como al rango constitucional y al supralegal sujeto a la primacía de la Constitución.<sup>15</sup>

Lamentablemente en esta discusión sobre la jerarquía de los tratados en el derecho nacional ha estado ausente un análisis que mire a las distintas competencias que se ejercen cuando se negocian y ratifican tratados internacionales. Dependiendo del contenido de los tratados se puede elaborar una teoría sobre las distintas competencias que se ejercen cuando se negocian y aprueban tratados por parte de Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

A modo de resumen se puede decir que el tema de la jerarquía de los tratados en el sistema jurídico chileno experimentó una gran evolución. Todo partió con la idea de que los tratados relativos a derechos fundamentales limitaban la soberanía y esto se entendió como una limitación al Poder Legislativo del Estado. Sin embargo, como esta jerarquía superior no estaba establecida en forma expresa en el inc. 2° del art. 5° de la Constitución, la doctrina comenzó a buscar argumentos adicionales fuera de nuestra Constitución. La doctrina nacional creyó encontrar esos argumentos adicionales en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es así que se interpretó el citado artículo como si obligara a los Estados a otorgar jerarquía superior a los tratados. Como el art. 27 se refiere a todo tipo de tratados, la doctrina chilena favorable a la jerarquía superior del derecho internacional sobre el derecho interno, abandonó la idea original de que los tratados de derechos humanos son especiales y que por esa razón se justificaba una jerarquía superior, y abrazó la idea de que ahora

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, en el caso Cerro Chena (2004), se puede encontrar en el considerando 39° la doctrina de que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional integrándose a la Constitución material.

todo tipo de tratados deben tener jerarquía superior a la ley.<sup>16</sup> El resultado es que hoy ante los tribunales chilenos es usual encontrar argumentos relativos a la superioridad de todos los tratados por encima de la ley y es usual que los tribunales acojan esa teoría.

Pero existe otra forma de analizar el problema de la jerarquía de los tratados en el ámbito doméstico que ha estado completamente ausente del análisis doctrinario y jurisprudencial chileno. Esa otra forma de examinar el problema parte de la base de que la Constitución es un instrumento que delimita competencias y que la negociación y aplicación en Chile de los tratados internacionales no es ajena a esa delimitación. El hecho de que la doctrina y jurisprudencia nacionales se nieguen a realizar un análisis del problema que considere la forma en que en Chile se han distribuido las distintas competencias públicas redundando en una falta de profundidad en el análisis de la interrelación de los tratados con el derecho doméstico.

Un análisis más coherente con el sistema de distribución de competencias normativas que existe en nuestra Constitución se percataría del hecho de que muchos tratados o disposiciones de tratados tratan materias cuya regulación corresponde al ejercicio de una competencia reglamentaria y, desde ese punto de vista, resulta incoherente asignarle a esos tratados o a las normas de un tratado jerarquía legal o supralegal ya que deberían solo gozar de jerarquía reglamentaria. Por ejemplo, uno puede imaginar que el Presidente de la República en vez de dictar el Reglamento sobre el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, celebrara un tratado con otros países estableciendo un sistema de evaluación ambiental regional. Es claro que aquí el Presidente estaría ejerciendo una competencia reglamentaria. La pregunta entonces sería por qué otorgar jerarquía de ley a un tratado cuyo contenido regulatorio se ajusta al ejercicio de una competencia reglamentaria.

En este contexto resulta un tanto criticable que el actual art. 54 de la Constitución reconozca, por una parte, la existencia de un tipo de acuerdos que toma el nombre de “acuerdos en forma simplificada”, que son acuerdos que no requieren de aprobación del Congreso, y que no establezca, por otra parte, y en forma explícita, que esos acuerdos deben tener jerarquía inferior a la ley. En efecto, el art. 54 dispone que no todos los tratados requerirán de aprobación por el Congreso para que puedan ser ratificados por el Presidente de la República. Existe un tipo de tratados que se negocian y suscriben en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente, tanto autónoma como de ejecución. Esos acuerdos pueden obligar a Chile inmediatamente después de su negociación sin necesidad de pedir la aprobación al Legislativo. Sin embargo, a pesar de que la propia Constitución está explicando que la razón de ser de la falta de

---

16 NOGUEIRA (1997), pp. 9-43.

---

aprobación legislativa se debe al tipo de potestad que está ejerciendo el Presidente en estos acuerdos, no señala nada sobre la jerarquía infralegal que estos acuerdos deberían tener.

La doctrina y la jurisprudencia también han decidido no ver esta consecuencia necesaria a la que lleva la correcta interpretación del art. 54, y han preferido seguir señalando en forma generalizada que todo tipo de tratados, incluidos los acuerdos en forma simplificada, tienen jerarquía de ley o incluso jerarquía superior a la ley.

En todo caso, la discusión sobre el nivel de supralegalidad que se puede asignar a los tratados en Chile ha venido a ser complementada en forma importante por el Tribunal Constitucional (En adelante, TC). En el Fallo Rol N° 346- 2002) sobre el Estatuto de Roma, que es el tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional, el TC señaló que los tratados se encuentran sujetos al principio de supremacía de la Constitución.<sup>17</sup> Con esto se descarta, entonces, que los tratados puedan tener jerarquía constitucional y menos jerarquía supraconstitucional. Lo mismo se señala en el Fallo Rol N° 1288-2005) sobre la Ley Orgánica del propio TC en que se señala que, si bien los tratados no son leyes, tienen jerarquía de preceptos legales.<sup>18</sup> Sin embargo, esta jerarquía legal que les asigna el TC a los tratados internacionales es especial en el sentido de que a juicio del Tribunal no quedan completamente dentro de la órbita de las competencias del Congreso. El TC en el Fallo Rol N° 1288-2005 señala que el Congreso no podría derogar un tratado porque esto solo le compete al Presidente de la República que conduce las relaciones internacionales de Chile.<sup>19</sup> Por esa misma razón, el propio TC se limita a sí mismo señalando que a él tampoco le corresponde derogar tratados internacionales y por eso señala que no cabe la acción de inconstitucionalidad contra tratados.<sup>20</sup>

El hecho de que en opinión del TC los tratados que ingresan al sistema jurídico chileno no puedan ser derogados ni por el Congreso ni por el propio TC, ni por ningún tribunal en la aplicación de la llamada “derogación tácita”, tiene un efecto en la solución de conflictos de normas que pudieran suscitarse entre el tratado y las leyes domésticas. En caso de un conflicto normativo entre un tratado y una ley, el tratado primará y eso significa que el tratado opera en el sistema jurídico chileno con una jerarquía superior a la ley. Por eso, aunque el TC hable de que los tratados tienen jerarquía de precepto legal, la verdad es que su jerarquía en caso de conflicto normativo con leyes posteriores sería supralegal pero infraconstitucional.

---

17 Tribunal Constitucional, Rol N° 346-2002.

18 Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009, considerando cuadragésimosexto.

19 *Ibid.*, considerando quincuagésimosexto.

20 *Ibid.*, considerandos quincuagésimo séptimo y quincuagésimo octavo.

Como se puede apreciar, la gran consecuencia de la jerarquía supralegal es que una ley posterior no podrá derogar, explícita ni tácitamente, un tratado anterior. Respecto de la relación entre el tratado y la Constitución, el TC admite que los tratados se encuentran sujetos al principio de supremacía constitucional. La consecuencia de esta jerarquía es que los tratados pueden ser objeto de una acción de inaplicabilidad. Sin embargo, el propio TC, en una sentencia cuya coherencia argumentativa es cuestionable (Rol N° 1288-2005), ha señalado que no cabría presentar contra un tratado una cuestión de inconstitucionalidad. La razón para distinguir entre la acción de inaplicabilidad y la cuestión de inconstitucionalidad descansa en el hecho que el TC sostiene que si la cuestión de inconstitucionalidad prosperara el tratado dejaría de tener efectos normativos en Chile y eso es inaceptable porque un país no puede dejar sin efecto, de manera unilateral, sus obligaciones internacionales. El error en que incurre el Tribunal es claro. En primer lugar, no hay razón aquí para distinguir entre la inaplicabilidad y la cuestión de inconstitucionalidad porque el efecto que se logra ante el derecho internacional es el mismo: en ambos casos Chile dejará de aplicar el tratado, pero este seguirá íntegramente vigente en el derecho internacional. En un caso, en la inaplicabilidad, Chile podría dejar de aplicar el tratado en un caso en particular; en el otro caso, en la cuestión de inconstitucionalidad, Chile podría dejar de aplicar el tratado en forma general y total. A los ojos del derecho internacional no hay gran diferencia: en uno u otro caso Chile puede incurrir en una violación de las obligaciones asumidas por el Estado en el tratado.

Pero el error más grave en el que incurre el TC se refiere a su argumento relativo a la supuesta modificación o intento de modificación de las obligaciones internacionales de Chile en el plano internacional. En este sentido, no es correcto describir la terminación de un tratado en el ámbito doméstico como un intento de modificar o derogar o terminar las obligaciones de Chile en el plano internacional. El derecho chileno y el derecho internacional son dos sistemas jurídicos distintos. De esta manera el derecho chileno carece de fuerza normativa en el ámbito internacional. Una ley chilena no puede derogar un tratado en el ámbito internacional y así lo reconoce el propio art. 27 (ya citado) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De la misma manera, un tratado no tendrá efecto normativo en el plano nacional, a menos que una norma del derecho doméstico permita que el tratado ingrese al sistema nacional. Por lo tanto, aun cuando el TC aceptara derogar un tratado por su inconstitucionalidad, ese tratado seguirá obligando a Chile en el ámbito internacional mientras no termine por las causales de terminación dispuestas por el propio derecho internacional. Esto quiere decir que el Tribunal incurre en error cuando piensa que una declaración de inconstitucionalidad implica que Chile dejará sin efecto unilateralmente un tratado, porque eso es normativamente imposible conforme a las reglas del derecho internacional.

---

### C. La costumbre internacional y su interrelación con el derecho chileno

Respecto de la interacción entre las reglas del derecho internacional consuetudinario y el derecho chileno, como se ha dicho anteriormente, existe alguna jurisprudencia que le otorga a la costumbre jerarquía superior al derecho nacional. De seguirse esta doctrina, eso querría decir que las reglas consuetudinarias prevalecerían incluso sobre las normas constitucionales en caso de conflicto. Otra jurisprudencia ha sido menos generosa con el derecho internacional consuetudinario y solo le ha reconocido efectos normativos domésticos en caso de silencio de las reglas nacionales. Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han preguntado sobre el fundamento para poner a la costumbre en una determinada jerarquía ya sea supraconstitucional, supralegal, legal, infralegal, reglamentaria o infrareglamentaria.

La costumbre internacional se crea a partir de las conductas de los Estados, las cuales alcanzan fuerza normativa porque en algún momento se logra imponer en estos la idea de que es jurídicamente obligatorio comportarse de una determinada manera. No es necesario que los Estados den su consentimiento ni que practiquen esas mismas conductas. Lo importante es que hayan dado su aquiescencia, incluso con su silencio. Si un Estado quiere evitar resultar obligado por conductas realizadas por otros, es necesario que manifieste su protesta en forma persistente.

Se puede apreciar entonces que en el proceso de creación de la costumbre puede ser que Chile no tenga una participación activa. También se puede observar que quien tiene el rol más activo en estas materias es el Poder Ejecutivo que debe estar atento a las conductas de otros Estados para definir cuándo corresponde ayudar a la creación de una costumbre y cuándo hay que ser un objetor persistente. En todo caso, el poder que Chile puede ejercer en este ámbito deriva directamente de su relevancia en el concierto internacional.

Es por este motivo que algunos Estados manifiestan un escepticismo mayor en relación con la incorporación de las costumbres internacionales al derecho doméstico. Una cosa es estar obligado por costumbres en las que el Estado no ha participado y otra cosa es convertir esas costumbres en normas del derecho nacional.

Adicionalmente hay que tener en consideración que la determinación de la costumbre no es un ejercicio fácil. La identificación de normas consuetudinarias internacionales requiere de la realización de una investigación relativa al comportamiento de los Estados en determinadas materias y a la existencia de la llamada *opinio iuris*. La conducta de los Estados normalmente se puede encontrar en tratados, declaraciones públicas y sus votos en resoluciones de organizaciones internacionales. También pueden

ser relevantes las leyes y la jurisprudencia interna de los Estados. Para convertirse en costumbre, es necesario que la práctica sea representativa. Dicho esto, entonces, es legítimo preguntarse si los jueces chilenos cuentan con la capacidad como para realizar este difícil ejercicio de identificar costumbres internacionales.

Hay un ámbito que demuestra claramente que los tribunales chilenos no cuentan con las herramientas necesarias para realizar el ejercicio de identificar costumbres internacionales. Me refiero al tema de la inmunidad de Estado. En lo que se refiere a la inmunidad de los Estados, el derecho consuetudinario ha evolucionado mucho. Desde la existencia de una inmunidad absoluta, la regla consuetudinaria se movió hacia la inmunidad restringida. La evolución se ha producido gracias a la jurisprudencia de tribunales domésticos de diversos países, pero especialmente de aquellos países en que es frecuente encontrar demandas presentadas contra Estados extranjeros: Estados Unidos y el Reino Unido y algunos otros países europeos. Además, la práctica se nutre también de leyes internas que estos países han dictado en materia de inmunidad para no dejar el tema entregado completamente a la decisión de los jueces.

Pues bien, teniendo presente entonces que el derecho consuetudinario ha evolucionado hacia el establecimiento de una inmunidad restringida, en que los Estados extranjeros pueden ser demandados en tribunales domésticos por sus actos comerciales o de gestión, resulta que en nuestro país muchos tribunales, incluida la Corte Suprema, siguen aplicando la regla de la inmunidad absoluta. Un ejemplo lo encontramos en el caso *Aranibar con Embajada del Reino de Marruecos* (2004), en que la Corte Suprema no permitió la tramitación de una causa laboral contra el Estado de Marruecos.<sup>21</sup> La regla consuetudinaria señala que los contratos laborales no están cubiertos por la inmunidad. Nuestros tribunales desconocían, al parecer, las verdaderas reglas consuetudinarias vigentes.<sup>22</sup>

La tarea de identificar costumbres no es fácil, y esta afirmación es válida tanto para el derecho doméstico como para el derecho internacional. De hecho, en el ámbito internacional la Asamblea General tiene dentro de sus funciones promover la codificación del derecho internacional consuetudinario, para lo cual se asesora por una comisión de juristas, la Comisión de Derecho Internacional, en la que suele haber controversia sobre el estatus consuetudinario de ciertas reglas. También existen esfuerzos privados por codificar costumbres. Así, la International Law Association o el Institut de Droit International suelen contribuir con sus estudios a la codificación. Pero, en todos estos casos, los estudios no dejan de ser doctrina y una doctrina dominada por autores de países desarrollados. La fuerza persuasiva de estos estudios dependerá de la

21 Corte Suprema, caso *Aranibar con Embajada de Marruecos*, Rol AD-701-2004.

22 GUZMÁN (2011), pp. 155-161.

---

corrección de sus argumentos y del prestigio de sus autores. En alguna oportunidad, la crítica puede ser dura. Así por ejemplo, el intento del Comité Internacional de la Cruz Roja por codificar a través de dos autores contratados por ella las reglas consuetudinarias en materia de derecho humanitario encontró cierta crítica que señaló que el estudio desde sus inicios tenía por objeto no solo identificar costumbres existentes sino que expandir el ámbito de aplicación del derecho humanitario.<sup>23</sup>

Por lo tanto, uno de los riesgos que se corre al permitir el ingreso de la costumbre internacional al derecho doméstico es que su identificación quedará en manos de operadores jurídicos domésticos que muchas veces carecen de las herramientas conceptuales y técnicas necesarias para esa labor. Es muy probable que, en definitiva, los operadores jurídicos domésticos se basen más en la doctrina internacional que en las evidencias directas sobre la existencia de la costumbre.

#### **D. Autoejecutabilidad o efecto directo**

Para tener una idea completa sobre cómo se interrelaciona el sistema de fuentes del derecho chileno con el sistema internacional es necesario referirse también al tema de la autoejecutabilidad. Este es un tema poco estudiado en Chile. La autoejecutabilidad de los tratados se refiere a la posibilidad de que los órganos públicos nacionales, y muy especialmente los tribunales internos, apliquen directamente las normas contenidas en los tratados, sin necesidad de la dictación de una norma nacional que ponga en operación lo dispuesto en el tratado. En el caso particular de la autoejecutabilidad ante los tribunales, ella implica que el juez puede aplicar directamente las normas de un tratado para resolver una controversia jurídica que surge dentro de su jurisdicción.

Como se puede apreciar, los efectos prácticos de la suprallegalidad dependerán de que los tratados sean autoejecutables y por ese motivo es importante poder distinguir cuándo un tratado puede tener efecto directo y cuándo no. En Chile se ha desarrollado una teoría muy simple sobre autoejecutabilidad de los tratados según la cual todo tratado es autoejecutable en la medida que sus disposiciones tengan el “contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como derecho interno”.<sup>24</sup> Esta definición genera más preguntas que respuestas, ya que no define cuáles son los criterios para determinar si el contenido y precisión de una norma internacional la habilita para ser aplicada directamente por un tribunal en la resolución de un caso determinado. La jurisprudencia del TC, en su fallo sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT<sup>25</sup> ha estimado que el lenguaje de un tratado indicará que

---

23 NICHOLLS (2006), pp. 223 y ss.

24 Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000.

25 *Ídem*.

este no es autoejecutable cuando el texto requiere en forma clara que se dicten reglas adicionales para implementarlo. Por lo tanto, lo único que se puede inferir de esta definición del carácter autoejecutable de un tratado es la distinción entre normas internacionales que tienen un lenguaje programático y normas que no están redactadas en forma programática.

Lo que el TC no quiso ver es que hay normas contenidas en tratados que no están redactadas en forma programática y, sin embargo, no suelen tener efecto directo en los sistemas jurídicos nacionales. Así por ejemplo, una regla en un tratado que tipifica un delito puede estar redactada en términos muy claros y precisos, señalando, por ejemplo, que los Estados prohíben la tortura y definiendo lo que se entiende por tortura; sin embargo, por aplicación del principio de legalidad en materia penal, probablemente para que la tortura sea sancionada penalmente en el derecho doméstico de muchos países, incluido Chile, será necesario dictar una ley que así lo determine. De hecho, eso es lo que ocurrió en Chile con la tipificación de los delitos contenidos en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. No bastó que ese tratado tipificara delitos sino que fue necesario dictar la Ley N° 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio, y crímenes y delitos de guerra.

En la doctrina y jurisprudencia comparadas se han desarrollado varios criterios para determinar el carácter autoejecutable de las normas de un tratado. Estados Unidos fue el primer país en resolver la cuestión de la autoejecutabilidad a través de una norma constitucional. En efecto, la cláusula VI de la Constitución de los Estados Unidos, llamada también cláusula de la supremacía, establece que los poderes legislativos y los tribunales estatales quedan sujetos a las reglas federales y a los tratados suscritos por el poder federal.<sup>26</sup> De esta manera, los redactores de la Constitución de los Estados Unidos querían evitar que los Estados de la federación pudieran con sus acciones llevar a Estados Unidos a violar los compromisos internacionales asumidos en tratados. Como se puede apreciar, el objetivo de la autoejecutabilidad era evitar el incumplimiento por órganos estatales a nivel subfederal. Desde este punto de vista, la cláusula de la supremacía es una forma de distribuir competencias entre órganos estatales y órganos federales. La suscripción de tratados internacionales, incluido su posible incumplimiento, queda entregada a los órganos federales. Ahora, esta función distribuidora de competencias que cumple la cláusula de la supremacía también se puede apreciar en la relación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo de los Estados Unidos. De esta manera, serán los tribunales quienes deban dar aplicación a

<sup>26</sup> La cláusula VI dispone: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every state shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”.



---

los tratados dentro de los Estados Unidos, pero, como dice Vásquez, esta competencia es solo provisional por cuanto el Poder Legislativo siempre podrá dictar una ley que contradiga al tratado y, entonces, los tribunales tendrán que aplicar la ley posterior en vista que en Estados Unidos los tratados tienen la misma jerarquía que la ley (*lex posterior derogat legi anteriori*).<sup>27</sup>

El tema de la autoejecutabilidad se ha seguido complejizando en los Estados Unidos y la explicación de ello se debe buscar precisamente en el hecho de que este tema se encuentra intrínsecamente relacionado con la distribución de competencias entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Poder Judicial. Es así como, aun cuando la Cláusula de la Supremacía parecía darle carácter autoejecutable a todos los tratados, la doctrina y la jurisprudencia han tratado de crear una teoría según la cual no todas las normas contenidas en tratados son autoejecutables. Vásquez indica los siguientes tres criterios que pueden llevar a que en Estados Unidos un tratado (o algunas de sus normas) no sea autoejecutable: (i) la intención de los Estados Partes en el tratado; (ii) la materia regulada está reservada, conforme a la Constitución, al Poder Legislativo; (iii) no existe en el Derecho de los Estados Unidos un derecho de acción para que el demandante pueda pedir que se aplique el tratado directamente.<sup>28</sup>

Respecto del primer criterio, a veces los tribunales de los Estados Unidos no buscan la intención de los Estados partes en el tratado, sino simplemente se contentan con identificar la voluntad del Ejecutivo estadounidense. Aparte de estos criterios algunos tribunales incluso a veces examinan las implicaciones de la autoejecutabilidad para el sistema jurídico estadounidense en general.<sup>29</sup>

La experiencia de Estados Unidos demuestra que este es un tema constitucional complejo. En Chile podemos mirar esa experiencia y la de otros países para construir una teoría sobre la autoejecutabilidad de los tratados y del derecho internacional consuetudinario que debería tener como eje central el sistema de distribución de competencias que existe en la Constitución.

En conclusión, la teoría de la suprallegalidad que se ha establecido en el sistema jurídico chileno y la práctica jurisprudencial en materia de autoejecutabilidad ciertamente favorecen el cumplimiento del derecho internacional a toda costa. La idea que inspira probablemente a los defensores de la teoría de la suprallegalidad es que el Estado no pueda dejar de cumplir sus obligaciones internacionales mediante la dictación de normas que sean contrarias al derecho internacional. Sin embargo, este

---

27 VÁSQUEZ (1995), p. 696.

28 *Ibid.*, p. 697.

29 *Ibid.*, p. 711.

diseño de la relación entre derecho internacional y derecho interno puede tener costos altos sobre los cuales es necesario reflexionar.

## **II. Algunos factores que se deben considerar al decidir sobre la incorporación del derecho internacional al derecho nacional**

### **A. El déficit democrático del derecho internacional**

Debemos partir preguntándonos qué beneficios trae para la democracia chilena y para la vida de los chilenos la incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno. La respuesta a esta pregunta debe considerar que las normas internacionales no son representativas de una voluntad popular transnacional, y menos aún, de la voluntad popular nacional.

El derecho internacional es un sistema jurídico bastante complejo y actualmente hay más conciencia sobre cuáles son los intereses que subyacen a las reglas que se logran establecer, ya sea convencionales o consuetudinarias. El derecho internacional es un conjunto de reglas que logra ser consensuado entre diversos Estados, muchos de los cuales están muy lejos de adherir a los valores democráticos, con el objeto de lograr ciertos objetivos que van en beneficio de los intereses de los que finalmente adhieren a esas reglas. Es decir, el Poder Ejecutivo de los Estados cuando negocia determinadas normas internacionales o cuando define su conducta en el plano internacional o reacciona frente a la conducta de otros Estados, lo hace teniendo presente una noción abstracta llamada “el interés de la nación”. Esta es una noción que, a primera vista, parece coincidir con la noción de interés general que debe regir las decisiones políticas en el país. Sin embargo, el “interés de la nación” puede muchas veces no coincidir con el interés general, aunque se diga lo contrario. Esto es así porque las decisiones que toma el Ejecutivo en materia internacional no pasan por un proceso de deliberación democrática.

El derecho internacional es el producto de la política internacional y, como tal, resulta extraño que una política internacional donde juegan los intereses particulares de los actores relevantes, que son los Estados, y donde suelen imponerse los intereses de los más poderosos, pueda producir reglas que conduzcan al progreso social de la humanidad como un todo. Esto no quiere decir que no existan reglas internacionales que contribuyen a lograr objetivos que van en beneficio de todos. De hecho, las reglas básicas de protección de los derechos humanos son reglas sobre las cuales existe amplio consenso sobre su contribución a la dignidad humana.

Sin embargo, se debe tener claro que el derecho internacional no es representativo de una comunidad política.<sup>30</sup> Teniendo esto presente, aun el derecho internacional de

30 KHAN (2001).

---

los derechos humanos puede tener efectos secundarios no deseados. Desde esta óptica, algunos autores critican la institucionalización de los derechos humanos señalando qué es lo que se pierde cuando estos derechos comienzan a colonizar el dominio de la política. Es así como Martti Koskenniemi ha señalado:

[. . .] si bien la retórica de los derechos humanos ha tenido, históricamente un efecto positivo y liberalizador sobre las sociedades, una vez que los derechos se institucionalizan como parte central de la cultura política y administrativa, ellos pierden su efecto transformador y son petrificados en un paradigma legalista que margina a los valores e intereses que se resisten a ser traducidos en el lenguaje de los derechos. De esta manera, el principio liberal de ‘la prioridad de lo correcto [right] sobre lo bueno [good]’ resulta en una colonización de la cultura política por un lenguaje tecnocrático que no deja espacio para la articulación o realización de las concepciones del bien.<sup>31</sup>

Es tan claro hoy en día que una buena parte del derecho internacional es representativo de intereses particulares y que encuentra grandes obstáculos para articular la idea de bien común que incluso la Organización Internacional del Trabajo (OIT) tiene dificultades para lograr sus objetivos originales. En 1998 la OIT aprobó la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.<sup>32</sup> Para algunos el efecto de esta Declaración ha sido debilitar los derechos que los trabajadores han logrado ganar durante años de lucha, rebajándolos a la categoría de simples principios que puedan ser interpretados en el contexto de la globalización.<sup>33</sup> Se ha criticado la Declaración de la OIT de 1998 porque deja demasiados derechos de los trabajadores fuera de los principios básicos contenidos en la Declaración. Entre las razones que se han encontrado para explicar la selección de los *core principles*, Alston y otros exponen una muy interesante: los principios básicos escogidos en la Declaración de 1998 son todos principios procedimentales que denotan la opción por mirar los derechos de los trabajadores como derechos individuales reducibles a su libertad para elegir.<sup>34</sup> Y tal vez por eso no es casualidad que en el contexto del derecho internacional del libre comercio los negociadores se basen ahora en la Declaración de 1998 dejando de lado la discusión sobre el cumplimiento de los Convenios de la OIT;<sup>35</sup> después de todo, la Declaración

---

31 Mi traducción del original en inglés: “...while the rethoric of human rights has historically had a positive and liberating effect on societies, once rights become institutionalized as a central part of political and administrative culture, they lose their transformative effect and are petrified into a legalistic paradigm that marginalizes values or interests that resist translation into rights-language. In this way, the liberal principle of the ‘priority of the right over the good’ results in a colonization of political culture by a technocratic language that leaves no room for the articulation or realization of conceptions of the good...” KOSKENNIEMI (1999), p. 99.

32 Véase texto disponible en <[www.ilo.org](http://www.ilo.org)>.

33 Véase, en este sentido ALSTON (2004), pp. 457 y ss. Véase también, ALSON & HEENAN (2004), pp. 221 y ss.

34 ALSTON (2004), p. 487.

35 *Ibid.*, pp. 499-506.

de 1998 tiene conceptos tan vagos que puede ser interpretada de una manera u otra a conveniencia.<sup>36</sup>

Lo que está ocurriendo con la OIT y la transformación de los derechos de los trabajadores, debería llamarnos la atención para estudiar con más detalle las formas de creación del derecho internacional. Pero está claro que los tratados se negocian normalmente entre unos pocos países o en grandes conferencias donde asisten los delegados de los Estados, pero el liderazgo es ejercido por las potencias poderosas. Las personas que participan en estas reuniones para representar a sus Estados o a organizaciones privadas que logran acceder a estas conferencias normalmente se han especializado en los temas específicos sin conocer mucho lo que sucede en otras áreas. Es así como uno puede señalar que se van formando diversas comunidades epistemológicas en las diversas materias que cubre el derecho internacional. De esta manera, existe la comunidad de expertos en derechos humanos, en medio ambiente, en comercio internacional, en protección de inversiones, en derechos laborales. El resultado es que muchas veces se crean normas que contradicen otras normas o que no tienen en cuenta los efectos que pueden producir en otras áreas del Derecho. Además cada comunidad tiene por objetivo lograr la mayor protección para los intereses que ella defiende, sin tener en cuenta otras consecuencias.

En otros ámbitos también se puede ver cómo los tratados reflejan la postura de quienes detentan el poder. Eso ocurre en el ámbito de la protección de la inversión extranjera. El derecho internacional de protección de las inversiones se basa en la existencia de más de dos mil tratados de promoción y protección de inversiones, en los cuales los Estados receptores de inversión se comprometen a mucho más que el antiguo estándar del mínimo trato internacional. Hoy día se podría decir que el compromiso es máximo: se debe indemnizar por las expropiaciones indirectas sin que exista una doctrina sobre expropiación indirecta en derecho internacional; se debe otorgar un trato justo y equitativo, sin que se defina qué se comprende en este concepto tan amplio; se prohíbe el trato discriminatorio, sin que tampoco quede claro qué significa discriminar en el contexto de la protección de las inversiones. Finalmente quienes han otorgado contenido a estos estándares de trato han sido los tribunales arbitrales sobre inversiones formados por abogados que forman parte de la comunidad epistemológica del derecho de la protección de las inversiones y que alternan entre su labor de abogados y su labor de árbitros en diferentes casos.<sup>37</sup> Estos arbitrajes muchas veces quedan fuera del dominio público en la medida que las partes pueden mantener la confidencialidad del procedimiento.<sup>38</sup>

36 *Ibid.*, p. 520.

37 VAN HARTEN (2007), p. 172.

38 *Ibid.*

---

En el ámbito del comercio internacional es claro también cómo las reglas son diseñadas por los estados que tienen más poder. Estos han logrado que el mundo abra sus fronteras a sus productos pero ellos siguen aplicando medidas proteccionistas para proteger su agricultura. La tensión entre la protección de la propiedad intelectual y el acceso a la salud parece estar resolviéndose a favor de los derechos de propiedad. Y hay un conjunto de organizaciones internacionales que comienzan a dirigir las políticas públicas de los países miembros sin contar con representatividad democrática ni *accountability*. No es extraño, entonces, que surjan críticas radicales como la del profesor indio B.S. Chimni para quien el derecho internacional es utilizado actualmente como un arma para obtener la recolonización del Tercer Mundo.<sup>39</sup>

En conclusión, hoy día no es correcto mirar el derecho internacional con los ojos del idealista que confía que las conferencias internacionales son el lugar para producir normas que contribuyan a la paz, a la defensa de los derechos de los trabajadores, a la defensa de la democracia y de los derechos humanos. Es verdad que muchas veces se podrán elaborar normas que van en ese sentido pero muchas otras las normas que resulten no serán sino la expresión de la voluntad de aquellos que quieren mantener el *statu quo*.

## **B. ¿Escapa el derecho internacional de los derechos humanos a la crítica anterior?**

En cierta medida, sí, en tanto existe consenso en que el respeto de los derechos humanos es básico para que podamos describir un Estado como un Estado de Derecho. Esos derechos humanos básicos son producto de un consenso internacional, que coincide con el consenso que se ha alcanzado en las sociedades democráticas. De esta manera, en el ámbito de los derechos humanos se podría superar la crítica de que el derecho internacional es la expresión de los intereses de los Estados poderosos. Por ese motivo, si las constituciones contienen decálogos de derechos básicos que coinciden, en general, con los decálogos de derechos contenidos en tratados internacionales, no parece haber problema en otorgar a esos tratados o derechos contenidos en esos tratados la misma jerarquía que la Constitución y efectos dentro del sistema jurídico nacional de la misma forma que lo tienen los derechos constitucionales.

Sin embargo, hay diferencias entre los tratados de derechos humanos y los derechos constitucionales que pueden llamar a tener cierta cautela con la incorporación y efectos del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico nacional. Una primera diferencia reconoce que el derecho internacional de los derechos humanos es producto de un consenso internacional liderado por ciertos países y que luego ha continuado desarrollándose por los órganos de supervisión de los respectivos

---

39 CHIMNI (2006) pp. 3 y ss.

tratados. En cambio, los derechos constitucionales pasan a estar insertos en una cultura jurídica determinada y sus contornos se van determinando mediante la práctica e interpretación constitucional. Dicho de otra manera, el derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo y quiere seguir siendo, porque allí está su razón de ser, una fuente externa no domesticada.

Es por este motivo que el derecho internacional de los derechos humanos tiene, en la relación con el derecho nacional, un aspecto positivo y uno negativo. El positivo, por supuesto, consiste en que los derechos humanos pueden erigirse como un límite para los derechos nacionales porque ellos pueden permanecer existiendo normativamente en el sistema jurídico internacional sin ser absorbidos por el derecho nacional. Esta característica le permite al derecho internacional de los derechos humanos cumplir su rol de límite para un derecho doméstico eventualmente dictatorial: aun cuando un país apruebe una determinada ley, ese acto podrá ser descrito como ilícito por el derecho internacional. Sobre el aspecto negativo se ha escrito mucho menos pero es importante conocer la visión “escéptica” sobre los derechos humanos que muestra cómo ellos pueden ser usados para evitar la materialización de decisiones democráticas relativas a la manera en que los ciudadanos quieren vivir en una determinada sociedad. Todo dependerá de cómo los jueces, internacionales o nacionales, quieran interpretar el lenguaje amplio de los derechos humanos reconocidos en los tratados.<sup>40</sup>

Así, por una parte, el derecho a la vida, por ejemplo, podría interpretarse de manera de oponerse a una legislación doméstica relativa al aborto terapéutico o a la píldora del día después. La libertad de enseñanza se podría invocar en contra de una legislación que prohíbe que los colegios cobren adicionalmente a lo que financia el Estado para evitar la segregación social. El derecho de propiedad se podría usar de diversas maneras para oponerse a leyes que quisieran establecer políticas públicas sociales, como lo demuestra el caso de Chile en que el derecho de propiedad, por ejemplo, fue usado en contra del establecimiento de un fondo solidario de salud. Cada derecho puede ser interpretado de una manera que no coincida con la política social del Estado ni sus leyes. El lenguaje abierto de los derechos contribuye a que esto suceda. Por otra parte, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, las instituciones de supervisión muchas veces tienen una agenda de extensión de los derechos hacia ámbitos en que los Estados han querido guardar su soberanía legislativa. Además, hay que tener presente que la interpretación de los derechos humanos por órganos de supervisión y tribunales internacionales va generando consensos en la interpretación que pueden no coincidir con los consensos que se van creando en cada comunidad política.

40 Véase en este sentido, KOSKENNIEMI (1999) pp. 99-116.

---

### **III. ¿Cómo se debe diseñar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en la Constitución?**

Teniendo presente todo lo anteriormente dicho, es necesario que la nueva Constitución tome decisiones en torno a varios aspectos de la incorporación de los tratados y la costumbre internacional, en general, y de los tratados de derechos humanos, en particular, en el sistema jurídico nacional:

A. La primera cuestión que debe responder la Constitución se refiere a la incorporación de los tratados y la costumbre internacional al derecho doméstico. Es muy probable que esta pregunta se responda en forma positiva, es decir, que se considere necesario que el derecho chileno reciba al derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, es útil tener presente que hay países en que el derecho internacional no se incorpora al derecho nacional para no generar distorsiones al sistema de distribución de competencias nacional. Esta es la fórmula que mayor garantía otorga de respeto a la soberanía popular. Con todo, este tipo de diseño dualista extremo requiere una respuesta para la pregunta relativa al cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado. Si los tratados y la costumbre no tienen existencia doméstica, entonces será responsabilidad del Estado velar por la dictación de las normas internas necesarias para cumplir con las obligaciones internacionales del Estado.

B. Pero, como se ha dicho, lo más probable es que nuestro país acepte la incorporación de los tratados ratificados por Chile porque parece una manera más simple de asegurar su cumplimiento. En el caso de la costumbre, es posible que las dificultades que se describieron más arriba lleven a la conclusión de que los riesgos asociados a su incorporación automática aconsejan una norma constitucional que establezca ciertos requisitos para su ingreso al sistema jurídico chileno. Por ejemplo, enfrentadas a la necesidad de aplicar una costumbre internacional, los tribunales tendrían que pedir informe al Ministerio de Relaciones Exteriores.

C. En relación con la jerarquía que se asignará a las reglas contenidas en tratados incorporados al derecho chileno sería aconsejable que esta corresponda al esquema de división de competencias que hay en la Constitución. De esta manera, los tratados o sus normas podrían tener jerarquía constitucional, legal o reglamentaria, dependiendo de la materia contenida en el tratado.

D. Se ha señalado que la jerarquía suprallegal tiene como principal motivación promover el cumplimiento de los tratados. Si los tratados tienen jerarquía de ley o jerarquía reglamentaria entonces quedan sujetos a la posibilidad de ser derogados tácitamente por normas legales o reglamentarias chilenas y se podría criticar que

este sistema no promueve el cumplimiento por parte de Chile de sus obligaciones internacionales. Es necesario entonces contar con un mecanismo de control para monitorear los posibles conflictos entre las normas legales y reglamentarias que se dictan en Chile y las obligaciones internacionales del país. Esta responsabilidad debería corresponderle a la Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.

E. Respecto de las normas contenidas en tratados de derechos humanos, existen buenas razones para otorgarles jerarquía constitucional. Pero también existen preguntas que es necesario responder: ¿se utilizarán los tratados de derechos humanos para ampliar el decálogo y contenido de los derechos constitucionales? En todo caso, si los tratados de derechos humanos obtuvieran jerarquía constitucional el quórum de aprobación en el Congreso Nacional debería ser el de reforma constitucional.

F. En relación con el efecto directo de las normas contenidas en tratados deben establecerse criterios de autoejecutabilidad. Son muchas las preguntas para responder: ¿debe tomarse la decisión relativa al efecto directo por el Poder Legislativo al aprobar un tratado?; ¿debe tomar la decisión el Ejecutivo al presentar el tratado para su aprobación?; ¿deben enumerarse criterios de autoejecutabilidad en la misma Constitución?

G. Por último, es necesario tener presente que el derecho internacional carece de un órgano legislador central. Por este motivo, las leyes de los Estados y las decisiones de sus tribunales son un motor de cambio que permiten la evolución del derecho internacional. Cuando la interrelación entre el derecho internacional y el derecho doméstico logra petrificar las normas del derecho internacional dentro de los sistemas jurídicos nacionales el Estado pierde una potestad importante: la facultad de generar una controversia relativa al incumplimiento de una norma internacional para promover una determinada interpretación o derechamente un cambio en la norma.

## **Bibliografía**

ALSTON, Philip (2004): “Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime”, *European Journal of International Law*, Vol. 15.

ALSON, Philip & James HEENAN (2004): “Shrinking the International Labour Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 36.

CHIMNI, B. S. (2006): “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, *International Community Law Review*, Vol. 8.



---

FUENTES, Ximena (2014): “La Jerarquía y el Efecto Directo del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chileno”, VV.AA., Una Vida en la Universidad de Chile. Celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés, Thomson Reuters, Santiago.

GUZMÁN, Elías (2011): *Inmunidad de Estado. Análisis de la práctica chilena*, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Santiago.

KHAN, Paul (2001): “El derecho internacional y la comunidad”, VV.AA., *SELA 2001: Estado de derecho y democracia*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

KOSKENNIEMI, Martti (1999): “The Effects of Rights on Political Culture”, Philip Alston (Ed.), *The European Union And Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.

NICHOLLS, Leah (2006): “The Humanitarian Monarchy Legislates: The International Committee of the Red Cross and its 161 Rules of Customary International Humanitarian Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 17.

NOGUEIRA, Humberto (1997): “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, Vol. 2, N° 2.

SINCLAIR, Ian (1973, 1984): *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester.

VAN HARTEN, Gus (2007): *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford.

VÁSQUEZ, Carlos (1995): “The Four Doctrines of Self-Executing Treaties”, *American Journal of International Law* Vol. 89.

## **Jurisprudencia**

*Castellu y otros con Dirección General de Impuestos Internos* (1943): Corte de Apelaciones de Valdivia, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XL, marzo a diciembre de 1943, segunda parte, sección segunda.

*Caso Cerro Chena*: Corte Suprema, 13 marzo 2007, Rol N° 3125-2004.

*Constitucionalidad Convenio N° 169 de la OIT*: Tribunal Constitucional, Rol N° 309, 04 agosto 2000.

*Constitucionalidad del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional*, Rol N° 346, 8 abril 2002.

*Constitucionalidad LOC del Tribunal Constitucional*: Tribunal Constitucional, Rol N° 1288, 25 agosto 2009.

*Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de septiembre 2006.

*Godoy y otros con Fisco* (1913): Corte Suprema, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XII, segunda parte, sección primera.

*Lauritzen y otros con Fisco* (1955): Corte Suprema, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LII, segunda parte, sección primera.

*Sucesión Juan Gardaix con Fisco* (1921): Corte Suprema, en: Gaceta de los Tribunales, 1921, primer semestre.

---

# TRATADOS INTERNACIONALES: REFLEXIONES EN TORNO A UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Miriam Henríquez Viñas

## Introducción

La relación entre el Derecho internacional convencional y la Constitución no es un asunto de reciente interés, puramente teórico ni solo académico. La temática ha captado la atención desde el surgimiento del Estado liberal de Derecho, sin embargo, ha alcanzado una mayor notoriedad en estas últimas décadas por razón del progresivo desarrollo del Derecho internacional, así como también, por el surgimiento de teorías que pretenden ubicar a los derechos reconocidos en tratados como parámetro de control de constitucionalidad o apuntalar la controvertida figura del control de convencionalidad.

Desde un punto de vista histórico, el Derecho internacional ha experimentado un importante impulso a partir del fin de la segunda guerra mundial, más precisamente, desde la creación de Naciones Unidas. Este avance se observa en la multiplicación de órganos internacionales y sus numerosos organismos descentralizados, en el extenso plano de tratados y convenios multilaterales destinados a regir agrupaciones de Estados y en el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Hoy, en definitiva, el panorama puede resumirse en una creciente dependencia de los Estados entre sí y en un casi imposible aislamiento de los Estados por razón de los procesos de integración económica y globalización.

En este contexto, las Constituciones han consagrado disposiciones orientadas a facilitar la incorporación del Derecho internacional, convencional y consuetudinario, al Derecho interno, así como regular su aplicación. En Chile las disposiciones constitucionales respecto de las relaciones internacionales y los instrumentos para llevarlas a cabo aún son insuficientes y dan cuenta de la insularidad en la que ostensiblemente pretendió encapsularse la dictadura militar a través de la Constitución de 1980 en su versión no reformada.

Estas circunstancias no pueden menos que motivar el estudio de la regulación de los tratados internacionales en la Constitución de 1980, sus posteriores reformas y las cuestiones que permanecen pendientes, con miras a aproximarse a una moderna regulación que resuelva problemas hasta ahora eludidos en la materia. Todo lo anterior, con la expectativa de contar prontamente con una nueva Constitución que enmiende este y otros dilemas de fondo cuya solución ha sido sistemáticamente preterida.

---

Para ello, en lo que sigue se revisará la regulación de la incorporación, celebración y control de constitucionalidad de los tratados en la versión original de la Constitución vigente, los avances alcanzados con la reforma constitucional de 2005, para finalizar —a modo de conclusiones— reflexionando en torno al estado de la cuestión en la actualidad.

## **I. La posición defensiva en materia exterior de la constitución original de 1980**

La versión original de la Constitución de 1980 adoptó una posición defensiva en materia de relaciones internacionales. Esta afirmación puede extraerse del “debate” que tuvo lugar en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, y en el Consejo de Estado, y del propio diseño constitucional.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución discutió el tema de la aprobación de los tratados internacionales en las sesiones número 47, 345, 356, 364 a 368, 371 y 414. Desde un primer momento se advirtió que la mayor preocupación de los comisionados fue dejar en claro en qué situaciones se debía someter los tratados internacionales a la aprobación del Congreso Nacional. Muestra de ello es que en la sesión N° 356 se consideró la necesidad de precisar los casos en que un tratado internacional requería la aprobación de ambas ramas del Congreso o solo la del Senado.<sup>1</sup> En este sentido, el comisionado Raúl Bertelsen propuso que la aprobación de los tratados se efectuara exclusivamente por el Senado, siempre que dichos acuerdos no implicaran modificación de la legislación interna ni versaren sobre materias de ley, sin perjuicio de mantener la aprobación del Congreso para los demás tratados.<sup>2</sup> Sin embargo, terminó el debate, argumentándose que tal predicamento implicaría hacer distinciones y sutilezas que dificultarían la sustanciación del asunto. Continuando con la temática en consideración, en la sesión N° 364, hubo acuerdo en cuanto a que los tratados de ejecución no quedarían sometidos a la aprobación del Congreso Nacional.

En lo concerniente a los “tratados marco” no se produjo acuerdo respecto de si ellos requerían solo la aprobación del Senado o de ambas ramas del Congreso Nacional.<sup>3</sup> En la sesión N° 365 se planteó que, respecto de ciertos tratados (por ejemplo aquellos que implicaran cesión o canje de territorios o que entregaran facultades a órganos supranacionales) debía facultarse al Presidente de la República para llamar a plebiscito, en tanto que otros comisionados fueron de la opinión de exigir un quórum especial.<sup>4</sup>

---

1 Formularon diversos planteamientos sobre la materia los comisionados Ortúzar, Bertelsen, Carmona, Guzmán y Bulnes. Sesión N° 356, de 20 de abril de 1978, Vol. 10, pp. 2289–2292.

2 Sesión N° 356, de 20 de abril de 1978, Vol. 10, p. 2288.

3 En este debate participaron los comisionados Ortúzar, Bertelsen, Carmona, Guzmán y Bulnes. Sesión N° 364, 03 de mayo de 1978, Vol. 10, pp. 2451 – 2456.

4 Intervinieron en esta discusión los comisionados Ortúzar, Guzmán, Lorca, Carmona y Bulnes. Sesión N° 365, 03 de mayo de 1978, Vol. 10, pp. 2458 – 2460.

En la sesión N° 367, el Embajador Enrique Berstein propuso que todos los tratados debían ser sometidos a la aprobación del Congreso<sup>5</sup>. En esta misma sesión el comisionado Raúl Bertelsen declaró ser partidario de incluir el menor número posible de disposiciones relativas a asuntos internacionales, por cuanto no era posible prever “si en un momento dado ellas pueden volverse en contra del interés nacional”. Por su parte, la comisionada Luz Bulnes juzgó que las razones que llevan a aceptar el principio de una Constitución breve, sumaria, son más valederas que nunca en materia internacional. Añadió que, en este campo, cualquier normativa reglamentaria puede ser limitativa y crear conflictos imposibles de prever en el momento presente.<sup>6</sup> En la sesión N° 368, se abonó la proposición del comisionado Jaime Guzmán en orden a que en la aprobación que deba prestar el Congreso Nacional a los tratados internacionales y a la declaración del estado de sitio, la iniciativa vaya en primer término al Senado y posteriormente a la Cámara de Diputados.<sup>7</sup>

Posteriormente, el Consejo de Estado abordó el tema de la celebración de los tratados en las sesiones N° 70, 80, 82, 83, 85 y 99 y acordó encomendar la materia a una comisión integrada por los señores Carmona, Humeres, Ortúzar y Philippi, cuya proposición fue aprobada en la sesión N° 85, coincidiendo en todo con el texto que entró en vigor.

La escueta revisión apuntada de la historia fidedigna de la Constitución permite reconocer una actitud defensiva de sus redactores en materia de relaciones internacionales, que determinó una regulación somera de la política exterior del Estado. En tal sentido, la versión original —o sin modificaciones— de la Carta de 1980 solo señaló la atribución del Presidente de la República para conducir las relaciones internacionales y las principales etapas de celebración de un tratado solemne. A su vez, dispuso una lacónica mención al trámite de aprobación por el Congreso Nacional y, finalmente, contempló una escueta referencia sobre el control previo y facultativo de constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional.

De esta forma, durante la vigencia de la Constitución de 1980 —y hasta la entrada en vigencia de la reforma del año 2005— la doctrina y práctica constitucional e internacional dejó en evidencia, cuestionó y debatió los siguientes asuntos:

1. La ausencia de una norma constitucional que regule expresamente la incorporación del Derecho internacional, ya sea consuetudinario o convencional, como fuente del Derecho interno. Respecto del Derecho internacional convencional —que interesa a los fines de este trabajo— la

5 Sesión N° 367, 09 de mayo de 1978, Vol. 10, pp. 2498 – 2508.

6 Sesión N° 367, p. 2512.

7 Participaron los comisionados Enrique Ortúzar y Raúl Bertelsen. Sesión N° 368, 09 de mayo de 1978, Vol. 10, pp. 2.523–2.524.

---

doctrina mayoritaria de la época concluyó que el sistema imperante era el de la incorporación.

2. La falta de regulación constitucional de los trámites de reserva, retiro de la reserva, denuncia y otros relativos a la vigencia de los tratados internacionales.
3. El silencio sobre el valor de los trámites de promulgación y publicación de los tratados. Tal laguna dio origen a soluciones encontradas en la práctica internacional, en la jurisprudencia y también en la doctrina durante la vigencia de la Constitución de 1980. En efecto, algunos sectores otorgaron a la publicación un efecto constitutivo, entendiendo que mediante ella se produce la incorporación de la norma convencional al Derecho chileno, asimilando el tratado a la ley.<sup>8</sup> Otro sector, concibió el trámite de la publicación como condición para la aplicación o eficacia del tratado, pero no de su vigencia y por tanto incorporación.<sup>9</sup>
4. La escasa atención al complejo tema de la autoejecutabilidad de los tratados.
5. El alcance de la atribución del Presidente de la República para someter el tratado a la aprobación del Congreso. Esto es, si todos los tratados o solo algunos de ellos quedaban sujetos a dicho trámite.<sup>10</sup>
6. El procedimiento de aprobación del tratado por el Congreso y la asimilación del tratado a la ley en cuanto a su naturaleza y jerarquía. La Constitución de 1980 expresamente refería que la aprobación de los tratados internacionales por el Congreso Nacional debe seguir los mismos trámites previstos para la aprobación de la ley.
7. La duda sobre el quórum de aprobación de las normas contenidas en los tratados internacionales. La doctrina de aquel momento se dividió y algunos sostuvieron que si el tratado versaba sobre materias de ley orgánica constitucional o de quórum calificado, este debía ser aprobado en el Congreso Nacional con las mayorías previstas en el otrora art. 63 de la Constitución para ese tipo de leyes.<sup>11</sup> Por otro lado, se sostuvo que la Constitución no distinguió en este punto, por tanto los tratados internacionales, cualquiera sea la materia sobre la que versaran, debían ser aprobados con el quórum de la ley ordinaria.<sup>12</sup>
8. La vinculatoriedad de la aprobación del Congreso para el Presidente de la República. Las dudas planteadas fueron las siguientes: ¿en aquellos tratados

---

8 La tesis reduccionista o asimilacionista fue sustentada por ejemplo por FERNÁNDEZ (1989), p. 821.

9 PRECHT (1999), p. 146.

10 Sólo a modo de ejemplo de la discusión, véase PFEFFER (1997) y LLANOS (2005).

11 CEA (1999), p. 184. También PFEFFER (1997), p. 66.

12 NOGUEIRA (1996), p. 347.

que no se exige la aprobación previa por el Congreso Nacional, la prestación del consentimiento por el Presidente de la República está condicionada a dicha aprobación? ¿La aprobación del tratado por el Congreso Nacional conlleva la obligación de ser ratificado por el Presidente de la República? La discusión se originó en la interpretación de la expresión constitucional que señala que es atribución exclusiva del Presidente ratificar un tratado “que estime conveniente para los intereses del país”.<sup>13</sup>

9. El trámite de aprobación por el Congreso como oportunidad para el control previo de constitucionalidad del tratado. Una interpretación literal del articulado condujo a la discusión sobre si solo los tratados sometidos a dicho trámite podían ser conocidos por el Tribunal Constitucional, preguntándose la doctrina. ¿Qué ocurre si el tratado no es presentado por el Presidente de la República a la aprobación del Congreso Nacional porque el mismo no versa sobre materias del dominio legal? ¿Dichos acuerdos simplificados quedan exentos del control del Tribunal Constitucional?
10. La necesidad de un control previo y obligatorio de constitucionalidad de todos los tratados, cualquiera fuera su contenido, a fin de evitar el control represivo.<sup>14</sup>
11. La procedencia o no del control represivo de constitucionalidad de las normas contenidas en tratados vigentes y la consideración de las mismas como “preceptos legales”, relacionado con el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.<sup>15</sup>
12. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las normas del tratado por el Tribunal Constitucional.
13. La inexistencia de una disposición constitucional que clarifique si los tratados forman parte del parámetro de control de constitucionalidad.<sup>16</sup>
14. La ausencia de una norma constitucional que establezca la jerarquía que ocupan los tratados en el ordenamiento interno<sup>17</sup>. Sin dudas la problemática de

13 PRECHT (1996), p. 389.

14 Los autores que se han pronunciado sobre la necesidad de un control previo y obligatorio son: HENRÍQUEZ (2007) y NOGUEIRA (2007). Sergio Verdugo detalla la opinión de los autores mencionados y otros sobre la pertinencia del control previo y obligatorio de los tratados en VERDUGO (2010).

15 En favor de la improcedencia véase, entre otros, HENRÍQUEZ (2007), NOGUEIRA (2007). En favor de la procedencia del control represivo véase RIBERA (2007).

16 En favor de la posición que sostiene que los derechos contenidos en tratados conforman un parámetro de control de constitucionalidad: NOGUEIRA (2007). En contra véase PEÑA (2012) y ZÚNIGA (2008).

17 La doctrina nacional ha propuesto distintos rangos o jerarquías a los tratados en general y los tratados de derechos humanos en particular. A modo de ejemplo del debate planteado en torno a la materia, revisar: SAENGER (1993), RÍOS (1996), INFANTE (1996), CUMPLIDO (1996), NOGUEIRA (1997), HENRÍQUEZ (2008) y ALDUNATE (2010).



---

la jerarquía de los tratados internacionales en general, y de derechos humanos en particular, es de todos los asuntos señalados el que acaparó principalmente la atención de los constitucionalistas de ese momento.

## II. Las soluciones alcanzadas en la reforma constitucional del año 2005

La reforma constitucional de 2005, aprobada por la Ley N° 20.050, incorporó una serie de modificaciones tanto respecto a la celebración de los tratados internacionales como al control de constitucionalidad de aquellos. Las principales reformas se introdujeron al art. 54 N° 1 de la Constitución, referido a las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional, y al art. 93 de la Carta, dedicado a las atribuciones del Tribunal Constitucional. Corresponde señalar que la reforma constitucional de 1989, aprobada mediante la Ley N° 18.825, introdujo una norma relevante en lo que respecta a los tratados de derechos humanos (segunda parte del inciso segundo del art. 5° de la Constitución) al establecer que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya estén reconocidos en la Constitución así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, son un límite al ejercicio de la soberanía. La reforma constitucional de 1989 renovó y acentuó el debate sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos, empero fue la reforma de 2005 la que introdujo los cambios más relevantes sobre la temática analizada.

De esta forma, pueden contarse a lo menos una decena de reformas introducidas por la Ley N° 20.050, las que se enumeran a continuación:<sup>18</sup>

1. Se estableció que el quórum para la aprobación de los tratados internacionales en cada Cámara del Congreso Nacional será aquel que corresponda según la materia de la que traten, esto es el quórum exigido por el art. 66 de la Constitución.
2. Se reconoció la distinta naturaleza del tratado y de la ley, al señalar que la tramitación del tratado en el Congreso Nacional se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley.
3. Se instauró el deber de informar del Presidente de la República al Congreso Nacional sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretende confirmar o formular.

---

18 HENRÍQUEZ (2007), pp. 313–314. Un esquema comparativo entre las disposiciones constitucionales en materia de tratados internacionales en la Constitución antes de la reforma del año 2005 y luego de aquella puede revisarse en GAMBOA (2006), pp. 377–386.

4. Se previó la facultad del Congreso Nacional para sugerir reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas sean procedentes de acuerdo a lo previsto por el tratado o en las normas generales del Derecho internacional.
5. Se estatuyó que el retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de este último, de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica Constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse en un plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva.
6. Se facultó exclusivamente al Presidente de la República para la denuncia o el retiro de los tratados, para lo cual pedirá la opinión a ambas Cámaras del Congreso Nacional, en el caso de que el tratado haya sido aprobado por este. En caso de denuncia o retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informarlo a este dentro de los quince días de efectuados.
7. Se dispuso que no requerirán de aprobación del Congreso los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria o aquellos que adopte para el cumplimiento de un tratado en vigor.
8. Se estatuyó que las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.
9. Se estableció como imperativo la publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.
10. Se distinguió respecto al control de constitucionalidad de tratados, aquellos que versan sobre materias de ley orgánica constitucional, que estarán sometidos a un control previo y obligatorio por el Tribunal Constitucional, de aquellos que versen sobre otro tipo de materias, los que eventualmente quedarán sometidos a un control previo por el mismo órgano.

---

### III. Reflexiones finales: las materias pendientes de cara a una nueva constitución

Como puede observarse varias de las problemáticas expuestas como cuestiones debatidas durante la vigencia de la Constitución de 1980 en materia de tratados fueron abordadas y resueltas en la reforma constitucional de 2005. Algunos otros asuntos fueron resueltos a nivel legal, tales como la forma de aprobación de los tratados que se refieren a materias que exigen distintos quórum de aprobación,<sup>19</sup> el valor de la sentencia estimativa de inconstitucionalidad en el contexto de la tramitación del tratado,<sup>20</sup> la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad del tratado vigente,<sup>21</sup> entre otras.

Empero, varias cuestiones aún no han recibido solución o consideración vía constitucional o legal. En tal sentido, permanecen pendientes al menos los siguientes asuntos:

1. El procedimiento de incorporación del tratado y de la costumbre internacional al Derecho interno.
2. La definición del acto interno que debe cumplirse para considerar válidamente incorporado un tratado al Derecho interno, esto es la promulgación o la publicación del tratado.
3. La aprobación del Congreso Nacional como oportunidad para el control previo de constitucionalidad del tratado.

---

19 La Ley Orgánica del Congreso Nacional expresa en su art. 59: “Las Cámaras se pronunciarán sobre la aprobación o rechazo del tratado, en votación única y con el quórum más elevado que corresponda a las materias reguladas por sus normas, dejando constancia de cuáles son las que han requerido quórum calificado u orgánico constitucional”. Y en el art. 65: “Si alguna de las Cámaras rechaza lo acordado por la otra en el trámite de aprobación de un tratado internacional se formará una Comisión Mixta en los términos previstos en el art. 70 de la Constitución Política”. Disposiciones modificadas por Ley N° 24.447 de 2010.

20 La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala en su art. 49 inciso final lo siguiente en relación con el valor de la decisión del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de las normas de un tratado y su ratificación: “Si el Tribunal resuelve que uno o más preceptos de un tratado son inconstitucionales, deberá declararlo así por resolución fundada cuyo texto íntegro se remitirá a la Cámara de origen. La inconstitucionalidad total impedirá que el Presidente de la República ratifique y promulgue el tratado. La inconstitucionalidad parcial facultará al Presidente de la República para decidir si el tratado se ratifica y promulga sin las normas objetadas, en caso de ser ello precedente conforme a las normas del propio tratado y a las normas generales del derecho internacional”.

21 La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala en su art. 93 inciso segundo que la cuestión de inconstitucionalidad (del art. 93 N° 7 de la Constitución) no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones. Por otra parte, la sentencia Rol N° 1288-2009 del Tribunal Constitucional, declaró inconstitucional la norma que prohibía el control represivo de constitucionalidad, a través del recurso de inaplicabilidad, de una norma de un tratado vigente con base en el siguiente argumento: “Que si el tratado no es una ley en sentido estricto, pero puede contener disposiciones propias de ley, tales disposiciones serán sin lugar a dudas “preceptos legales”, que pueden perfectamente ser objeto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La solución contraria, esto es, la que deja al margen del requerimiento de inaplicabilidad a los preceptos de un tratado internacional, según se declarará, es contraria a la Constitución” (considerando quincuagésimo quinto).

4. La procedencia del control previo y obligatorio de constitucionalidad de todos los tratados, la eventual improcedencia e inconveniencia del control represivo, máxime cuando se debaten reformas a las atribuciones del Tribunal Constitucional para el ejercicio del control previo de constitucionalidad de las normas.
5. La indefinición de la jerarquía que ocupan los tratados en el ordenamiento interno y que clarifique si estos forman parte del parámetro de control de constitucionalidad.

Para finalizar corresponde afirmar que la ausencia de resolución constitucional de estos asuntos, de principal relevancia en materia de tratados, genera falta de certeza jurídica. También resulta preocupante que los vacíos constitucionales en este ámbito sean completados por vía legislativa, pues no parece apropiado que la ley regule aspectos referidos a la tramitación o eficacia de una fuente del derecho distinta, como son los tratados.

Todo lo anterior, pone potencialmente en riesgo la reputación y credibilidad internacional del Estado chileno, siendo imprescindible debatirlo, tratarlo y resolverlo con urgencia, idealmente en el contexto de una nueva Constitución.

## **Bibliografía**

- ALDUNATE, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16 (12).
- BENADAVA, Santiago (1999): *Derecho Internacional Público*, 6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica Conosur.
- CUMPLIDO Francisco (1996): “Alcances de la Modificación del artículo 5 de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen N° 23 (2 y 3).
- FERNÁNDEZ, Miguel (1989): “La reforma al artículo 5° de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 16.
- FUENTE, Ximena (2008): “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*.
- GAMBOA, Fernando (2006): “Reformas en materia internacionales en la Constitución de 2005”, *Revista Entheos*, N° 4.
- HENRÍQUEZ, Miriam (2008): “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6 (2).

---

\_\_\_\_\_ (2007a): “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5 (1).

\_\_\_\_\_ (2007b): “Los tratados internacionales en la Constitución reformada”, *Revista de Derecho Público*, N° 69.

\_\_\_\_\_ (2013): “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca que asigna rango infraconstitucional a los tratados de derechos humanos”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, N° 3.

INFANTE, María (1996): “Los Tratados en el Derecho Interno Chileno: El efecto de la Reforma Constitucional de 1989 visto por la Jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 (N° 2 y 3), I.

LLANOS, Hugo (1977): “Vigencia de los tratados en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 4.

\_\_\_\_\_ (2005): “Los Tratados y la Reforma Constitucional”, Humberto Nogueira (Coord.), *La Constitución reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago.

NOGUEIRA, Humberto (1997): “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídicos chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Año 2 (2).

\_\_\_\_\_ (2007a): “Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia. Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5 (2)

\_\_\_\_\_ (2007b): “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5 (1).

PEÑA, Marisol (2012): “La Constitución de 1980 y la existencia de un “bloque de constitucionalidad en Chile”, *Estudios de derecho internacional libro homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla*, Abeledo Perrot, Santiago.

PFEFFER, Emilio (1997): “Constitución Política de la República y Tratados Internacionales”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 2 N° 2.

PRECHT, Jorge (1996): “Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y Derecho Interno Chileno”, *Revista Chilena de Derecho Público*, 23 (N° 2 y 3).

RIBERA, Teodoro (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5 (1).

RÍOS, Lautaro (1998): “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Gaceta Jurídica*, N° 215.

RODRÍGUEZ, Bárbara (2010): “Potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de tratados internacionales”. Memoria de prueba, Universidad de Chile.

SAENGER, Fernando (1993): “Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, 20 (N° 2 y 3).

VERDUGO, Sergio, (2010): “Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8 (1).

ZÚÑIGA, Francisco (2008): “Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Apostillas sobre tratados y Constitución”, *Revista de Derecho Público*, UNED, N° 71 y 72.



### **III. DERECHOS SOCIALES**





# EL INGRESO BÁSICO CIUDADANO PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Alejandra Zúñiga Fajuri

## Introducción

Resulta sencillo asumir que los principios de libertad e igualdad se encuentran en pugna. Que solo es posible lograr la igualdad a costa de la libertad. Y que un Estado que dé a la libertad el lugar que le corresponde, debe necesariamente renunciar a cualquier posible política de redistribución de recursos.<sup>1</sup> Sin embargo, más allá de lo extendida que se encuentre esta idea, lo cierto es que es errónea. Es más, el gran proyecto de la filosofía política liberal ha sido demostrar lo falsa de esa dicotomía. Rawls, Dworkin, Sen, Kymlicka, Van Parijs, Ackerman, solo por mencionar algunos nombres, han avanzado en esta línea.

El liberalismo moderno está fundado en dos afirmaciones: por una parte, ratifica la *igualdad* al insistir en que cada ciudadano, al asentarse en su vida, tiene un derecho fundamental a una porción justa de recursos. Por otra parte, ratifica la libertad al reconocer que personas diferentes harán un uso distinto de sus recursos iniciales. El Estado liberal igualitario espera que surjan esas diferencias y se niega a suprimirlas. Por el contrario, respeta sistemáticamente y facilita las elecciones individuales, mientras procedan de un trasfondo de titulaciones iniciales justas.<sup>2</sup>

La distribución de recursos materiales moldea de manera definitiva ese trasfondo.<sup>3</sup> Si los ciudadanos inician su vida en condiciones justas, es legítimo permitirles que guarden para sí al menos parte de la riqueza creada por generaciones previas. Esto significa un compromiso con la propiedad privada en tanto que ella provee una herramienta esencial para una autodefinición efectiva.<sup>4</sup> Se sigue, entonces, que una asignación de propiedad privada debería reconocerse como un derecho de nacimiento de todo ciudadano y no como un bien escaso distribuido por la comunidad como retribución por un cierto comportamiento.<sup>5</sup>

---

1 NOZICK (1974).

2 ACKERMAN & ALSTOTT (2008).

3 RAWLS (1973).

4 KYMLICKA (2002).

5 ACKERMAN & ALSTOTT (2008).

---

## 1. Un mínimo de recursos incondicional como derecho humano

La propuesta de Ingreso Básico Universal de Van Parijs y la de Asignaciones a los Ciudadanos expresan este compromiso: transformar el siglo XXI en una nueva era de reforma liberal. Esta poderosa idea puede ser contrastada con la filosofía *libertaria* de Nozick, que proclama su compromiso con la libertad, pero se opone a cualquier mecanismo de redistribución de ingresos, logrando entonces que impere una libertad de papel, que no es más que una pantalla para la pobreza.<sup>6</sup>

La *libertad liberal* (o si se quiere, liberal igualitaria, como prefería llamarla Rawls) es una libertad real: exige que la sociedad le dé a cada individuo los recursos necesarios para forjar un proyecto de vida. El *libertarismo*, en cambio, ofrece a los individuos únicamente el derecho a obtener el mayor provecho de las circunstancias en las que nacieron. ¿Ha nacido de padres pobres? “Mala suerte”, responde el libertario. “Haz lo mejor que puedas”. ¿Competir en el mercado con los hijos pudientes? “Mejor confórmate con tu gente”, recomienda, “sería un grave error que el Gobierno interviniera”.<sup>7</sup>

La idea del ingreso ciudadanos es sencilla: consiste en darle a todos los ciudadanos una suma modesta que complemente sus ingresos. Y hacerlo incondicionalmente, sin importar si son pobres o ricos, empleados o desempleados, oficinistas o artistas, casados o solteros, con o sin hijos, jóvenes o viejos. En una versión de la propuesta,<sup>8</sup> la suma sería pagada mensualmente y garantizaría un flujo constante de ingresos que evitarían que algunos ciudadanos murieran de hambre por falta de recursos. En otra versión<sup>9</sup> los fondos serían transferidos en un solo pago de mayor cuantía, que los ciudadanos recibirían al llegar a la mayoría de edad como capital de libre inversión.

En ambos casos, además de ponerle un piso a los ingresos de todos, las transferencias buscan complementar —no reemplazar— las políticas sociales existentes y aumentar la libertad real de los ciudadanos para que trabajen en lo que quieran y desarrollen sus planes de vida. Luego, estas dos propuestas varían en el grado de responsabilidad individual que exigen a los ciudadanos. Evidentemente, la asignación a los ciudadanos permite que, ante un consumo inmoderado o una mala inversión, las personas pierdan todo bajo su responsabilidad. En el caso del ingreso básico ello no ocurriría pues se garantiza permanentemente que todos se librarán de la pobreza.

---

6 NOZICK (1974).

7 ACKERMAN & ALSTOTT (2008), p. 78.

8 VAN PARIJS (2000).

9 ACKERMAN & ALSTOTT (2008).

Con todo, las críticas que se han hecho a ambas propuestas son similares: el ingreso básico recompensaría a los perezosos; los impuestos son injustos; existe el peligro de que las personas dejen de trabajar, se retiren del mercado laboral y la economía colapse; los niveles de impuestos requeridos minarían los incentivos para crear inversión y para el ahorro, etc. Pero lo cierto es que se trata de propuestas bien pensadas y posibles de implementar. Veamos brevemente la propuesta de Phillippe Van Parijs.

## 2. El Ingreso Básico Universal

Como marxista analítico Van Parijs busca construir un paradigma económico fundado, ya no en la retribución conforme a la contribución de cada cual a la producción social total, sino que en la idea de necesidades. El “marxismo analítico” (que tiene entre sus más destacados miembros a Gerald Cohen, Jon Elster, John Roemer, Philippe Van Parijs, Robert Van der Veen, entre otros) es una filosofía que intenta reformular la teoría de Karl Marx usando las herramientas y métodos de la filosofía analítica y las ciencias sociales.<sup>10</sup>

La propuesta de Van Parijs pretende asegurar a todos los individuos un ingreso básico ‘no condicionado’ que permita un mínimo poder de compra a cada persona con independencia del trabajo que realice o de su disposición al trabajo. De este modo, el ingreso básico es como un seguro médico universal financiado públicamente donde la asistencia médica se presta tanto a los ciudadanos que se ejercitan y consumen dietas saludables, como aquellos que no lo hacen. Ser “responsable” con respecto a la propia salud no es condición para recibir asistencia médica. Por ello, el ingreso básico incondicional asume la misma postura frente a las necesidades básicas: nadie debe vivir en la pobreza en una sociedad rica.<sup>11</sup> Se trata de lo que Thomas Paine llamó “el derecho a la existencia” o Charles Fourier, un “mínimo de subsistencia abundante”.

Robespierre declaraba:

“¿Cuál es el primer fin de la sociedad? Mantener los derechos imprescriptibles de las personas. ¿Cuál es el primero de esos derechos? El de existir. La primera ley social es, pues, la de asegurar a todos los miembros los medios de existencia. Todas las demás se subordinan a esta; la propiedad no ha sido instituida ni garantizada sino para cimentar aquella ley; es para vivir que se tienen las

<sup>10</sup> KYMLICKA (2002).

<sup>11</sup> VAN PARIJS (2000).

---

propiedades. Y no es verdad que la propiedad pueda jamás estar en oposición con la subsistencia de las personas”.<sup>12</sup>

Ahora ¿qué es y qué no es el ingreso básico? Van Parijs anota:

i) Es un ingreso pagado en efectivo, no en especies. Se trata de un suplemento, y no un sustituto, de las transferencias en especies existentes como educación o cuidado sanitario.

ii) Es un ingreso pagado en intervalos regulares, y no como asignación única. Puede ser por semanas, mes o años. ¿Qué monto es suficiente para garantizar el derecho a la existencia? Se habla de U\$ 400 o 500 mensuales (unos \$ 300.000 aproximados). Podría ser más dependiendo del nivel de desarrollo de esa sociedad, pero difícilmente menos.

iii) Por definición el ingreso básico es pagado por un Gobierno a través de recursos controlados *públicamente*. Ello no significa que deba pagarlo el Estado-nación. Puede hacerlo una provincia o una comunidad (como ocurre en Alaska, único Estado que ha introducido un ingreso básico genuino).

iv) El ingreso básico es *pagado a todos los ciudadanos*. ¿Y a quienes no son ciudadanos? Puede haber nociones más o menos incluyentes sobre la pertenencia a una comunidad política. Unos lo restringirán a los nacionales o a los ciudadanos. Pero la mayoría de los defensores del ingreso básico, especialmente quienes lo ven y lo interpretan como una política pública contra la exclusión, conciben un sentido de pertenencia más amplio, que incluya por ejemplo a todos los residentes permanentes legalizados.

Finalmente, el ingreso básico es un derecho individual y uniforme. Para todos la misma cantidad, con independencia de la conformación de su hogar, pues es un ingreso incondicional. Esa es, probablemente, su característica más impactante. Es un ingreso pagado tanto a ricos como a pobres pues no se hace ningún tipo de evaluación de medios, por lo que opera *ex antes* de cualquier consideración de ingresos.

Ahora, esto no hace más ricos a los ricos pues, evidentemente, el ingreso básico es interdependiente de los sistemas existentes de impuestos, de modo que los comparativamente ricos van a pagar —vía impuestos (que son proporcionales)— por todo su ingreso básico y por gran parte del ingreso básico de los comparativamente pobres. Es la lógica económica que está detrás del derecho universal a cuidado sanitario o a educación.

---

12 DOMÉNECH (2004), p. 82.

Una de las razones más importantes para prescindir del examen de ganancias es que evita la sensación de humillación, pues se trata de un beneficio que se da a todas las personas en razón de su ciudadanía. Luego, hay un menor estigma asociado. Además, el beneficio no se pierde cuando se acepta un empleo, lo que motiva la remoción de la trampa del desempleo asociada a los sistemas convencionales de beneficios.<sup>13</sup>

Por último ¿cómo se constitucionaliza un ingreso básico universal? Para empezar, es fundamental reconocerlo como un derecho independiente del derecho al trabajo, a la seguridad social o a cualquier otra asignación estatal. Como se ha señalado, es un derecho incondicional —no importa la relación que se tenga con el trabajo— y es universal —para todos por igual—.

A continuación sería necesario decidir quienes tendrán derecho al ingreso básico. ¿Solo los chilenos, o también los extranjeros en determinadas circunstancias (por ejemplo, que hayan cumplido con los requisitos para poseer derechos políticos)? En mi opinión, y siguiendo con la idea de combatir la exclusión social, este derecho debiera constitucionalizarse en términos lo más extensos posibles.

Después de todo, para tener derecho a la existencia, debería ser suficiente existir.

## Conclusión

Difícilmente es posible responsabilizar a los niños de la pobreza en la que viven. Como muestra John Roemer (1993), tampoco es fácil responsabilizar a un adulto de las condiciones precarias que su pobreza inicial de alguna manera ha condicionado. La pobreza no solo es consecuencia del azar natural, sino que también (y especialmente) del azar social, de las reglas sociales de distribución y adjudicación de bienes que hemos instaurado desde hace siglos sobre la base de principios de justicia (piénsese en las reglas de adjudicación de John Locke) que hoy no resultan sostenibles.

Si no podemos moralmente justificar como justo (conforme a las teorías de la justicia del liberalismo igualitario y del igualitarismo) el actual estado de cosas, entonces debemos avanzar incluso más allá de los mecanismos redistributivos planteados por Rawls. En esta línea, la garantía de un ingreso básico universal que permita liberar a las personas (por el solo hecho de ser personas y miembros de una misma comunidad) del estado de necesidad y miedo provocado por la pobreza, resulta moralmente coercitivo como derecho humano básico reconocible como tal en una nueva Constitución para Chile.

13 VAN PARIJS (1996).

---

## Bibliografía

ACKERMAN, Bruce & Anne ALSTOTT (2008): “¿Por qué asignaciones a los ciudadanos?”, Erik Olin Wright (Ed.), *Repensando la distribución. El ingreso básico ciudadano como alternativa para un capitalismo más igualitario*, Siglo del Hombre Editores/ Universidad de los Andes, Bogotá.

COHEN, Gerald (1995): *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge.

KYMLICKA, Will (2002): *Contemporary Political Philosophy, an Introduction*, Oxford University Press, Oxford.

NOZICK, Robert (1974): *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Oxford.

RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford.

ROEMER, John (1993): “A Pragmatic Theory of Responsibility for the Egalitarian Planner”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22, Nº 2.

VAN PARIJS, Philippe (1996). *Libertad real para todos*, Paidós, Barcelona.

\_\_\_\_\_ (2000): “A Basic Income for All”, *Boston Review*, 25/5.

# MODELO DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Rodolfo Figueroa García-Huidobro

## Introducción

Lo que sigue es un trabajo que refiere específicamente a cómo proteger derechos sociales. Sin embargo, también señalaré de modo muy breve, qué derechos sociales habría que incluir en una nueva Constitución.

### I. ¿Qué derechos sociales habría que incluir en una nueva Constitución?

A lo menos, habría que incluir los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, los DESC) reconocidos por la Constitución de 1925 y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La justificación es que de no incluirse los DESC de la Constitución de 1925 persistiríamos en una involución constitucional de muchas décadas; y en el caso del Pacto Internacional de DESC, no hacerlo sería inconsistente con el art. 5° de la Constitución que ordena respetar y promover los derechos del mismo. Algunos DESC reconocidos por la Constitución de 1925 están recepcionados por la Constitución de 1980, pero con una redacción más escueta o menos protectora o desarrollada, como, por ejemplo, el derecho a la seguridad social. En tal caso, habría que mejorar esa redacción y la protección del derecho.

### II. Protección de los DESC

La protección de los DESC requiere de un modelo de jurisdicción constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, el que debe ser creado.

#### 1. Aclaraciones preliminares

a.- No cabe duda que la Constitución chilena establece un sistema de jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales. Este sistema es complejo en cuanto comprende diversos órganos, acciones constitucionales y sus respectivos procedimientos. De ese complejo entramado, es relevante poner atención básicamente al recurso de protección y a las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad —excluyendo la Contraloría General de la República—, acciones como la del art. 12 de la Constitución y la jurisdicción preventiva del Tribunal Constitucional (TC), entre otras.

Cabe aclarar también que el sistema imperante (la acción de protección y la jurisdicción represiva del TC) permite, parcialmente, hacer justiciables los DESC.



---

Por ello, cuando se propone un modelo de jurisdicción constitucional de los DESC, no es porque dicho sistema no exista en Chile sino porque el sistema vigente es institucionalmente defectuoso para hacer justiciables esos derechos. Además, cabe precisar que la propuesta no consiste en elaborar un modelo exclusivo para los DESC de suerte que haya dos modelos paralelos, uno para los derechos civiles y otro para los DESC, sino que se propone un modelo de jurisdicción constitucional que sea funcionalmente apropiado para hacer justiciables los DESC, pero que sea capaz de asegurar la protección de todos los derechos fundamentales.

Si nos detenemos en la acción de protección y de inaplicabilidad, parece haber acuerdo en la doctrina<sup>1</sup> de que dicho sistema es deficiente para hacer justiciables no solo los DESC sino los derechos fundamentales en general:

i) La acción de protección es institucionalmente inidónea para proteger los DESC, debido a que el art. 20 los excluye de manera expresa. Sin embargo, eso no significa que dicho mecanismo no haya servido para proteger DESC. En efecto, i.i) se han ideado fórmulas, algunas acogidas por la jurisprudencia, para otorgar protección indirecta a estos derechos que consisten en proteger un derecho excluido del art. 20 al amparo de un derecho que sí está incluido, como derecho a la vida, igualdad, propiedad, etc. i.ii) Hay casos en la jurisprudencia de protección en que se ampara de manera directa algunos derechos. Por ejemplo, unos pocos casos de derecho a la educación y de derecho a la salud. Sin embargo, hay autores que consideran que la acción de protección no es un instrumento útil para proteger derechos fundamentales.<sup>2</sup>

ii) La acción de inaplicabilidad no tiene la limitación institucional que exhibe el recurso de protección para proteger los DESC y por eso es institucionalmente idónea para esos efectos. Sin embargo, hay autores que sostienen que, de todos modos, la acción de inaplicabilidad adolece de limitaciones institucionales que inciden en su aptitud para proteger adecuadamente cualquier derecho fundamental, sea DESC o no.<sup>3</sup> Por tanto, se parte de la base de que el sistema de jurisdicción constitucional vigente en Chile, aplicado a los DESC, es deficitario.

b.- Cuando se habla de jurisdicción constitucional es necesario tener en consideración tanto aspectos “institucionales” como variables culturales o idiosincráticas que son las que determinan y configuran una “práctica constitucional”.<sup>4</sup> Por ello, se sugiere distinguir un “sistema” de un “modelo”. Ambas palabras se pueden emplear como sinónimas, pero en este trabajo se utiliza la palabra “sistema” para aludir al entramado puramente institucional (constituido por normas) y se habla de “modelo”

---

1 SUÁREZ (2010), p.114; HERNÁNDEZ (2010), p. 320; SILVA (2012), p. 43; USEN (2009), pp. 216 ss.

2 BORDALÍ (2006), p. 223; BORDALÍ (2011).

3 GÓMEZ (2013); ZÚÑIGA (2009), p. 85.

4 GÓMEZ (2005).

para apuntar a uno que involucra no solo los elementos institucionales sino también factores culturales, idiosincráticos, que modelan los aspectos más fundamentales de la práctica constitucional.<sup>5</sup> La letra a.- precedente se refiere solo a lo institucional. En Chile existe un “sistema” de jurisdicción constitucional de los DESC, pero este trabajo se pregunta por el “modelo” para hacer justiciables los DESC.

¿Existe un modelo en Chile para la protección de los DESC? No cabe duda que existen normas y también existe una práctica. Por ende, en rigor, existe un modelo. Sin embargo, no existe ni en la doctrina chilena ni en la jurisprudencia una autocomprensión de lo que es un modelo de jurisdicción de DESC: en qué consiste, cómo debe operar, qué elementos lo integran, cuál es la definición de esos elementos. La doctrina nacional ha abordado algunos elementos del modelo, pero no existe una reflexión sistemática sobre el mismo. La jurisprudencia también ha tocado algunos puntos, pero eso dista de ser una visión comprensiva del sistema. Por tanto, estas reflexiones parten de la hipótesis de que existiendo un sistema institucional y una práctica con algunos elementos idiosincráticos, no existen, sin embargo, elementos suficientes para hablar de un modelo de jurisdicción constitucional de los DESC en Chile.

## **1. Un modelo de jurisdicción constitucional de los DESC**

Como se señaló, se parte de la hipótesis de que un modelo de jurisdicción constitucional de los DESC se compone de varios elementos. Si consideramos algunos casos de la jurisprudencia constitucional chilena,<sup>6</sup> algunos casos de la jurisprudencia constitucional de los DESC en Sudáfrica,<sup>7</sup> la experiencia española sobre DESC<sup>8</sup> y alguna jurisprudencia constitucional colombiana sobre derechos fundamentales,<sup>9</sup> es posible sugerir que un modelo de jurisdicción constitucional de los DESC debe abarcar a lo menos los siguientes elementos:

### **2.1. Una definición del tipo de órgano que ejerce el control y su inserción institucional**

En Chile, este elemento se enfrenta a una situación compleja porque distintos órganos ejercen jurisdicción constitucional sobre derechos fundamentales. En materia

5 JORDÁN alude a elementos culturales (2010), p. 355 ss.; también NOGUEIRA (2010), p. 68.

6 Por ejemplo, recursos de protección sobre VIH el año 2001; recursos de protección de derecho a la vida/salud el año 2010; el fallo del Tribunal Constitucional sobre ISAPRE y el art. 38 ter; recursos de protección por derecho a la educación el 2007, entre otros.

7 Quizá los mejores ejemplos serían los casos Soobramoney, Grootboom, Tac, Khosa y Mahlaule, y PE Municipality.

8 En especial, algunos casos de tutela indirecta, Sentencias del Tribunal Constitucional de España N° 128-1987, 166-1988, 145-1991, 17-2003, 41-1999, 187-2009, entre otros.

9 Por ejemplo, casos de obligaciones prestacionales derivadas de derechos fundamentales y también casos de control de políticas públicas: Decisiones de la Corte Constitucional de Colombia N° 153/1998, 772/2003, 25/2004, 1064/2001, 225/1997, 671/2002, entre otros.

---

de DESC, habrá que determinar si será un solo órgano o varios y definir su perfil institucional (quienes lo integran, cómo se nombran, etc.). Además, es importante precisar la inserción institucional del órgano. Esta inserción institucional es un asunto particularmente acuciante en Chile. El TC, por ejemplo, —no obstante las importantes funciones que posee— no tiene una adecuada inserción institucional pues no están claras sus relaciones con los tribunales ordinarios y con el Congreso (en ciertos casos). Como consecuencia de esto no están claros los efectos de sus resoluciones de inaplicabilidad en la justicia ordinaria.<sup>10</sup> Por ello, un modelo de jurisdicción de los DESC debe abordar este punto de manera expresa.

## **2.2 Una delimitación de las materias que son justiciables**

Todo modelo de jurisdicción debe pronunciarse sobre este punto. De hecho, la Constitución chilena hace una determinación de las materias justiciables en el caso del recurso de protección y de la acción de inaplicabilidad. Por ejemplo, dentro de las propuestas de reforma constitucional del año pasado, algunos personeros sugirieron ampliar las materias revisables en sede de protección. Esa sugerencia sin pronunciarnos sobre sus méritos— atinge a este asunto. Por ello, es fundamental determinar qué DESC serán justiciables en un nuevo modelo. La existencia de casos en la jurisprudencia de protección que conceden tutela indirecta a algunos DESC, como educación o salud, es una demostración de la relevancia de este elemento y de la necesidad de pronunciarse sobre él.

## **2.3 Una teoría de los DESC y su relación con los demás derechos constitucionales**

Los jueces y abogados que operen el sistema de jurisdicción de los DESC, cualesquiera que ellos sean y como quiera que sea dicho sistema, van a suscribir algún punto de vista sobre los DESC, su justiciabilidad y su relación con los demás derechos constitucionales, y esos puntos de vista van a influir en el funcionamiento del sistema y en la configuración de la práctica de justiciabilidad de los DESC. Por ejemplo, van a incidir en la determinación de si otorgan protección directa o no, o solo protección indirecta, o ninguna protección. En efecto, existen autores que niegan que los DESC sean derechos subjetivos;<sup>11</sup> otros pueden admitir que tal vez lo sean pero sostienen que no son justiciables.<sup>12</sup> Hay autores que estiman que los DESC pueden ser justiciables en ciertos niveles,<sup>13</sup> o derechamente defienden su justiciabilidad.<sup>14</sup> Por tanto, una aproximación teórica sobre este tema es fundamental a la hora de enfrentar la justiciabilidad de los DESC y un modelo para hacerla efectiva.

---

10 GÓMEZ (2013).

11 ATRIA (2004).

12 MARTÍNEZ (2008), p. 281.

13 CELIS (2008), pp. 82-3.

14 USEN (2009); BUSTOS (2014); JORDÁN (2008); NOGUEIRA (2010).

En Chile tenemos casos de jurisdicción de protección que conceden tutela directa e indirecta a algunos DESC. Este elemento es parte de la práctica. En otro sentido, en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, algunos autores y el Comité DESC del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aluden a la interdependencia y permeabilidad que existe entre los derechos humanos. Estas características tienen especial relación con la tutela indirecta. Por ende, suscribir o rechazar la doctrina de la permeabilidad e interdependencia entre los derechos es un asunto relevante porque va a impactar en el funcionamiento del sistema. Por todo esto, es importante definir este elemento en un nuevo modelo de jurisdicción de DESC.

#### **2.4. Una determinación del rol de las cortes haciendo justiciables los DESC**

Uno de los argumentos de quienes se oponen a la justiciabilidad de los DESC es que se infringe el principio de separación de poderes. Por la inversa, la Corte Constitucional de Sudáfrica presenta una comprensión del mismo en virtud de la cual dicho principio no se entiende vulnerado. En consecuencia, un elemento central en un modelo de justiciabilidad de los DESC es la forma de interpretar y comprender el principio de separación de poderes: qué exige este principio de las cortes; cómo debe ser respetado; cuánta deferencia ha de dejarse al legislador, etc. Este elemento cultural define y modela la práctica del control jurisdiccional. Por ejemplo, la interesante discusión sobre activismo judicial en Chile<sup>15</sup> tiene que ver con este elemento. A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema se refiere a este punto en los casos de VIH el 2001 y reitera la misma doctrina en casos de derecho a la vida y salud el 2010. En consecuencia, es importante que un modelo de jurisdicción se refiera a él e intente precisarlo.

#### **2.5 La variable: escasez de recursos financieros**

Un argumento recurrente en quienes se oponen a la justiciabilidad de los DESC es que dicha justiciabilidad puede implicar costos para el Estado, afectando el presupuesto público.<sup>16</sup> Además, señalan un argumento de legitimidad: los jueces no deben decidir ni incidir en el presupuesto fiscal. En la línea contraria, hay autores que señalan que no necesariamente la adjudicación en DESC implica costos para el Estado (depende de qué decrete la corte) y agregan que en algunos casos de derechos civiles una decisión judicial puede tener impacto en el presupuesto público.<sup>17</sup> Un buen ejemplo fue cuando el Tribunal Constitucional español declaró inconstitucional el proceso penal. Por tanto, el impacto presupuestario de una decisión judicial es una posibilidad, se trate de un derecho civil o de un DESC.

Sin embargo, la escasez de recursos financieros es una realidad que los jueces no pueden desconocer y no pueden abocarse a sus funciones partiendo de la base de

15 GARCÍA & VERDUGO (2013); POYANCO (2013).

16 MARTÍNEZ, sobre la escasez (2008), p. 280.

17 FIGUEROA (2009a); FIGUEROA, (2009b).

---

que los recursos son ilimitados. La escasez es una variable restringente. Por tanto, es relevante determinar cómo esta variable debe incidir en el comportamiento de los jueces que adjudiquen DESC. Con todo, existen obligaciones de progresividad en materia de DESC derivadas del Pacto Internacional de DESC, pacto que impera en Chile y que el art. 5 de la Constitución obliga a respetar y promover a todos los órganos del Estado. Así las cosas, esta variable exige la determinación de un punto de equilibrio al interior de un modelo de justiciabilidad de los DESC. Ejemplos positivos y negativos de este punto se pueden apreciar en la jurisprudencia sudafricana y colombiana.

## 2.6 Órdenes de la Corte

Todo modelo de jurisdicción debe definir qué tipo de órdenes puede decretar un tribunal: puede ser una mera declaración de derechos, sin emitir orden alguna; puede disponerse una prohibición de hacer; puede emitirse un pronunciamiento de inconstitucionalidad de una norma; puede decretarse una orden para hacer algo. Este elemento se relaciona con el anterior porque ciertos tipos de órdenes impactan en el presupuesto público y atingen directamente a la escasez de recursos financieros, en tanto otras no, al menos no directamente.

En Chile, este elemento se encuentra explícitamente regulado en la jurisdicción de protección, concediéndose amplios poderes a las cortes para adoptar medidas. En cambio, tratándose de la acción de inaplicabilidad, este elemento es impreciso.<sup>18</sup> Si un tribunal adjudica DESC, ¿debería tener amplios sus poderes, como los que franquea el art. 20? ¿Debería haber restricciones o debería haber un sistema flexible? No cabe duda que este es un asunto que debe ser regulado en un modelo de control jurisdiccional de los DESC.

## 2.7 Estándares de escrutinio

Todo sistema de control jurisdiccional de derechos emplea algún estándar de escrutinio. Esto no se limita a los DESC. Por ejemplo, en el sistema constitucional de EE.UU. es posible advertir varios niveles de escrutinio (*rational basis; intermediate scrutiny; strict scrutiny*). En el caso de la jurisprudencia constitucional de Sudáfrica sobre DESC, el asunto es muy complejo: diversos autores discrepan sobre cuántos niveles de escrutinio ha empleado la corte constitucional (mera racionalidad, mayor sustantividad, proporcionalidad fuerte, etc.).<sup>19</sup>

En Chile, no parece formar parte de nuestra práctica constitucional discutir

---

18 GÓMEZ (2013).

19 PILLAY (2005), p. 439; BRAND (2006), p. 227; DE VOS (2001), p. 259; BILCHITZ (2002), p. 498; BOLLYKY (2002), p. 162.

sobre niveles de escrutinio. ¿Deberíamos hacerlo? En la práctica constitucional chilena, ¿no hay casos que parezcan revelar que se emplean distintos niveles de análisis? La relación ley/reglamento en los años 90, los diversos casos de Playas, la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso píldora el 2008, el fallo de inconstitucionalidad del art. 38 ter del 2010, entre otros, pueden ser buenos ejemplos para discutir si nuestra práctica recurre a diversos niveles de escrutinio, cuáles y cuántos son.

Este elemento incide de manera sustancial en el rol del juez, en su interpretación de los derechos, su comprensión del problema y en cómo resuelve el caso. Además, puede permitir articular con flexibilidad el rol de los jueces con el respeto por el principio de separación de poderes y la variable de escasez de recursos. Por tanto, este es un elemento que debe ser definido en un modelo de jurisdicción de DESC.

## **2.8 Articulación entre Derecho y jurisprudencia nacional e internacional**

La relación entre el derecho doméstico y el internacional, y entre la jurisprudencia local y la de un tribunal internacional, respecto de un tratado del cual el Estado es signatario, es un elemento central en el derecho público contemporáneo. Es cada vez más frecuente que tribunales chilenos recurran a doctrina jurisprudencial de tribunales internacionales, como ocurre en otros países. El Tribunal Constitucional ha citado jurisprudencia internacional. Además, es necesario considerar que el art. 5° de la Constitución chilena obliga a respetar y promover los derechos esenciales reconocidos en tratados internacionales ratificados por el Estado.

En virtud de la relevancia del derecho internacional, hay autores que sostienen la tesis del bloque de constitucionalidad y estiman que es imperativo que las cortes hagan control de convencionalidad.<sup>20</sup> Otros autores se han referido al mismo problema a propósito de derechos específicos.<sup>21</sup> La Corte Interamericana se ha referido a este punto en fallos que atingen a Chile (caso Almonacid). Sin embargo, este asunto es complejo en Chile. Se ha discutido largamente en nuestro país la jerarquía de los derechos contenidos en tratados de derechos humanos; ha habido un fallo del TC sobre la materia (2002), y ha habido dos reformas constitucionales sobre este punto (1989 y 2005).

Por tanto, el rol del derecho internacional en el derecho interno y la fuerza o vinculación de la jurisprudencia de tribunales internacionales sobre tratados internacionales vigentes en Chile constituye un elemento central en un modelo de adjudicación de los DESC y debe ser considerado.

20 Por ejemplo, NOGUEIRA (2012).

21 FERNÁNDEZ (2010); JORDAN (2010); HENRÍQUEZ (2010).

---

## Conclusión

Es necesario elaborar un modelo de control jurisdiccional de los DESC. En Chile existe un sistema y una práctica que hace justiciables, hasta cierto punto, los DESC. Sin embargo, ese sistema institucional y la práctica son deficitarios por una serie de razones. Esto hace necesario pensar en un nuevo modelo de control jurisdiccional de los DESC. Ese modelo debería abarcar una serie de elementos, tanto normativo-institucionales como culturales o idiosincráticos. En esta presentación he mencionado ocho, pero es posible que deban considerarse algunos más. La experiencia comparada de países como Sudáfrica, España y Colombia podría servir para ir delimitando y configurando los elementos que debería contener el referido modelo.

## Bibliografía

- ATRIA, Fernando (2004): “¿Existen derechos sociales?”, *Doxa*, N° 4, Alicante.
- BILCHITZ, David. (2002) “Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance”, *South African Law Journal*, Vol. 119, JUTA.
- BOLLYKY, Thomas (2002): “R IF C > P+B: A paradigm for Judicial Remedies of Socio-Economic Rights Violations”, *South African Journal of Human Rights*, Vol. 18.
- BORDALÍ, Andrés (2006): “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral. Vol. XIX, N° 2.
- \_\_\_\_\_ (2011): “El recurso de protección chileno al banquillo”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. V, N° 27.
- BRAND, Danie (2006): “Socio-Economic Rights and Courts in South Africa: Justiciability on a Sliding Scale”, Fons Coomans (Ed.), *Justiciability Of Economic And Social Rights. Experiences From Domestic Systems*, Intersentia.
- BUSTOS, Rodrigo (2014): *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*. Librotecnia, Santiago.
- CELIS, Gabriel (2008): “Los derechos económicos, sociales y culturales. Limitaciones y proyecciones.” *Nomos*, N° 2.
- DE VOS, Pierre. (2001): “Grootboom, The Right to Access Housing and Substantive Equality as Contextual Fairness”, *South African Journal of Human Rights*, Vol. 17.
- FERNÁNDEZ, Miguel (2010): “Compatibilidad entre el Pacto de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales y el ordenamiento jurídico interno en relación con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza”, Humberto Nogueira (Coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, Librotecnia, Santiago.

FIGUEROA, Rodolfo (2009a): “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: discusión teórica”, *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36, N° 3.

\_\_\_\_\_ (2009b): “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud.” *Revista Chilena de Derecho*, Vol.36, N° 2.

GARCÍA, FRANCISCO & Sergio VERDUGO (2013): *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago.

GÓMEZ, Gastón (2005): *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, Universidad Diego Portales, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2013): *Las sentencias del tribunal constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

HENRÍQUEZ, Miriam (2010): “Los derechos lingüísticos en los tratados internacionales y su incorporación y aplicación por el derecho interno”, Humberto Nogueira (Coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, Librotecnia, Santiago.

HERNÁNDEZ, Domingo (2010): “Derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia”, Humberto Nogueira (Coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, Librotecnia, Santiago.

JORDÁN, Tomás (2008): “La tutela indirecta de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional española.” *Nomos*, N° 1.

\_\_\_\_\_ (2010): “Claves para la compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional en materia de derechos educacionales”, Humberto Nogueira (Coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, Librotecnia, Santiago.

MARTÍNEZ, José (2008): “Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la sentencia Rol N° 976 del Tribunal Constitucional”, *Nomos*, N° 2.

NOGUEIRA, Humberto (2012): “El derecho fundamental a la vida digna y el derecho al agua”, Gonzalo Aguilar (Coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, Santiago.



---

\_\_\_\_\_ (2010): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, Humberto Nogueira (Coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, Librotecnia. Santiago.

PILLAY, Anashri (2005): “Reviewing Reasonableness: An Appropriate Standard for Evaluating State Action and Inaction?”, *South African Law Journal*, Vol. 122.

POYANCO, Rodrigo (2013): “Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial”, *Derecho Público Iberoamericano. Revista del Centro de Justicia Constitucional*, Universidad del Desarrollo, Santiago.

SILVA, María (2012): “El estado social de derecho en la Constitución chilena”, Gonzalo Aguilar (Coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, Santiago.

SUÁREZ, Cristián (2010): “Los derechos económicos y sociales en la Constitución chilena y los límites de la jurisprudencia”, Humberto Nogueira (Coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, Librotecnia, Santiago.

USEN, Alejandro (2009): “Derechos sociales: Teoría y praxis”, *Nomos*, N° 3.

ZÚÑIGA, Francisco (2009): “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, N° 20.

## **Jurisprudencia**

### **Chilena**

García con Ministro de Salud y el Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente. Rol N° 2613-99, 14.06.1999. Recurso de Protección.

Rojas y otros con Ministro de Salud y el Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente. Rol N° 3599-2001, Corte Suprema. Recurso de Protección. También los casos Rol N° 1705 de 14.04.2000; N° 1825 de 20.04.2000 y N° 1905, de 26.04.2000.

Tribunal Constitucional, rol N° 1710-2010, 06.08.2010, acción de inconstitucionalidad de oficio.

### **Sudafricana**

Caso Cct 32/97. Thiagraj Soobramoney con Minister of Health (Kwazulu-Natal), 27.11.1997.

Caso Cct 11/00. The Government Of The Republic of South Africa Et Al. con Grootboom y Otros. 04.10.2000.

Caso Cct 8/02. Minister of Health, et al. con Treatment Action Campaign et. al. 05.07.2002.

Caso Cct 12/03. Khosa, et. al. con The Minister of Social Development, et. al. 04.03.2004.

Caso Cct 13/03. Mahlaule et. al con The Minister of Social Development, et. al. 04.03.2004.

Caso CCT 53/03. Port Elizabeth Municipality con Various Occupiers. 01.10.2004.

### **Española**

Sentencias del Tribunal Constitucional de España: 128/1987, 166/1988, 145/1991, 17/2003, 41/1999, 187/2009.

### **Colombiana**

Casos Corte Constitucional de Colombia: 153/1998, 772/2003, 25/2004, 1064/2001, 225/1997, 671/2002.



# NUEVA CONSTITUCIÓN Y DERECHOS SOCIALES: HACIA UN NUEVO PARADIGMA\*

Rodrigo Bustos Bottai

## Introducción

Si bien algunas organizaciones políticas, movimientos y exponentes del mundo académico hace muchos años planteaban la necesidad de tener en Chile una nueva Constitución, la demanda por un proceso constituyente afloró con fuerza en los últimos años. Es posible afirmar que en buena medida la idea de dejar atrás la Constitución Política de 1980 (conocida también como “Decreto Ley N° 3.464”) creada por la dictadura cívico-militar, como parte de su objetivo de generar una nueva institucionalidad, se produce con movimientos vinculados a la realización de derechos sociales. Ello ocurrió de manera especial con el derecho a la educación, pero también con las reivindicaciones de los movimientos ambientalistas y con las movilizaciones sociales en diversas regiones del país por diversas diferentes sociales.<sup>1</sup>

En algunos de esos casos, los movimientos sociales llegaron a cuestionar fuertemente las regulaciones legales de los derechos sociales y en más de una ocasión terminaron topándose con el texto constitucional vigente como un muro que dificultaba la posibilidad de hacer factibles regulaciones que se afirmaran en paradigmas diferentes de los imperantes.<sup>2</sup> Ello no solo sucedía por la regulación misma de los derechos sociales fundamentales en la actual Constitución, sino también por la existencia de robustos mecanismos contra mayoritarios que dificultan que las mayorías puedan establecer nuevos modelos para el sistema educacional o respecto de la realización de otros derechos.

De esta forma, podemos decir que en parte los planteamientos vinculados a nuevas concepciones en materia de derechos sociales han estado en la base del momento constituyente que Chile vive hoy en día. Lo anterior nos lleva a afirmar que una de las materias constitucionales en las cuales sin duda la sociedad chilena está requiriendo

\*Agradezco los aportes y comentarios críticos de Tamara Carrera Briceño, abogada de la Universidad Diego Portales.

1 Entre estos últimos, cabe mencionar de manera especial los movimientos generados en el año 2011 en la Región de Aysén y en la localidad de Freirina en la Tercera Región.

2 Por ejemplo se planteó con fuerza la necesidad de que se realizara un plebiscito ante los bloqueos que la misma Constitución significaba para un cambio de modelo educacional. Véase. <<http://www.elciudadano.cl/2011/09/06/40461/cobra-fuerza-idea-de-un-plebiscito-para-salir-de-agotamiento-institucional/>>. Tan claro es lo anterior que actualmente ante los proyectos de ley parte de una reforma educacional enviados por el Gobierno al Congreso nacional, parlamentarios/as de oposición han anunciado que estudian la presentación de un requerimiento preventivo al Tribunal Constitucional. Cfr. <<http://www.latercera.com/noticia/politica/2014/06/674-580985-9-reforma-educacional-fundacion-de-pinera-advierte-posible-inconstitucionalidad.shtml>>

---

un giro es justamente en la forma en que los derechos sociales deben ser regulados y protegidos en una nueva Constitución (en adelante, NC). Para la defensa de esa posición en las próximas páginas me referiré primero brevemente a la existencia de diversos modelos constitucionales para la regulación de los derechos sociales. En segundo lugar, explicaré por qué el modelo de la Constitución Política de 1980 en materia de derechos sociales puede catalogarse como devaluado. Por último, me abocaré al tratamiento que a mi juicio debieran tener los derechos sociales fundamentales en la NC.

Para ello, me centraré en desarrollar las principales ideas que me parece deben ser consideradas a la hora de buscar definir un catálogo de derechos fundamentales sociales y, a reglón seguido, desarrollaré los principales argumentos que me llevan a defender la necesidad de adoptar respecto de ellos un modelo más robusto de tutela y eficacia jurisdiccional. Todo lo anterior se propone como un insumo más que pueda aportar a los cambios constitucionales que Chile requiere y que deben ser realizados de manera participativa.

## **1. Diversos modelos constitucionales en la regulación de los derechos sociales**

Los bienes como la educación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la existencia de adecuadas condiciones de trabajo y otros cuya satisfacción es necesaria para poder tener una vida digna pueden ser asegurados de diversas maneras y cada sociedad ha asumido su propio modelo.<sup>3</sup> En algunos casos desde la primera mitad del siglo pasado se ha optado por garantizar estos bienes a través de su reconocimiento como derechos en los textos constitucionales. En otros ordenamientos jurídicos la regulación de los derechos sociales fundamentales se ha producido solamente a través de normas legales, de convenios colectivos o de la labor jurisprudencial. Este es el caso, por ejemplo, de países anglosajones como Estados Unidos y el Reino Unido.

El reconocimiento jurídico de estos bienes como auténticos derechos sociales constitucionales ha contribuido en algunas ocasiones a su realización, pero en otros casos no ha tenido los efectos prácticos esperados. Ha habido constituciones con largas listas de derechos sociales que han estado muy lejos de hacerse realidad, llegando a utilizarse en esos casos la expresión “derechos de papel”.<sup>4</sup> Esta es, por ejemplo, la situación de constituciones de países de América Latina como la de Bolivia de 2009. En cambio, ha ocurrido que países han alcanzado elevados estándares de otorgamiento de bienes sociales aun cuando no se han establecido extensos catálogos de derechos

---

<sup>3</sup> Esto ha permitido a COSSIO señalar que la definición de Estado social que es atribuible a ordenamientos jurídicos dispares “oculta grandes diferencias entre los postulados propios de cada ordenamiento, pues tanto los mínimos garantizados como las atribuciones estatales previstas para satisfacerlos, pueden variar”. COSSIO (1989).

<sup>4</sup> Cfr. GARCÍA (2003).

sociales en sus constituciones, como es el caso de la Constitución alemana de 1949, de algunos ordenamientos jurídicos escandinavos (Suecia, Dinamarca y Finlandia), del Reino Unido o de Canadá. Lo anterior, ha llevado a plantear que no es imprescindible la consagración de derechos sociales fundamentales para la existencia de un sistema de protección social que garantice prestaciones a los ciudadanos y ciudadanas.<sup>5</sup>

Sin embargo, aunque, como hemos señalado, existen diversos modelos de protección de los derechos sociales, creemos que en un Estado constitucional de Derecho en el que se busca proteger los valores de igual dignidad y autonomía personal, los derechos sociales deben ser tanto reconocidos constitucionalmente como exigibles ante los tribunales de justicia.

## **2. El modelo chileno de regulación de los derechos sociales: una opción devaluada**

La Constitución de Chile de 1980, actualmente vigente, fue elaborada durante la dictadura cívico-militar (1973-1990) sin que existieran los canales de participación propios de un sistema democrático, con lo cual el constituyente originario chileno adolece de serios problemas de legitimidad no obstante las múltiples reformas, siendo las más relevantes la de 1989 y la del año 2005.

En lo referente a los derechos fundamentales, estos se encuentran contenidos en el Capítulo III denominado “De los derechos y deberes constitucionales”.<sup>6</sup> Por su clara impronta neoliberal,<sup>7</sup> la Constitución chilena de 1980 otorga preponderancia a los derechos civiles y, en especial, al derecho de propiedad que es reglamentado de manera detallada en el mismo texto constitucional. Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales como clase de derechos, cabe señalar que para el constituyente originario imperaba la visión de que era impensable exigir que el Estado los garantizara adecuadamente pues requerirían de un excesivo activismo estatal. En forma coherente con esa concepción ideológica, a través de las normas constitucionales que se denominan de “orden público económico”, se estableció el papel subsidiario del Estado en la economía.

En comparación con los tratados internacionales sobre la materia, los derechos sociales fundamentales se encuentran débilmente consignados en la Constitución chilena de 1980 e, incluso, algunos ni siquiera aparecen mencionados como sucede con el derecho al trabajo y el derecho a la vivienda. En otros supuestos se reconoce la

5 Cfr. PILIA (2005); SÁNCHEZ & PEREIRA (1992).

6 No obstante, hay otros derechos fundamentales en capítulos diferentes como ocurre con el art. 13 que consagra el derecho al sufragio y el derecho a optar a cargos de elección popular.

7 Respecto a la influencia de Hayek en Jaime Guzmán, véase CRISTI (2011).

---

posibilidad de “acceder libremente” al derecho social,<sup>8</sup> pero no se garantiza el derecho sustantivo mismo sino que se establece un mero rol de supervigilancia del Estado.<sup>9</sup>

En cuanto a los mecanismos constitucionales de protección jurisdiccional de los derechos constitucionales sociales se consagra una débil protección pues en la mayoría de los casos no existen recursos judiciales para el caso en que sean violados.<sup>10</sup> De la lectura del art. 20 de la Constitución se puede desprender que en general el recurso de protección solo es procedente para la protección de los llamados derechos civiles y políticos y no de los derechos sociales. Entre los contemplados en la Constitución chilena, no están protegidos por el recurso de protección ni el derecho a la educación ni a la seguridad social. Existen otros que están tutelados en determinados aspectos del derecho o bajo ciertas circunstancias.<sup>11</sup>

Respecto a las motivaciones que llevaron a los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución a no incluir los derechos económicos, sociales y culturales entre los derechos tutelados por el recurso de protección, el principal argumento esgrimido fue que, en opinión del constituyente originario, la realización de esta categoría de derechos depende de la capacidad económica del Estado en cada momento histórico y, por tanto, no pueden ser exigidos a través de una acción judicial. Son muy decidoras las palabras del comisionado Jaime Guzmán, quien señaló que “es evidente que el recurso de protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social y otros”.<sup>12</sup>

En esas palabras están parte de las razones que llevaron a adoptar un modelo devaluado de los derechos sociales fundamentales que, como se propondrá en los apartados siguientes, debiera tener un cambio sustancial en una nueva Constitución Política de Chile.

---

8 Es lo que sucede, por ejemplo, en el art. 19 N° 16 con el “*derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución*” y de manera similar en el art. 19 N° 9 inc. final respecto al derecho a la salud.

9 En el caso del derecho a la seguridad social, se puede ver claramente manifestada la subsidiariedad del Estado en la Constitución, ya que se establece en el art. 19 N° 18, apartado final, que “El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.

10 Se encuentra una completa descripción del sistema de garantías que tienen los derechos sociales fundamentales en la actual Constitución chilena, en JORDÁN (2007).

11 Es el caso, por ejemplo, del derecho a la salud que está garantizado solo en lo relativo al apartado final del art. 19 N° 9, esto es, respecto al *derecho a escoger el sistema de salud al que se desee acogerse, sea público o privado*. La libertad de trabajo está protegida por el Recurso de Protección sólo en lo referente a *la libre elección y la libre contratación del trabajo*.

12 COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, sesión N° 407, celebrada el miércoles 09 de agosto de 1978.

### 3. ¿Cuáles derechos sociales debe contemplar la nueva Constitución?

La pregunta sobre cuáles derechos sociales debieran estar contemplados en una nueva Constitución Política para Chile puede ser respondida de varias formas. Una de ellas sería enunciar un listado de derechos y explicar las razones que llevaría a incluir algunos y descartar otros. Otra opción podría ser incluso proponer la forma de redacción de algunos derechos. Una alternativa diferente es, en cambio, la de señalar los principios básicos que deberían guiar una regulación de los derechos sociales en un nuevo texto constitucional. Esa es la alternativa que se prefiere adoptar en este caso por considerar que en el momento constitucional en el que nos encontramos lo que puede ser útil es precisamente plantear ideas que puedan ser tomadas en cuentas en un proceso constituyente democrático y participativo. También abordaré algunas interrogantes que surgen al momento de definir para la NC un abordaje de los derechos sociales fundamentales. A continuación se exponen esos principales ejes que pueden ser considerados en un nuevo estatuto de los derechos sociales constitucionales.

#### a) Consagrar la fórmula del Estado social de Derecho

Una primera propuesta para la nueva regulación de los derechos sociales fundamentales es que se establezca en la NC la cláusula del Estado social de Derecho. Ello resulta el correlato lógico del giro o cambio sustancial que debiera darse al nuevo estatuto de los derechos sociales que deje atrás las visiones neoliberales que han marcado fuertemente la Constitución de 1980.

Sobre el Estado social de Derecho, haciendo un breve recordatorio histórico, podemos afirmar que su creación está estrechamente vinculada al proceso de codificación de los derechos económicos, sociales y culturales. Se trata de una variante de la noción de Estado de Derecho que surge como crítica al modelo del derecho privado clásico.<sup>13</sup> Mientras en el derecho privado clásico se niega al Estado la posibilidad de tomar decisiones que desplacen los intereses individuales en beneficio del bien común, con el modelo de Estado social se busca la corrección de lo que se considera disfunciones del modelo de derecho privado clásico para satisfacer las necesidades vitales de las personas, en lo que se ha denominado persecución de la “procura existencial”.<sup>14</sup>

Las constituciones que primero adoptaron en su texto el modelo de Estado social, aunque no explícitamente, fueron la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y, especialmente, la alemana de Weimar de 1919. Esta Constitución positivizó las concepciones jurídicas sustanciales expresadas en la fórmula del Estado social

<sup>13</sup> En este sentido, HABERMAS afirma que “El modelo del Estado social (o modelo del derecho ligado al Estado social) surgió de la crítica reformista al derecho formal burgués”. HABERMAS (2001).

<sup>14</sup> Cfr. GARCÍA-PELAYO (1989).



---

surgidas con los procesos revolucionarios de 1848. Sin embargo, para encontrarnos con consagraciones explícitas de la cláusula del Estado social debemos remitirnos al periodo de la segunda postguerra. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 fue la que de manera más clara consagró dicha noción, acogiendo en el art. 20 N° 1 la fórmula del Estado federal democrático y social, y en el art. 28 N° 1 la del Estado de Derecho social y democrático. En otros países europeos, aunque no se ha incluido expresamente la cláusula de Estado social, se han establecido fórmulas similares.<sup>15</sup> En América Latina también existen constituciones que han adoptado la cláusula del Estado social, destacando especialmente su introducción con la reforma de 2004 en el art. 1° inc. 2 de la Constitución de Bolivia.

La existencia de cláusulas que consagran el Estado social se ha traducido en que en países como Alemania donde no existe una extensa lista de derechos sociales, estos han adquirido rango constitucional a través de la utilización de la cláusula del Estado social por parte del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfG). El art. 20 de la Ley Federal de Alemania señala que “la República Federal de Alemania es un estado federal democrático y social” y el BVerfG ha afirmado que se trata de un principio que vincula a todos los órganos del Estado.<sup>16</sup> Esta protección de los derechos sociales con fundamento en el principio del Estado social se ha apoyado en la cláusula del Estado social (art. 20 N° 1 y art. 28 N° 1), en la obligación de los poderes públicos de proteger la dignidad humana (art. 1° N° 1), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2° N°1), y en el principio de igualdad (art. 3°).<sup>17</sup>

En América Latina, la Corte Constitucional de Colombia ha extraído el “derecho a un mínimo vital” en base a la cláusula del Estado social y al valor de la dignidad humana, protegiendo por esta vía derechos sociales en una variedad de materias como, por ejemplo, situaciones de despido de mujeres embarazadas, el reconocimiento de

---

15 Así, la Constitución italiana de 1947 en su art. 3.2 establece un deber político y jurídico del Estado en orden a remover los obstáculos que dificultan la igualdad y la libertad fáctica; la Ley Suprema de Portugal de 1976 en su art. 2 se refiere al modelo de Estado como “*democracia económica, social y cultural*” y la Constitución de la V República de Francia, de 04 de octubre de 1958, define el régimen de estado como “*una República indivisible, laica, democrática y social*”.

16 Cfr. BVerf G 1, 105.

17 Para explicar esta idea utilizada por el BVerfG, ALEXY utiliza el famoso caso del *numerus clausus* de 1972. Cfr. ALEXY (2002), pp.486-501. Cfr. BVerfG 43, 291.

prestaciones de seguridad social y la falta de prestación de servicios de salud.<sup>18</sup>

En ese marco, nos parece que una de las cuestiones a considerar para Chile en un proceso constituyente participativo es la adopción en la NC de la fórmula del Estado social de Derecho pues sería coherente con la mantención y profundización de una lista de derechos sociales en la nueva Carta Fundamental y con la necesidad de abordar adecuadamente las profundas desigualdades existentes en nuestro país.

#### **b) Reconocer una lista más robusta de derechos sociales fundamentales**

En segundo lugar, se propone que el nuevo texto constitucional contenga una lista de derechos sociales fundamentales. No podría ser de otra manera pues en ello la NC no debería estar por debajo del umbral —devaluado, como ya se explicó— de la Constitución de 1980. Es más, consideramos que el nuevo texto constitucional debiera tener un estatuto más robusto de regulación y tutela de los derechos sociales fundamentales que de manera especial tenga como referencia los derechos contenidos en los tratados suscritos por Chile en la materia.

La propuesta de mantener y profundizar en la NC el reconocimiento constitucional de los derechos sociales surge de la premisa de que la parte dogmática de la constitución tiene, entre otras finalidades, la de resaltar cuáles son los bienes que se estiman más relevantes y dignos de protección en una comunidad política. Los derechos constitucionales no protegen cualquier interés o necesidad sino solamente determinados bienes jurídicos calificados como esenciales. Considerando lo anterior, el planteamiento de que los derechos sociales deben ser reconocidos constitucionalmente para garantizar a estos el goce de bienes tan relevantes —entre otros, la salud, la educación y la vivienda—, ha sido argumentado de distintas formas y desde distintas concepciones filosóficas, políticas, económicas y jurídicas. Destacan, especialmente, la defensa del reconocimiento constitucional de esta clase de derechos pues contribuyen a asegurar

<sup>18</sup> Cfr. NOGUERA (2009). Cabe destacar de modo especial una sentencia que reconoció la existencia del citado mínimo vital en este caso en relación al derecho a la seguridad social. En la argumentación de la Corte se constata cómo el mínimo vital se fundamenta en la fórmula del Estado social y en los principios de dignidad humana y solidaridad. En efecto, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos: “*El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad*”. Corte Constitucional, Colombia: T-426 de 1992, de 24 de junio, Considerando 5.

---

el ejercicio de la libertad individual;<sup>19</sup> la tesis de que su consagración y protección permiten satisfacer necesidades básicas;<sup>20</sup> la vinculación estrecha de esta clase de derechos con el respeto del valor de la dignidad humana;<sup>21</sup> y, por último, la concepción de que la realización de los derechos sociales es un requisito para poder participar en las mismas condiciones en el diálogo democrático y en el proceso deliberativo.<sup>22</sup>

Todos esos planteamientos defienden en último término la tesis de que los derechos sociales fundamentales están vinculados a intereses y necesidades esenciales que deben ser reconocidos y tutelados en un texto constitucional.<sup>23</sup> En este contexto, no existen razones para no incluir en la NC un listado robusto de derechos sociales fundamentales pues estos derechos son tan relevantes como los civiles y políticos para asegurar la igual dignidad a todas las personas.<sup>24</sup> Una recepción constitucional robusta de determinados principios y derechos sociales en la nueva norma fundamental de nuestro país es coherente con la consideración de que esos principios y derechos constituyen un elemento esencial del ordenamiento jurídico. Chile, de esta manera, se incorporaría en el constitucionalismo social que reconoce la relevancia por igual de los derechos civiles y políticos clásicos, y de los derechos económicos, sociales y culturales. De la misma forma se avanzaría en la realización de los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos.

### **c) Formulación e incorporación de nuevos derechos: ¿Constitución mínima o máxima?**

Como se explicó anteriormente, en varios casos los derechos de tipo socioeconómico fueron formulados por el constituyente de 1980 como libertades a escoger entre un sistema público y privado. El ejemplo paradigmático es la libertad para escoger entre

---

19 En esta postura, además de ALEXY, podemos también citar como fundamento del reconocimiento constitucional de los derechos sociales la concepción de capacidades de Amartya Sen, de acuerdo a la cual podemos colegir que los derechos sociales contribuyen a aumentar las capacidades de cada persona, entendiendo por tales “las libertades fundamentales de que disfruta para llevar el tipo de vida que tiene razones para valorar”. SEN (2000).

20 Cfr. AÑON (1992).

21 Cfr. TUGENDHAT (1999).

22 Esta posición es defendida, entre otros, por GARGARELLA (2006).

23 En los mismos términos, véase PÉREZ LUÑO (2005).

24 Es interesante la posición de ATRIA, quien partiendo de una concepción socialista de los derechos sociales defiende que estos no pueden ser entendidos como derechos subjetivos y que no serían jurídicamente exigibles. Sin embargo, a pesar de partir de esta premisa, ATRIA sostiene que los derechos sociales deberían ser incorporados en los textos constitucionales de los Estados occidentales porque representan valores relevantes para esas comunidades políticas, y en la parte dogmática de las constituciones no solo se consagran derechos sino también valores, principios y fines del Estado. Siguiendo con este razonamiento, este jurista llega a afirmar que “una Constitución como la que defiende Rosenkrantz, en la que los derechos sociales no son reconocidos, sería sin duda el paradigma de una constitución de derecha. Ni la constitución chilena de Pinochet llegó tan lejos como el argumento de Rosenkrantz sugeriría”. ATRIA (2004).

un sistema público y privado de salud. Pues bien, se propone que, sin que ello implique una prohibición al legislador para establecer un área de acción a la actividad privada, en la NC los derechos sociales fundamentales contengan, por un lado, deberes con mandatos claros para el Estado coherentes con la fórmula del Estado social de Derecho y con las obligaciones internacionales contraídas por Chile y, por otro, auténticos derechos subjetivos de las personas respecto del Estado que le permitan exigir de manera igualitaria el cumplimiento estatal de algunos deberes de respeto y de garantía.

Sin entrar a hacer una enumeración detallada, parece también oportuno señalar que la NC debiera hacerse cargo de incorporar nuevos derechos que emanan de manera natural de las exigencias y planteamientos que la ciudadanía ha venido realizando durante la vigencia de la actual Constitución. Ello se vincula de manera directa con la forma en que se elaborará la nueva carta fundamental puesto que en un proceso participativo debieran incluirse como derechos fundamentales bienes sociales que hoy las ciudadanas y los ciudadanos consideran como esenciales. Así como el constituyente originario de 1980 contempló entre los nuevos derechos respecto a la Constitución de 1925, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pudiera suceder que, a modo meramente ejemplar, en la NC se entienda que el derecho al agua debiera estar consagrado como un derecho social y no como parte del derecho de propiedad como ocurre actualmente. Pero ese es solo un ejemplo de una posibilidad que pudiera o no surgir en el contexto de un proceso constituyente participativo.

Otro criterio que debiera ser considerado respecto de los “nuevos derechos sociales” se refiere a que se constitucionalicen derechos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos y que han tenido una regulación importante de los órganos de los tratados que han establecido y desarrollado las obligaciones y estándares que deben ser cumplidos por los Estados. Un ejemplo claro de ello sería incluir el derecho a la vivienda en el sistema jurídico como parte del derecho a un nivel de vida adecuado establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y que ha dado lugar a dos observaciones generales de su Comité.<sup>25</sup>

La incorporación de nuevos derechos sociales y la forma en que estos tendrían que estar redactados nos lleva también a la cuestión de la Constitución mínima o máxima. Se suele plantear que el legislador tendría dos opciones. Una sería la de un texto extenso con una gran cantidad de artículos y con la consecuente dificultad de reforma de múltiples materias.<sup>26</sup> La otra alternativa sería la de una Constitución breve

25 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 4 (1991), y Observación General N° 7 (1997).

26 Ello partiendo de la base de que, como en la mayoría de las constituciones, se trataría de una carta fundamental rígida.

---

en la que solo se constitucionalizarían las cuestiones más relevantes para dejar al legislador un espacio importante para la toma de decisiones políticas.

El asunto no es baladí, especialmente considerando que uno de los principales argumentos levantados por quienes enarbolan las banderas de una NC tiene que ver con erradicar —o a lo menos disminuir— los elementos contramayoritarios presentes en el actual texto constitucional.<sup>27</sup> Una de las necesidades que debería poder resolver la NC es la de establecer reglas que permitan el debate político y la deliberación ciudadana de una manera en que finalmente se respete la voluntad de las mayorías.

Por todo lo anterior y partiendo de la base de que la NC de nuestro país ya no tendría las reglas contramayoritarias presentes actualmente, la regulación de los derechos sociales fundamentales no debiera ser excesivamente extensa ni tampoco su contenido objeto de un desarrollo en extremo exhaustivo y detallista. El nuevo texto debe ser “vívido” y permitir que la política juegue su rol central en una sociedad democrática. Ello no significa que no se constitucionalicen los intereses y bienes jurídicos sociales esenciales de acuerdo a la decisión fundamental del pueblo en el proceso constituyente y a los compromisos asumidos con la comunidad internacional. Por ello se debe procurar encontrar un equilibrio entre dos objetivos en juego: por un lado, consagrar como derechos sociales fundamentales —y no como simples libertades de elección— los intereses y bienes sociales esenciales para pueblo chileno y, por otro, no supeditar en exceso la política al derecho para que la primera pueda recobrar una función relevante en nuestro país.

#### **d) Una regulación robusta del principio de igualdad y no discriminación**

Otro elemento a considerar en una NC para una mayor realización de los derechos sociales fundamentales tiene que ver con la incorporación de una cláusula fuerte de igualdad y no discriminación. Al respecto, podemos señalar que, si bien la actual Constitución Política chilena contempla en el art. 19 N° 2 la igualdad ante la ley y la prohibición de todo acto de discriminación arbitraria, la realidad demuestra que el fenómeno de la discriminación está extendido en nuestra sociedad, en los ámbitos públicos y privados, en prácticas y normas fundadas en la estigmatización en razón de las más diversas motivaciones. A lo anterior se agrega que los instrumentos normativos existentes en nuestro ordenamiento han sido deficitarios en el abordaje de las acciones

---

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, para Fernando Atria esas reglas contramayoritarias serían principalmente las leyes orgánicas constitucionales, el sistema electoral binominal y el control preventivo del Tribunal Constitucional. De tal forma que sin esas instituciones el proceso democrático dejaría de ser intervenido y podría hablarse de una nueva Constitución. *Cfr.* ATRIA (2010).

discriminatorias.<sup>28</sup>

En este marco, en el momento constitucional en el que nos encontramos parece central una nueva regulación del principio de igualdad y no discriminación, que se traduzca en una mayor protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos sociales fundamentales. En esta nueva regulación debiera, entre otras cosas, existir una enumeración de las “categorías sospechosas” que incorpore la evolución que en esta materia ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos, así como también establecer la posibilidad de adoptar medidas de acciones afirmativas para asegurar derechos fundamentales a grupos o sectores de la población históricamente discriminados.

Insistimos en que, si bien la existencia de una cláusula robusta de igualdad y no discriminación tiene un alcance más amplio que en lo referido a los derechos sociales fundamentales, puede también significar un elemento que contribuya a la realización de esta clase derechos.<sup>29</sup>

**e) Jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos y bloque constitucional de los derechos fundamentales**

Una modificación importante respecto a la Constitución Política de 1980 tendría que ser la de establecer expresamente la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y el reconocimiento de la idea del bloque constitucional de los derechos fundamentales, entendiendo por tales el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario) y los derechos implícitos.<sup>30</sup> Nuevamente estamos hablando de una cuestión que tiene una incidencia que va más allá de los derechos sociales fundamentales pero que no puede dejar de ser mencionada por su impacto en estos derechos.

Actualmente, en virtud de la reforma constitucional de 1989 al art. 5° inc. 2, se establece en la Constitución chilena que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la persona, los cuales se encuentran garantizados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados

28 Al respecto, cabe señalar que el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su Informe Anual del 2010 señaló su preocupación por la ineffectividad que el recurso de protección ha mostrado frente a las vulneraciones de derechos por razones de discriminación. *Cfr.* INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011).

29 Respecto a las acciones afirmativas y su papel en la protección de derechos sociales fundamentales, véase BUSTOS (2007).

30 Sobre ese planteamiento en la doctrina nacional, uno de los mayores exponentes es sin duda NOGUEIRA. *Cfr.* NOGUEIRA (2006), especialmente capítulo II.

---

por Chile. Con esta reforma, aunque el Estado de Chile se sometió al control regional e internacional de los instrumentos internacionales de derechos humanos, no se abordó explícitamente su jerarquía en el sistema de fuentes del derecho constitucional chileno. De esta forma, la determinación de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos quedó en manos del Tribunal Constitucional que ha tenido una jurisprudencia uniforme en la que ha afirmado que estarían en un nivel superior a la legislación e inferior a la Constitución.<sup>31</sup>

En un nuevo proceso constituyente una de las cuestiones a debatir sería entonces la forma en que se incorporan los tratados de derechos humanos al texto constitucional. Podría ser el momento de incorporar la idea del bloque constitucional de derechos fundamentales y que de esta forma las normas de los tratados internacionales de derechos humanos pasen a ser parte de la normativa constitucional. Es más, en la búsqueda de una mejor forma de recepcionar los estándares internacionales de derechos humanos, podría existir una referencia a las sentencias y pronunciamientos de los órganos de los tratados de manera que así sean aplicados mayormente por la judicatura nacional. Una decisión constituyente como la descrita tendría sin duda un impacto en el estatuto constitucional de los derechos sociales fundamentales y en su aplicación por parte de jueces y juezas así como de otros órganos del Estado.

#### **4. ¿Cómo proteger los derechos sociales en la nueva Constitución?**

Respecto a la protección de los derechos sociales fundamentales en una NC, en este trabajo se defiende que se debería incorporar un modelo que garantice adecuadamente su tutela ante los órganos jurisdiccionales. Se sostiene lo anterior en base a dos tipos de argumentos. Primero, uno de tipo teórico que busca refutar los argumentos contrarios a la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. En segundo término, un argumento que denominaré “empírico” que incluye algunas referencias a como la jurisprudencia ha tenido un rol relevante en la realización de esta clase de derechos. Por último, me permitiré proponer un bosquejo acerca de la forma en que deberían estar regulados los derechos sociales constitucionales en la NC.

##### **a. Argumento teórico en defensa de mecanismos de tutela de los derechos sociales fundamentales en la nueva Constitución**

En cuanto a la defensa desde una perspectiva teórica de la existencia de mecanismos de justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en el nuevo texto constitucional, cabe señalar que en las dos últimas décadas múltiples trabajos de

---

31 Solo por mencionar algunas de ellas, Véase Sentencia Rol N° 346, de 08 de abril de 2002, sobre la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CJ 75) y las sentencias Roles N° 2387 y 2388 acumulados, de 23 de enero de 2013, sobre la “Ley de Pesca” (CJ 11 a 17).

doctrina nacional y extranjera se han hecho cargo de refutar los argumentos de quienes sostienen la inexistencia jurisdiccional de los derechos sociales.<sup>32</sup> Recordemos brevemente algunos de esos planteamientos.

- **Sobre el argumento de la objeción democrática**

Acercas de la supuesta incompatibilidad de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales con el principio democrático, algunos siguen sosteniendo que el legislador es el más indicado para definir con absoluta libertad su contenido y plazos de actuación. Al tratarse del órgano que posee legitimidad democrática por voluntad de la ciudadanía, le debiera corresponder de manera exclusiva regular estas cuestiones que, entre otras cosas, implican significativas decisiones presupuestarias. Se añade a lo anterior que, en virtud del principio del pluralismo político, la Constitución permite que pueda optarse por distintos modelos económicos o sociales y son las mayorías legislativas de turno las que adoptarán estas decisiones políticas fundamentales.

En realidad, esta es una crítica sostenida por los/as detractores/as de la justicia constitucional, quienes señalan desconfianzas en general respecto a la revisión judicial de las leyes. Toda esta problemática tiene que ver con la relación entre justicia y política donde surge la interrogante de si los órganos judiciales pueden intervenir en cuestiones que entran en el ámbito de las políticas públicas desarrolladas por los poderes democráticos. En el caso de los derechos sociales algunos afirman que establecer la *judicial review* tiene como consecuencia entregar a los tribunales constitucionales la posibilidad de elaborar, planificar y realizar políticas económicas y sociales. Y eso sería dar vida a verdaderos “gobiernos de los jueces”.<sup>33</sup> En efecto, los miembros de los tribunales constitucionales no suelen ser elegidos a través de un proceso electoral transparente y participativo. Tampoco están sujetos a los mismos controles que los representantes de los órganos políticos.

En nuestra opinión lo anterior debe ser por lo menos matizado, pues creemos que no debe entenderse el principio del pluralismo político que está detrás de la noción de “Constitución abierta” como un vaciamiento completo de las normas y principios establecidos en la Constitución. Si en los textos constitucionales se establecen listas de derechos sociales y se consagra el principio del Estado social y de la igualdad sustancial, esas disposiciones deben tener algún contenido y valor jurídico. Ese contenido —que debe ser desarrollado por el legislador— puede y tiene que ser tutelado también por los órganos jurisdiccionales.

32 Solo por mencionar algunos trabajos en esa línea: ABRAMOVICH & COURTIS (2002); GARGARELLA, DOMINGO & ROUX (2006); PISARELLO (2007); FIGUEROA (2009); BUSTOS (2014).

33 La célebre expresión es de LAMBERT. *Cfr.* LAMBERT (1921).



---

Consideramos que el Estado de Derecho ha evolucionado y, en la actualidad, se asume que los diversos órganos del Estado se controlan mutuamente y entran en continuas relaciones recíprocas y que los tribunales no pueden desentenderse del incumplimiento flagrante de preceptos constitucionales, sea que se trate de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales.

Por último, la intervención de mecanismos de justicia constitucional en la protección de derechos sociales no solo es bienvenida porque los tribunales en general, y la justicia constitucional en particular, cumpliéndose ciertos requisitos, pueden estar en muy buena posición para ser verdaderos foros deliberativos; sino que además la exigencia de cumplimiento de ciertos estándares de realización de los derechos sociales es imprescindible si se pretende que el diálogo democrático se desarrolle con una base mínima de condiciones reales de participación.<sup>34</sup>

- **El problema del costo de los derechos**

Otro de los argumentos más frecuentes en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales es que estos dependen de la disponibilidad económica del Estado en cada momento. Esta idea surge de la premisa que sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales, a diferencia de los derechos civiles y políticos, requieren para su realización del desembolso de recursos económicos. Como consecuencia de lo anterior, los derechos sociales podrían ser relativizados y tendrían menor eficacia jurídica puesto que dependerían de la riqueza existente en un momento histórico determinado en cada país, mientras los gobiernos siempre se encontrarían obligados a respetar los derechos civiles y políticos.<sup>35</sup>

También se ha planteado que las decisiones de la justicia constitucional pueden tener consecuencias presupuestarias excesivas para el Estado y que los jueces y juezas constitucionales no serían los más aptos técnicamente ni los más indicados políticamente para abordar la distribución del gasto público. Quienes sostienen esta idea han afirmado a menudo que, en el caso de los derechos sociales constitucionales, la posibilidad de que las decisiones de la justicia constitucional tengan un impacto significativo en el equilibrio presupuestario es todavía mayor.<sup>36</sup>

Efectivamente no puede desconocerse que la realización de los derechos

---

34 Cfr. GARCÍA (1996); SASTRE (2001).

35 Así, DE CASTRO, aunque señala que los derechos sociales son verdaderos derechos imprescindibles para la defensa de la dignidad humana, afirma reiteradamente que su operatividad jurídica depende de las condiciones sociales, económicas y políticas presentes en cada país. Cfr. DE CASTRO (1998). En el mismo sentido véase MARTÍNEZ (1997).

36 Recordamos en esta parte los argumentos señalados en el capítulo anterior acerca del tema del costo de los derechos sociales. Véase BUSTOS (2014), pp.189-195.

requiere frecuentemente de un alto nivel de gasto público y que algunos derechos socioeconómicos necesitan de importantes desembolsos monetarios. Pero estamos convencidos de que esa no es una característica exclusiva de los derechos sociales. Así, por ejemplo, para asegurar el derecho a un juicio justo se requiere que se destinen partidas del presupuesto que permitan la existencia de tribunales, de jueces y juezas y, en general, de todo el aparato judicial funcionando de manera adecuada. Igualmente la realización del derecho al sufragio requiere que el Estado gaste recursos públicos para asegurar que los procesos electorales se desarrollen de manera eficiente y transparente. Respecto a muchos derechos civiles y políticos se requiere, como en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, de desembolsos de recursos económicos y, sin embargo, nadie desconoce que se pueda recurrir a los tribunales de justicia o al Tribunal Constitucional cuando han sido violados.<sup>37</sup> Por lo mismo, creemos que los planteamientos que parten de la idea de que existirían “libertades civiles baratas” y “derechos sociales caros” están más fundados en prejuicios que en razones de técnica jurídica.

- **Falta de competencia técnica de la judicatura para abordar políticas sociales**

Se ha señalado que los tribunales constitucionales no tendrían la información ni la especialización para adoptar decisiones complejas en materias sociales que involucran gastos presupuestarios u otras cuestiones técnicas. Las políticas sociales son formuladas con la contribución de expertos y expertas en las distintas áreas sociales como salud, educación, vivienda, previsión social u otras. La justicia constitucional no cuenta con este recurso como, en cambio, sí sucede con el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.<sup>38</sup>

Entre las críticas más frecuentes, se ha planteado por parte de Schmitt que no sería posible resolver jurídicamente problemas políticos.<sup>39</sup> El método jurídico no permitiría abordar adecuadamente asuntos claramente políticos. Señala este connotado jurista alemán que la decisión judicial tiene presupuestos muy diferentes a los temas más propiamente políticos: la neutralidad del juez o jueza respecto al asunto debatido, su independencia respecto de las partes y su aplicación a un caso concreto, entre otros. En algunas intervenciones de la justicia constitucional, como es la que se realiza a través del control constitucional de las leyes, sería especialmente intensa la presencia de problemáticas ligadas a la política. Según algunos/as, este contenido político se

37 Son muchos/as los/as autores/as que han sostenido la inexactitud de las posiciones que plantean el problema del costo económico solo para la realización de los derechos sociales. Véase, a modo ejemplar, CARBONELL (2008); LIEBENBERG (2006); LUCIANI (1994); RUIZ MIGUEL (1994); HOLMES & SUNSTEIN (1999).

38 Este es un planteamiento realizado, entre otros, por ROSENKRANTZ, *op. cit.*, pp. 245 y ss.

39 *Cfr.* SCHMITT (1998).

---

acentuaría en el caso de los derechos sociales puesto que se trataría de derechos que conllevan de manera consustancial la exigencia de elegir entre diferentes concepciones políticas.<sup>40</sup>

Si bien comprendemos el temor de que se “judicialicen” en exceso las políticas sociales,<sup>41</sup> creemos que los jueces y juezas pueden ejercer una labor importante en materia de derechos sociales. Sabemos que no es imaginable que en causas judiciales específicas se pueda intervenir en la planificación de áreas tan relevantes como la salud, la educación y en general las que tienen que ver con los derechos sociales.<sup>42</sup> Tampoco desconocemos el riesgo que se produciría para la equidad del sistema político si el Poder Judicial interviniera en algunos casos de una forma y en otros de una manera distinta.

No obstante, se ha demostrado en la práctica que si los órganos jurisdiccionales son provocados de manera adecuada pueden desarrollar una función muy relevante en la protección de los derechos sociales y que, incluso, esto puede derivar en cambios a nivel de la Administración o del Poder Legislativo.<sup>43</sup> En nuestro concepto los tribunales no pueden desentenderse del incumplimiento flagrante de preceptos constitucionales, ya se trate de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales. Adoptar otra postura implicaría, en palabras de Pisarello, “otorgar cobertura a la impunidad de los poderes estatales en la vulneración de los derechos sociales y, por lo tanto, en la erosión de los propios presupuestos materiales que sostienen y aseguran la subsistencia en el tiempo del proceso democrático mismo”.<sup>44</sup>

#### **b. Argumento empírico en defensa de mecanismos de tutela de los derechos sociales fundamentales en la nueva Constitución**

Establecer a nivel constitucional un nuevo modelo de tutela de los derechos sociales fundamentales es importante a la luz de la observación del rol que ha tenido la jurisprudencia comparada y, en parte también la nacional, para su protección. En efecto, el papel que le puede caber a los órganos que ejercen funciones de jurisdicción constitucional en la tutela de los derechos sociales constitucionales, especialmente en el caso de las minorías y los grupos más vulnerables, ha sido refrendado por la experiencia de tribunales constitucionales como los de Colombia y Sudáfrica. Se ha podido constatar cómo la justicia constitucional no necesariamente se limita a defender

---

40 Como mencionamos anteriormente, esta idea lleva a RAWLS a plantear incluso la conveniencia de no incorporar los derechos sociales en las constituciones. *Cfr.* RAWLS (1999).

41 Expresado, entre otros, en RUIZ MIGUEL (1994).

42 *Cfr.* ABRAMOVICH & COURTIS (2002), p.42.

43 *Cfr.* PISARELLO (2007); ABRAMOVICH & COURTIS (2002), p. 44. En BUSTOS (2014), pp.359-486, se abordan múltiples casos jurisprudenciales que permiten sostener empíricamente esta afirmación.

44 PISARELLO (2004).

el *statu quo* y puede desarrollar una función transformadora en las sociedades actuales.<sup>45</sup>

En Chile, no obstante la desvaloración normativa de las garantías de los derechos sociales fundamentales en cuanto a su reconocimiento y a sus garantías jurisdiccionales, los Tribunales Superiores de Justicia conocen y resuelven casos referentes a afectaciones de derechos sociales. En esas resoluciones se ha brindado una cierta tutela en base a la aplicación del principio de igualdad y a través de la conexión con derechos civiles y políticos incluidos en el recurso de protección. Ha ocurrido especialmente en el caso de la tutela del derecho a la educación o a la salud a través del derecho de propiedad. De hecho, finalmente, por medio de esta tutela indirecta, los casos que más se ventilan en la tramitación de recursos de protección son referentes a derechos sociales. En el caso del Tribunal Constitucional chileno, su jurisprudencia en la resolución de los recursos de inaplicabilidad también ha permitido proteger en algún grado los derechos sociales constitucionales, especialmente en sus fallos sobre el derecho a la protección de la salud y de la seguridad social. Sin embargo, cabe señalar que especialmente en el primer caso, las estrategias judiciales que plantean una forma de protección indirecta se han traducido en la existencia de una argumentación basada en criterios meramente de derecho privado y no de tutela de derechos fundamentales sociales con la incorporación de estándares emanados del derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo anterior, un desafío pendiente que debiera ser enfrentado en un nuevo proceso constituyente es el de ampliar la aplicación del recurso de protección a todos los derechos sociales fundamentales. De esta forma, ante la vulneración de algunos de ellos como, por ejemplo, el derecho a la educación, la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, se podría también interponer dicha acción constitucional sin tener que hacerlo de manera indirecta a través del derecho a la propiedad o del principio de igualdad ante la ley.

## **5. Hacia un nuevo modelo de protección de los derechos sociales fundamentales en la nueva Constitución chilena**

Por último, sobre la tutela de los derechos sociales fundamentales en la nueva Constitución, señalaré tres ideas que me parece podrían ser consideradas en su elaboración. Como se verá, ese modelo de tutela está en estrecha vinculación con los cambios que se proponen respecto a su reconocimiento.

- **El recurso de protección como mecanismo amplio de tutela de los derechos sociales fundamentales**

<sup>45</sup> Al respecto se puede revisar la jurisprudencia citada en BUSTOS (2014), pp. 280-305; 359 y ss.

---

Lo primero es que el recurso de protección como acción constitucional de tutela de derechos fundamentales debiera ser un medio que pueda utilizarse por igual tanto ante la vulneración de derechos civiles y políticos como de derechos económicos, sociales y culturales. Esa es una primera gran diferencia con el actual modelo de la Constitución de 1980 que configura una separación tajante entre la tutela jurisdiccional de los derechos civiles respecto de los sociales.

En segundo término, otra diferencia con la actual regulación constitucional, es que consideramos que todos los derechos reconocidos en el nuevo texto constitucional debieran tener por lo menos algún aspecto que pueda ser justiciable permitiendo la presentación de la acción constitucional de protección. Cada derecho debiera tener algún aspecto que pueda traducirse en derechos subjetivos que las personas pueda hacer valer ante el Estado.

Creemos que las formas que puede revestir esa justificabilidad podrían ser diferentes. Por ejemplo, no necesariamente debe significar que todos los derechos fundamentales —sean civiles y políticos o sociales— tendrían que ser justiciables a través del recurso de protección tanto respecto de acciones como de omisiones del Estado o de particulares. Pueden existir algunos casos respecto de ambas clases de derechos, en que finalmente se opte por permitir la interposición del recurso de protección solo ante actos que vulneran derechos fundamentales. Sin embargo, ello no debería significar sin más privar a los derechos sociales fundamentales de toda posibilidad de presentar la acción constitucional de protección por las omisiones que se traduzcan en afectaciones a su ejercicio.

- **El nuevo rol del Tribunal Constitucional chileno en la configuración de los derechos sociales fundamentales**

El TC en su control de constitucionalidad de las normas,<sup>46</sup> podría desarrollar una argumentación más coherente con el compromiso igualitario de los derechos sociales y su carácter de derechos fundamentales. A ello sin duda contribuiría la nueva formulación de los derechos sociales fundamentales que se propone, la inclusión de la cláusula del Estado social de Derecho y la existencia de una incorporación robusta del principio de igualdad y no discriminación.

Con esta nueva configuración de los derechos sociales, el TC podría pronunciarse en relación a cuestiones vinculadas a derechos, a la configuración de su contenido y a sus diversas formas de vulneración.

---

<sup>46</sup> No entraremos en este caso en el debate acerca de la supresión de sus atribuciones de control preventivo, solo afirmamos que respecto de las atribuciones que el Tribunal Constitucional tenga en una nueva Constitución debiera aplicar las normas de los tratados internacionales de derechos humanos como parámetro de constitucionalidad.

Como se ha demostrado en el derecho comparado, la justicia constitucional tiene diversas posibilidades de intervención que, sin dejar de cumplir su función de control constitucional de las leyes, procuran no interferir con las atribuciones del legislador y le dejan la última palabra a él respecto a la adecuación de preceptos que entran en contradicción con derechos sociales constitucionales. Estas formas de intervención de la justicia constitucional pueden ser valiosas pues dejan en evidencia públicamente situaciones de inconstitucionalidad vinculadas a derechos sociales y abren la posibilidad de que a través del diálogo democrático se resuelvan los vicios constatados.

Sería sin duda importante que, al establecerse en la NC un estatuto robusto de los derechos sociales, el TC chileno asumiera como desafío la adopción de formas de resoluciones de los casos conocidos en el marco de competencia que contribuyan al diálogo democrático y, a la vez, permitan avanzar en la realización de los derechos sociales.

- **La contribución del derecho internacional de los derechos humanos en la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales**

Por último, una parte importante del nuevo modelo de reconocimiento y garantía de los derechos sociales fundamentales debiera producirse por la incorporación de una cláusula que integre el bloque constitucional de derechos fundamentales y otorgue jerarquía constitucional a las normas de derechos humanos de los tratados internacionales. Uno de los efectos importante de lo anterior, debiera traducirse en una mayor eficacia de los derechos sociales fundamentales tanto por medio del recurso de protección en los tribunales ordinarios como por la intervención del Tribunal Constitucional en las cuestiones que sean de su competencia.

De esta forma, los Tribunales Superiores de Justicia, en el conocimiento de acciones de protección, y el TC, en su labor de control de constitucionalidad de las leyes —o de normas infra legales—, deberían considerar como parámetro de constitucionalidad de manera directa las normas de derechos humanos establecidas en los tratados ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Pero también una cláusula constitucional que reconozca expresamente la interpretación que los órganos hacen de los tratados y los estándares que desarrollan, puede permitir que tanto los Tribunales Superiores de Justicia como el TC cuenten con mayores elementos para la tutela de los derechos sociales o para la construcción y delimitación de su contenido.

Así, por ejemplo, para avanzar de manera general en la protección de los derechos sociales, se podrían aplicar las obligaciones establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos que, en caso que no sean cumplidas, permiten precisamente recurrir ante los órganos jurisdiccionales. Nos referimos a:

- 
- El respeto al contenido mínimo esencial;
  - El principio de no regresividad;
  - El principio de no discriminación

Pero también la aplicación por la jurisprudencia de los estándares desarrollados por los órganos de los tratados, contribuiría a definir obligaciones más precisas de los órganos del Estado que pueden ser vulnerados en casos concretos de afectaciones de derechos sociales. Un botón de muestra es que los estándares de acceso, disponibilidad, aceptabilidad, calidad y adaptabilidad de derechos sociales como el derecho a la salud y el derecho a la educación desarrollados por el Comité de DESC,<sup>47</sup> serían un parámetro de constitucionalidad y no existiría discusión respecto a la posibilidad de ser aplicados por parte de la justicia ordinaria o constitucional.

## **Bibliografía**

ABRAMOVICH, Víctor & Christian COURTIS (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.

ALEXY, Robert (2002), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

AÑON ROIG, María (1992): “Fundamentación de los Derechos Humanos y Necesidades Básicas”, Jesús Ballesteros (Coord.), *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid.

ATRIA, FERNANDO (2004): “¿Existen derechos sociales?”, *Doxa*, N° 4.

\_\_\_\_\_ (2010): “Participación y Alienación Política: El Problema Constitucional”, Claudio Fuentes (Ed.), *En nombre del Pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, Ediciones Böll Cono Sur, Santiago.

BUSTOS, Rodrigo (2007): “Hacia la Igualdad Sustancial: Reflexiones a Raíz de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, Ángela Figueruelo, María Ibáñez, Rosa Merino (Eds.), *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres*, Comares, Granada.

\_\_\_\_\_ (2014): *Derechos sociales: Exigibilidad y justicia constitucional*, Santiago, Editorial Librotecnia.

---

47 Dichos elementos esenciales están contemplados en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 14 (2000) y Observación General N° 12 (1999).

CARBONELL, Miguel (2008): “Eficacia de la Constitución y derechos sociales”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2.

COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, sesión 407, 09 de agosto de 1978, Santiago.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 4 (1991): El derecho a una vivienda adecuada, E/1992/23, Ginebra, 13 de diciembre de 1991.

\_\_\_\_\_ Observación General N° 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos, E/1998/22, Ginebra, 20 de mayo de 1997.

\_\_\_\_\_ Observación General N° 12 (1999): El derecho a la educación, E/C.12/1999/10, 08 de diciembre de 1999, párr. 6.

\_\_\_\_\_ Observación General N° 14 (2000): El derecho al disfrute de nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12.

COSSIO, José (1989): *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

CRISTI, Renato (2011): *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán*, LOM, Santiago.

DE CASTRO, Benito (1998): “Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades*, Año III, N° 6.

FIGUEROA, Rodolfo (2009): “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N° 3.

GARCÍA, Miguel (1996): “Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional”, Andrés Ibáñez (Coord.), *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid.

GARCÍA, Aniza (2003): *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales (DESC)*, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Madrid.

GARCÍA-PELAYO, MANUEL (1989): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid.



---

GARGARELLA, Roberto (2006): “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales”, *Perfiles Latinoamericanos*, N° 028, Julio-Diciembre.

GARGARELLA, Roberto; Pilar DOMINGO & Theunis ROUX (2006), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Ashgate, Aldershot/Burlington.

HABERMAS, Jürgen (2001): *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.

HOLMES, Stephen & Cass SUNSTEIN (1999): *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, W.W. Norton, New York.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011): *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago.

JORDÁN, Tomás (2007): “La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2.

LAMBERT, Edouard (1921): *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, M. Giard, Paris.

LIEBENBERG, Sandra (2006): “Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social en Sudáfrica”, *Anuario de Derechos Humanos* Universidad de Chile.

LUCIANI, Massimo (1994): “Sui diritti sociali”, en: Romboli, R (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali alle Corti Costituzionali*, G. Giapichelli, Torino.

MARTÍNEZ, José (1997): *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs Editorial, Barcelona.

NOGUEIRA, Humberto (2006): *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago.

NOGUERA, Albert (2009): “¿Independencia o control?: los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 143.

PÉREZ LUÑO, Antonio (2005): “Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española”, *Documentación Administrativa*, N° 271-271, enero-agosto.

PILIA, Rita (2005): *I diritti sociali*, Jovene Editore, Napoli.

PISARELLO, Gerardo (2007): *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta.

\_\_\_\_\_ (2004): “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, María José Añón (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

RAWLS, John (1999): *A Theory of Justice* (revised edition), Belknap Press/Harvard University Press, Cambridge.

ROSENKRANTZ, Carlos (2003): “La Pobreza, la Ley y la Constitución”, Bullard, A.; Couso, J.; Gil Lavedra, R., Et Al, *El Derecho como Objeto de Transformación*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (1994): “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, 16-16.

SÁNCHEZ, Santiago & PEREIRA, Antonio-Carlos (1992): “Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica”, *Revista de derecho político*, N° 36.

SASTRE, Santiago (2001): “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de estudios políticos*, N° 112.

SEN, Amartya (2000): *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona.

SCHMITT, Carl (1998): *La defensa de la constitución*, Tecnos, Madrid.

TUGENDATH, Ernst (1999): *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona.

## **Jurisprudencia**

Tribunal Constitucional, Sentencia de 08 de abril de 2002. Rol N° 346-2002.

Tribunal Constitucional, Sentencia de 23 de enero de 2013. Roles N° 2387-2013 y 2388-2013, acumulados.



## **IV IGUALDAD Y LIBERTAD**



# LA DEMOCRACIA COMO PROGRAMA CONSTITUCIONAL: EL LUGAR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES\*

Juan Pablo Mañalich Raffo

“Pero el príncipe no ve la necesidad de poner por escrito la nueva Constitución; la monarquía es una institución demasiado práctica, para proceder así”.

Ferdinand Lassalle, ¿Qué es una Constitución?

## I

Estas palabras fueron pronunciadas por el socialista (“utópico”) Ferdinand Lassalle, en abril del año 1862, ante una agrupación de ciudadanos berlineses. La conferencia de la cual ellas están extraídas fue concebida como un instrumento para la concientización de las diferentes capas de la burguesía prusiana de cara a la coyuntura constitucional en la cual había terminado el proceso reaccionario de restauración monárquica posterior a la revolución de 1848.

Lassalle se proponía hacer conscientes a sus conciudadanos, en primer lugar, de que la constitución resultante de la revolución burguesa del año 1848 había devenido en letra muerta; y, en segundo término, de que, dadas las circunstancias de ese proceso constituyente, el desenlace no podía haber sido otro. Lassalle apoyaba su argumento en una distinción, manifiestamente provocadora, entre la “constitución escrita” que, en cuanto “hoja de papel”, un pueblo puede recibir o darse a sí mismo, por un lado, y la “constitución real y efectiva” sustentada “en los factores de poder que rigen en el país”, por otro.<sup>1</sup>

Para alcanzar esta distinción, Lassalle consideraba necesario ofrecer, primero, una indagación en la pregunta misma de qué es una constitución, desechando de entrada la plausibilidad de cualquier especificación jurídico-formal del concepto en cuestión.<sup>2</sup> Esto no quiere decir, empero, que no pudiera someterse a análisis alguna caracterización típicamente jurídica de lo que *sería* una constitución, para así hacer explícito lo que pudiera estar implícito bajo semejante caracterización y que en efecto se corresponde con lo que *es* una constitución. Esta es, precisamente, la metodología favorecida por Lassalle, quien toma como punto de partida la usual caracterización de la constitución de un Estado cualquiera como la “ley fundamental” de ese mismo Estado, lo cual lo lleva a la pregunta de “cómo habría que distinguir entre una *ley fundamental*

\*Agradezco al ayudante *ad honorem* Ítalo Reyes Romero por su generosa ayuda en la revisión del texto.

1 LASSALLE (2005), pp. 49 ss., 67 ss.

2 LASSALLE (2005), pp. 37 ss.

---

y otra ley cualquiera para que la primera pueda justificar el nombre que se le asigna”.<sup>3</sup> En la respuesta a esta pregunta, Lassalle propone tres especificaciones progresivas del sentido en que una constitución exhibe semejante carácter de *ley fundamental*: debe ser, primero, “una ley que *ahonde* más que las leyes corrientes”; segundo, una ley que represente “el verdadero *fundamento* de las otras leyes”; y tercero, una ley que en cuanto fundamento de las demás leyes opere como “una fuerza eficaz que hace, por *ley de necesidad*, que lo que sobre ella se *funda sea así y no de otro modo*”.<sup>4</sup>

Es en esta última especificación que emerge la clave del concepto de constitución reconstruido por Lassalle, tal como éste apenas lo sugiere, aparentemente sin reparar en la cabal significación del punto: “Solo las cosas *carentes* de un *fundamento*, que son las casuales y fortuitas, pueden ser como son o de otro modo cualquiera”.<sup>5</sup> Es interesante que Lassalle ofrezca esta observación a modo de caracterización *negativa* de cualquier ley distinta de la respectiva ley fundamental: semejante ley no fundamental, en tanto ley (literalmente) *fundamentada*, no puede ser como es o de cualquier otro modo, sino que es como es en virtud de aquello que la fundamenta, esto es, que la hace ser *esa* ley y no otra. Lo cual, formulado en terminología más moderna, significa: una ley que encuentra su fundamento de validez en otra ley que la determina no podría —*pace* Kelsen— contener una “cláusula alternativa tácita”,<sup>6</sup> en virtud de la cual aquella ley pudiera en definitiva ser la que es o cualquiera otra.

Pero lo crucial es reparar en lo que, a *contrario sensu*, semejante caracterización nos dice acerca del estatus de una constitución, en cuanto ley fundamental a su vez no fundamentada. Pues en estos mismos términos, lo definitorio de una constitución *qua* ley fundamental resulta ser que ella puede ser como es o de cualquier otro modo, precisamente porque su existencia no se deja entender como el resultado de alguna fuerza activa que la determine “por un imperio de necesidad”. Lo cual significa: en cuanto ley fundamental a su vez carente de fundamento, una constitución es, en esencia, el fundamento *radicalmente contingente* de cualquier otra ley que haya de regir en cuanto ley fundamentada por aquella. Parafraseando entonces la descripción de aquello que, en el sentido del argumento ontológico de Anselmo, ha de ocupar la (necesariamente única) posición marcada por el término “Dios”,<sup>7</sup> la constitución de un Estado se nos presenta como el fundamento de juridicidad mayor que el cual ningún fundamento que puede ser pensado. Y de ahí que si el establecimiento de una constitución puede ser tematizado como el resultado del ejercicio de un “poder constituyente”, este tenga que ser entendido como un poder normativo no conferido, a su vez, por norma alguna.<sup>8</sup>

---

3 LASALLE (2005), p. 39.

4 LASALLE (2005), pp. 39 s.

5 LASALLE (2005), pp. 39 s.

6 KELSEN (1960), pp. 271 ss., 275 ss.

7 MAÑALICH (2010), pp. 117 ss.

8 ATRIA (2013), pp. 27 s.

## II

Es esta radical contingencia de toda constitución en cuanto fundamento-carente-de-fundamentación lo que Lassalle invoca para explicar la preocupación, distintivamente moderna, por el otorgamiento de constituciones escritas.<sup>9</sup> A este respecto, el paso argumentativamente decisivo consiste en su identificación de la “efectiva” constitución de un Estado con “los factores reales de poder que rigen en el seno de [la respectiva] sociedad”.<sup>10</sup> Pues si esta identificación es acertada, se sigue de ello que es del todo equívoca la representación “de que las constituciones son una característica peculiar de los tiempos modernos”;<sup>11</sup> antes bien, lo específicamente moderno serían “las constituciones *escritas*, las *hojas de papel*”.<sup>12</sup> Pero entonces, sostiene Lassalle, lo único que podría explicar esta moderna disposición a la escrituración constitucional sería “que en los *factores reales de poder* imperantes dentro del país se haya *operado una transformación*”.<sup>13</sup> Y de cara a las revoluciones burguesas acontecidas en las últimas décadas del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, esa transformación habría consistido en una determinada redefinición de la voluntad política de la burguesía: “La población burguesa se dijo: no quiero seguir siendo una masa sometida y gobernada, sin voluntad propia: quiero tomar en mis manos el gobierno y que el príncipe se limite a reinar con arreglo a mi voluntad y a regentar mis asuntos e intereses”.<sup>14</sup>

Esto ciertamente presupone que la burguesía, como tal, contaba ya como uno de los factores reales de poder imperantes dentro del país respectivo. Y esto es algo que Lassalle afirma no solo en referencia a la “gran burguesía”, definida por su control del “gran capital”,<sup>15</sup> sino también y decisivamente en referencia a la “pequeña burguesía”, cuya posición él tematiza conjuntamente con la de la “clase obrera”.<sup>16</sup> Que la pequeña burguesía y la clase obrera conjuntamente exhibieran el estatus de un factor real de poder imperante en la Prusia de su época se funda, observa Lassalle, en que una pretensión de despojar a estos dos sectores sociales de las posiciones de libertad personal conquistadas en el paso del Estado medieval al Estado moderno, se habría mostrado como enteramente inviable, porque entonces los obreros se habrían echado “corriendo a las calles, sin necesidad de que sus patronos les cerrasen las fábricas”, y la pequeña burguesía habría corrido “en masa a solidarizarse con ellos, y la resistencia de ese bloque sería invencible”.<sup>17</sup>

9 LASALLE (2005), pp. 56 ss.

10 LASALLE (2005), pp. 41 s.

11 LASALLE (2005), p. 57.

12 LASALLE (2005), p. 59.

13 LASALLE (2005), p. 60.

14 LASALLE (2005), p. 66.

15 LASALLE (2005), pp. 44 ss.

16 LASALLE (2005), pp. 48 s.

17 LASALLE (2005), p. 49.



---

Esto demuestra, según Lassalle, que el bloque conjuntamente formado por la pequeña burguesía y la clase obrera constituía un factor real de poder que codeterminaba, al menos en el margen, el correspondiente “espacio de juego”. El problema está, sin embargo, en que este particular factor de poder no era más que un componente del “poder de la Nación”, que se distinguiría por exhibir un carácter esencialmente “inorgánico”, contraponiéndose así al “poder organizado” detentado por quien controla el aparato del Estado en conjunto con el ejército.<sup>18</sup>

Con esto quedamos en condiciones de precisar la conexión específica que cabe reconocer entre la moderna disposición a la escrituración constitucional y el proyecto político definitorio de la democracia: la neutralización de cualquier otro factor real de poder que no sea la voluntad popular como fundamento-no-fundado de juridicidad. Pues la única manera por la cual la realización de la voluntad popular puede superar su déficit de organicidad en cuanto factor de poder consiste en su *institucionalización* por la vía de su reconocimiento *constitucionalmente declarativo*. Y que la voluntad popular se vea institucionalizada como factor de poder constitucionalmente *supremo* depende, críticamente, de que todo otro factor de poder se vea institucionalmente sometido a ella.

En tal medida, el núcleo de una constitución (escrita) puede ser entendido, literalmente, como un entramado de *reglas constitutivas* que, en cuanto “declaraciones permanentes”,<sup>19</sup> institucionalizan una cierta organización del poder en la forma de una auténtica ontología política, cuyo artefacto más prominente es el Estado. Sobre esta base, el carácter específicamente democrático de una constitución depende —para ponerlo en la terminología de Heller— de que el “poder objetivo de la organización” instituida como Estado tenga como único soporte al pueblo en cuanto titular del “poder subjetivo sobre la [misma] organización”, esto es, en cuanto *soberano*.<sup>20</sup> Sin embargo, es crucial advertir que, desde el punto de vista de la tradición democrática, no es posible sostener que la constitución del Estado *constituya* al pueblo como tal.<sup>21</sup> Pues democráticamente, la constitución necesita ser interpretada como una decisión del pueblo,<sup>22</sup> entendido este como sujeto político “inorgánico” que por sí mismo pasa a erigirse, entonces, en *el* agente político constitucionalmente organizado.

Así, una constitución democrática es la materialización de la decisión del pueblo de convertirse en el (único) agente políticamente supremo. Y en tal medida,

---

18 LASALLE (2005), pp. 55 s.

19 SEARLE (2010), pp. 11 ss., 97 s.

20 HELLER (1968), pp. 263 ss.; al respecto MAÑALICH (2010), pp. 137 s.

21 Véase sin embargo ATRIA (2013), p. 38, quien sostiene que “la constitución es una decisión del pueblo”, a la vez que “no hay pueblo sin constitución, porque antes de darse una constitución la suma de individuos no constituye un ‘pueblo’, un agente político [...]”.

22 Véase MARX (1971), p. 293: “Así como la religión no crea al ser humano, sino el ser humano crea la religión, así tampoco la constitución crea al pueblo, sino el pueblo la constitución”.

la estructura pragmático-lingüística de la materialización de esa (primera) decisión soberana es la de un acto de habla declarativo,<sup>23</sup> cuyo carácter *políticamente paradójico* radica en que es solo a través de la “originaria” demostración de agencia política implicada en la decisión constituyente que el pueblo *muestra* su preexistencia como *sujeto* político hasta entonces privado del estatus de *agente*.<sup>24</sup> Es precisamente esto lo que determina que, como lo advirtiera Marx, “la democracia es la verdad de la monarquía”, mientras “la monarquía no es la verdad de la democracia”.<sup>25</sup> Pues mientras la monarquía es enteramente incapaz de explicar la democracia, la democracia es capaz, retrospectivamente, de explicar la monarquía, a saber, como un orden que fuera tolerado o de facto “consentido” por el pueblo, en cuanto sujeto aún no autoerigido en agente político (supremo).

### III

La democracia, sin embargo, no puede ser reducida a una mera *forma de Estado*, precisamente porque, en conjunción con lo anteriormente dicho, ella al mismo tiempo especifica una *forma de sociedad* que se distingue por resistir la identificación (distintivamente liberal) del dominio de lo político con el dominio de lo estatal.<sup>26</sup> Es justamente la disposición a validar semejante identificación lo que explica que en las así llamadas “democracias liberales”, el pueblo arriesgue, como observa Alain Badiou, devenir en nada más que “una colección de átomos humanos [que] confiere una ficción de legitimidad a los representantes electos”.<sup>27</sup> Para evitar la reducción de la dimensión esencialmente *representacional* de toda política democrática al entramado institucional de una “democracia representativa”,<sup>28</sup> es imprescindible insistir en una caracterización democrática de lo político como un espacio que supera y trasciende el orden estatal. En la terminología de Badiou, una caracterización democrática de lo político es la que presenta “la verdad de lo político”, esto es, “la puesta de lo particular bajo la ley de la universalidad de la voluntad política”.<sup>29</sup> En palabras —ojalá— menos esotéricas, esto quiere decir que lo político satisface una caracterización democrática si, y solo si, se rehúsa a tratar la particularidad de cada una de nuestras vidas de un modo no igualitario. En tal medida, la democracia especifica una cierta gramática de lo político, determinada

23 Véase SEARLE (1979), pp. 16 ss. Acerca del carácter (ilocutivamente) declarativo de las adscripciones de agencia, en detalle MAÑALICH (2012), pp. 682 ss.

24 Al respecto BUTLER (2014), pp. 48 ss., quien acertadamente observa: “Si lo que está en juego al proclamar la soberanía popular es la capacidad de acción plural, entonces no hay manera de «mostrar» esta verdad por afuera de la representación plural e invariablemente conflictiva que llamamos autoconstitución”.

25 MARX (1971), p. 292.

26 Véase MAÑALICH (2014), pp. 157 ss., 164 ss.

27 BADIOU (2014), p. 12.

28 MAÑALICH (2014), pp. 161 ss.

29 BADIOU (2005), p. 92.

---

por la circunstancia de que toda enunciación de una situación *qua* situación política ha de ser formulada por medio de un operador de cuantificación universal: en una democracia, el lenguaje de lo político es el lenguaje en el cual, siempre que se habla, se pretende hablar a nombre de *todos*, esto es, a nombre del pueblo.

Pero esto último sugiere que la democracia no es la simple conjunción de una forma de Estado y una forma de sociedad, sino más bien la marca de una implicación recíproca entre ambas. Para que tenga sentido la idea de que, en una democracia, hablar políticamente consiste en entablar una pretensión de hablar a nombre del pueblo, es esencial que se encuentre descartada toda invocación no *representacionalmente mediada* del pueblo como unidad a cuyo nombre se habla. Semejante apelación no mediada es lo que subyace, empero, a la ilusión propiamente totalitaria de una identificación homogénea y transparente del “pueblo-como-uno”, en cuanto unidad sustancial.<sup>30</sup> Pues como observa Badiou: “Habrá que desconfiar de la palabra «pueblo» [...] cuando va seguida de un adjetivo”.<sup>31</sup> Democráticamente, la expresión “pueblo” solo puede exhibir el estatus de un *significante vacío*, cuyo objeto de referencia es necesariamente contingente.<sup>32</sup> Y puesto que la democracia existe en la medida en que el pueblo ocupa el lugar del único titular del poder subjetivo sobre el poder objetivo de la organización, que el pueblo sea el referente de un *significante vacío* se traduce en que, al interior de un Estado democrático, el lugar del poder haya de transformarse en un lugar vacío.<sup>33</sup>

Lo anterior quiere decir, siguiendo aquí a Claude Lefort, que sería insuficiente caracterizar el poder democráticamente constituido como un poder impersonal. Pues la “operación de la negatividad”, asociada a la destrucción del poder personal del monarca como encarnación de la representación de la “sustancia de la comunidad”, significa, al mismo tiempo, una instauración de libertad política: existe libertad política en la precisa medida en que el poder se transforma en, y se preserva como, democrático; esto es, como un poder que pertenece a nadie en particular.<sup>34</sup>

#### IV

Ahora bien, es sobre este trasfondo que cabe determinar el *locus* democrático específico que corresponde al reconocimiento constitucional de derechos que, en cuanto consagrados en la constitución *qua* ley fundamental, han de exhibir el estatus de derechos *fundamentales*. A este respecto, la contribución capital de Lefort consiste en su análisis de la expresividad política de tal consagración, que él reconstruye en

---

30 Véase LEFORT (1988), pp. 12 ss., 19 ss.

31 BADIOU (2014), p. 10.

32 LACLAU (2005), pp. 101 ss.

33 LEFORT (1988), pp. 16 ss.

34 LEFORT (1988), p. 27.

referencia al texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producido en la Francia revolucionaria de 1791: “la formulación de los derechos del hombre al cabo del siglo XVIII estuvo inspirada en una demanda por libertad que destruye la representación del poder como estando por encima de la sociedad y como poseyendo una legitimidad absoluta”.<sup>35</sup>

Así, la consagración constitucional de una carta de derechos significa, ante todo, “la emergencia de un nuevo tipo de legitimidad y de un espacio público”, de los cuales no es posible dar cuenta si los derechos de cuya consagración se trata son entendidos como nada más que “derechos individuales”. Pues en este último caso, la democracia queda reducida a una relación entre el Estado y el individuo.<sup>36</sup> A este respecto, es especialmente importante que Lefort observe que, a pesar de estar formulados en el lenguaje de “derechos naturales, inherentes a la naturaleza humana”, en la consagración de esos derechos se actualiza una reinterpretación de nociones tales como “soberanía”, “nación”, “autoridad”, “voluntad general” y “ley”, las cuales quedarían situadas más allá de cualquier posible apropiación.

Esto nos lleva a la pregunta que preside este panel: ¿cuáles son los derechos que una nueva Constitución que el pueblo de Chile pudiere darse a sí mismo tendría que consagrar como fundamentales? En lo concerniente a la significación que ello pudiera tener a propósito de la dialéctica entre libertad e igualdad, mi respuesta sería la siguiente: no importa demasiado cuáles sean esos derechos, ni cómo se encuentren específicamente consagrados; lo que importa, más bien, es que la práctica política que haya de desplegarse a partir de las nuevas bases constitucionales impida la privatización del espacio de legitimidad que la consagración de esos derechos tendría que establecer. Pues como sostiene Lefort:

El rasgo distintivo de la democracia es que, mientras inaugura una historia que [deroga] el lugar del referente desde el cual la ley alguna vez derivó su trascendencia, por esa vía ella no hace el derecho inmanente dentro del orden del mundo, ni, bajo el mismo criterio, confunde el imperio del derecho con el imperio del poder. Ella hace del derecho algo que, mientras es siempre irreducible al artificio humano, confiere significado a la acción humana solo a condición de que los seres humanos lo deseen, de que lo entiendan como la razón de su coexistencia y como la condición de posibilidad de su juzgar y ser juzgados. [...] En otras palabras, la democracia moderna nos invita a reemplazar la noción de un régimen gobernado por leyes, de un poder legítimo, por la noción de un régimen fundado sobre la legitimidad del debate acerca de qué es legítimo y qué

35 LEFORT (1988), p. 31.

36 LEFORT (1988), p. 30.

---

es ilegítimo.<sup>37</sup>

Y como Lefort mismo lo hace explícito, la legitimidad de este debate acerca de lo que es legítimo e ilegítimo presupone que, a su respecto, “nadie puede ocupar el lugar de juez supremo”.<sup>38</sup> Supongo que es suficientemente obvio que esto tendría que valer, sin cualificación alguna, respecto de cualquier individuo, grupo o cuerpo institucional, incluido aquel que pudiera llevar por nombre “Tribunal Constitucional”. La desactivación de un foro especial que, como sucede tratándose de nuestro actual Tribunal Constitucional, reclama la posición de juez supremo en el debate acerca de qué es legítimo y qué es ilegítimo, tendría que ser un objetivo primordial de nuestro futuro esfuerzo constituyente.

Bajo una constitución democrática, los derechos consagrados como fundamentales son expresivos de una identidad autoatribuida por quienes se reconocen a sí mismos como titulares de los derechos así declarados.<sup>39</sup> En tal medida, lo que está en juego en su especificación es la pregunta por el estatus colectivamente compartido por todos y cada uno de quienes son aludidos cuando se habla, políticamente, a nombre del pueblo. Y en la anticipación del proceso constituyente en cuyo marco esa autointerpretación tendría que producirse, no creo que dispongamos de un consejo más certero y preclaro que el que nos legara el Presidente Salvador Allende, plasmado como prólogo al texto constitucional que el Gobierno de la Unidad Popular se disponía a proponer al país, en el año 1973: “Que el pueblo por primera vez entienda que no es desde arriba, sino desde las raíces mismas de su propia convicción de donde debe nacer la Carta Fundamental que le dará su existencia como pueblo digno, independiente y soberano”.<sup>40</sup>

## Bibliografía

ALLENDE, Salvador (2013): “Prólogo”, *Constitución Política chilena de 1973. Propuesta del Gobierno de la Unidad Popular*, Sangría, Santiago.

ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa*, LOM, Santiago.

BADIOU, Alain (2005): *Metapolitics*, Verso, Londres /Nueva York.

\_\_\_\_\_ (2014): “Veinticuatro notas sobre los usos de la palabra «pueblo»”, AA.VV., *¿Qué es pueblo?*, LOM, Santiago.

---

37 LEFORT (1988), p. 39.

38 LEFORT (1988), p. 41.

39 LEFORT (1988), pp. 37 ss.

40 ALLENDE (2013), p. 7.

- BUTLER, Judith (2014): “«Nosotros el pueblo». Apuntes sobre la libertad de reunión”, AA.VV., *¿Qué es pueblo?*, LOM, Santiago.
- HELLER, Hermann (1968): *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- KELSEN, Hans (1960): *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena.
- LACLAU, Ernesto (2005): *On Populist Reason*, Verso, Londres/Nueva York.
- LASSALLE, Ferdinand (2005): *¿Qué es una Constitución?*, Temis, Bogotá.
- LEFORT, Claude (1988): *Democracy and Political Theory*, Polity Press, Cambridge.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010): *Terror, pena y amnistía*, Flandes Indiano, Santiago.
- \_\_\_\_\_ (2012): “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”, *DOXA*, N° 35.
- \_\_\_\_\_ (2014): “¿Democracia liberal o libertad democrática?”, *Estudios Públicos* N° 134.
- MARX, Karl (1971): *Frühe Schriften*, Cotta Verlag, Estútgart.
- SEARLE, John (1979): *Expression and Meaning*, Cambridge University Press, Cambridge.
- \_\_\_\_\_ (2010): *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York.



## FRATERNIDAD: LA IGUAL LIBERTAD DE TODOS\*

Fernando Muñoz León

### Introducción: la coyuntura protoconstituyente

La constitución, de acuerdo a una popular interpretación, contiene tanto valores fundamentales de la comunidad política como metas u objetivos que deben guiar su actuar. Ella sería, en consecuencia, tanto premisa como conclusión; punto de partida como punto de llegada.

Que eso pueda ser así pareciera ser el resultado de que los contenidos de la constitución sean tan tenues que ellos puedan ser aceptados por prácticamente todo integrante de una sociedad “moderna” como la nuestra. Algo de eso, indudablemente, caracteriza a los textos constitucionales y es lo que ha posibilitado su utilización como trampolín interpretativo por parte de las judicaturas contemporáneas. Pero llevado a su extremo, esto devendría en una paradojal irrelevancia; si el texto de la constitución es un test de Rorschach en el que cada quien ve lo que quiere ver (o, más precisamente, lo que está cognitivamente determinado a ver),<sup>1</sup> entonces lo que una constitución diga da, más o menos, lo mismo.

Ahora bien, afirmar que lo que la constitución diga da más o menos lo mismo puede proporcionar una interesante teoría escéptica sobre el funcionamiento del proceso interpretativo,<sup>2</sup> pero no parece servir de sustento para la adopción, en materia constitucional, de posturas caracterizadas por portar una pretensión de aceptabilidad intersubjetiva e incondicionada.<sup>3</sup> Tampoco es totalmente cierto, pues si bien en el largo plazo el lenguaje constitucional pueden ser reinterpretado a través de las múltiples herramientas procusteanas disponibles en la panoplia de los juristas, en el corto plazo los términos empleados en el texto constitucional y la comprensión que de ellos hayan

---

\* El presente texto forma parte del Proyecto FONDECYT N° 11121191, “El concepto de ‘grupos desaventajados’ como complemento a la dogmática constitucional sobre igualdad”.

1 Si bien la alegoría del test de Rorschach me parece descriptivamente adecuada para entender el proceso de interpretación jurídica en general, prescriptivamente me parece que no proporciona una imagen atractiva para caracterizar las expectativas normativas asociadas a la formulación de juicios, específicamente al asentimiento que espera suscitar entre su audiencia quien formula un juicio. Debido a que este texto está escrito desde una perspectiva internalista, en consecuencia, debo descartar una alegoría que en otros contextos emplearía gusto.

2 ...o una reconfortante sensación de insignificancia para quienes nos dedicamos profesionalmente al derecho constitucional.

3 Los juicios normativos tienen pretensiones de aceptabilidad intersubjetiva e incondicionada en cuanto ellos pretenden ser aceptados por cualquier sujeto, independientemente de sus circunstancias, y sin condiciones, es decir sin someterse a negociaciones.



---

tenido sus redactores (es decir, los significados constitucionales originales) tenderá a ser tenida por la interpretación auténtica, esto es, correcta.<sup>4</sup>

Quizás podamos sintetizar estas perspectivas sugiriendo que si fuera cierto que lo que la constitución diga da más o menos lo mismo, entonces cobra importancia lo que los *hablantes* digan sobre ella; lo que los intérpretes constitucionales entiendan que la constitución dice. En dichas circunstancias, no podemos permitirnos el lujo de pasar del escepticismo al nihilismo y de ahí a la inactividad, pues ello significaría sencillamente que le estaremos dando a otro la posibilidad de decir qué dice la constitución.

Estas reflexiones son particularmente importantes en el momento protoconstituyente por el que estamos atravesando. Sea que aquel desemboque en la redacción de una nueva Constitución a través de una asamblea constituyente o que no haya ningún tipo de cambio al texto constitucional en lo absoluto. El punto es que debemos cuestionar las doctrinas constitucionales que durante las últimas tres décadas han prevalecido como parte de un proceso de reparación de las heridas y fracturas producidas en nuestra historia por el golpe de Estado y la refundación neoliberal que le siguió.<sup>5</sup> Dichas doctrinas constitucionales continúan, a través de las herramientas de la interpretación jurídica, el proceso de destrucción de lo público iniciado el mismo 11 de septiembre de 1973. En consecuencia, una labor irreemplazable de la teoría constitucional comprometida con los valores públicos de la igualdad, la libertad y la fraternidad, es perforar el velo retórico y la legitimación que dichas doctrinas constitucionales le ofrecen a una concepción egoísta de la naturaleza humana.<sup>6</sup>

La fórmula triádica de estos valores —igualdad, libertad, fraternidad— tiene un rol importante que jugar en la elaboración de una doctrina constitucional que repare y reconstruya lo público. Esto se vuelve particularmente evidente si miramos la justificación filosófica que acompañó el surgimiento, en Estados Unidos e Inglaterra, de movimientos electorales que en lo medular impulsaron el mismo proceso de destrucción de lo público que entre nosotros llevó a cabo la dictadura cívico-militar. Hayek, Nozick y Berlin, todos por igual, caracterizaron las obligaciones para con otros involucradas en la existencia de lo público como una *fuerza de esclavitud*. La libertad, en la formulación

---

4 Adicionalmente, en el largo plazo pueden surgir corrientes interpretativas que estratégicamente, es decir debido a un acuerdo sustantivo con quienes redactaron la Constitución, promuevan una lectura apegada al significado textual o a la comprensión original de los términos allí empleados. De ambas tendencias en el largo plazo, la evolutiva y la textualista-originalista, es evidencia la discusión constitucional contemporánea en Estados Unidos.

5 CRISTI & RUIZ-TAGLE (2006); MUÑOZ (2014).

6 Una formulación distinta de esta misma conclusión puede ser elaborada en términos de la tesis de Gramsci sobre los intelectuales; esto es, que la relevancia política de las construcciones teóricas que ellos elaboran —su hegemonía—, depende de que estén en sintonía con los intereses de grupos históricos concretos enfrascados en una lucha por el poder. En ese sentido, los excluidos del pacto neoliberal necesitan de intelectuales que formulen jurídicamente —y económicamente también—, sus críticas a dicho pacto, así como sus planes de reconstrucción de lo público.

de cada uno de ellos, requiere sencillamente que nadie dependa de uno: el *otro* y sus necesidades no son sino una pesada cadena sobre nuestros respectivos cuellos.

La transformación de lo público y del otro en una fuente de esclavitud depende de una particular comprensión de la relación entre libertad e igualdad que, beneficiándose de la tesis berliniana de la incommensurabilidad axiológica, termina siendo aceptada por Norberto Bobbio como el sustento de la distinción entre izquierdas y derechas. Bobbio, en efecto, es recordado en esta materia por haber sostenido que la izquierda se define por defender algún tipo de igualdad y la derecha por negar tal igualdad en nombre de algún valor, habitualmente la libertad, aunque también, en ocasiones, la tradición o la jerarquía en sí misma. Bobbio, en cierto sentido, pareciera estar definiendo berlinianamente la moderna polaridad izquierda-derecha en función de la polaridad igualdad-libertad.

¿Es posible negar dicha polaridad, afirmando la existencia de síntesis entre ambos valores en el ámbito de la izquierda o de la derecha? Entre nosotros, Fernando Atria ha argumentado contra la comprensión bobbiana de la izquierda, defendiendo la posibilidad de sintetizar libertad e igualdad en una formulación inspirada por la fraternidad. A su juicio, una correcta concepción de la izquierda reconocería que “la igualdad no es sino el régimen de la libertad” y que “el paradigma de relación humana es la amistad, en la que lo que mueve a cada uno es el bienestar de otro”.<sup>7</sup> Por otra parte, es preciso reconocerle al neoliberalismo que, pese a lo que pareciera sugerir el berlinismo bobbiano, sí es capaz de conjugar libertad e igualdad. Tanto la idea de igualdad ante la ley, en su versión más formalista y menos exigente, como la idea de igualdad de oportunidades, en sus versiones más ambiciosas y más humanizadas, logran articular una visión neoliberal de la sociedad donde el prójimo es alguien con quien compito, pero, aunque solo sea por razones de autointerés, respeto su independencia o, incluso, contribuyo a solventar algunas mínimas prestaciones debido a que en el mediano plazo eso redundará en mi mayor riqueza. Lo que ninguna de esas síntesis neoliberales entre la libertad y la igualdad logra, sin embargo, es internalizar de alguna manera la noción de fraternidad.

Que la fraternidad es un valor y que debe ser tomado en cuenta es algo que en la premodernidad, para las sociedades “atávicas”,<sup>8</sup> era meridianamente claro debido a la proximidad física y los consiguientes vínculos emocionales existentes entre los integrantes de comunidades pequeñas. Que lo siga siendo en el contexto de sociedades de masas, donde el prójimo es efectivamente un “otro”, no es evidente. Pareciera ser que el reconocimiento de dicha verdad moral ha dependido de la existencia de similitudes significativas entre los integrantes de las sociedades contemporáneas expresadas en

7 ATRIA (2013), p. 139-140.

8 HAYEK (1989).

---

identidades tales como la clase, la raza o la nación; así han explicado muchos el éxito relativo de los Estados de bienestar durante la segunda posguerra europea.

Que el bienestar del otro sea un requisito moral para que yo pueda disfrutar mi propio bienestar,<sup>9</sup> en consecuencia, parece ser una convicción que ha de ser construida políticamente, articulada a partir de coyunturas históricas que permitan crear contextos viables para que esta intuición se institucionalice.

La discusión sobre la educación en Chile, hasta ahora, ha demostrado ser potencialmente tal coyuntura; lo mismo podría llegar a ser cierto del eventual momento constituyente que, eventualmente, siga al actual momento protoconstituyente.

En consecuencia, el deber del momento para los partidarios de la fraternidad consiste en argumentar por qué una nueva Constitución debe ser el reflejo no solo de los valores de la igualdad y de la libertad, sino que también de la solidaridad. Al mismo tiempo, el desafío que se nos plantea pareciera ser el de cómo concebir la libertad, puesto que es aquel término de la tríada que tanto los políticos neoliberales como sus intelectuales orgánicos han invocado para destruir lo público y su significación solidaria.

En lo que sigue ofreceré dos conceptualizaciones de la libertad que, a mi juicio, conjugan teóricamente este término con la igualdad y la solidaridad. A continuación delinearé tres terrenos respecto de los cuales una comprensión igualitaria y fraternal de la libertad debiera llevar a adoptar compromisos normativos significativos. En este proceso no elaboraré propuestas de redacciones alternativas de textos constitucionales, sino que intentaré apropiarme de textos constitucionales vigentes, que probablemente subsistirían en una nueva Constitución, a fin de elaborar argumentos filosóficos respecto a cómo entender ciertos principios fundamentales.

## **Dos concepciones de la igual libertad de todos**

Existen dos secciones en nuestra actual Constitución que, a través de distintas formulaciones, articulan conceptos de carácter igualitario. El primero de ellos consiste en la afirmación de que Chile es, según señala el art. 4° de la Constitución Política de la República, una república democrática, compuesta, como observa el art. 13 del mismo texto, por ciudadanos. El segundo principio involucrado consiste en la afirmación, contenida en el art. 1° de la Constitución Política de la República, de que nuestro orden constitucional considera a las personas como nacidas libres e iguales en dignidad y derechos.

Ambos principios constitucionales, sostengo, tienen un carácter igualitario. El primero señala la voluntad, conceptualmente prioritaria a la propia configuración del

---

9 Sobre la idea de derechos sociales como expresión institucional de la apertura al *otro* en lugar de reclamaciones individuales, véase ATRIA (2014).

orden constitucional, de adoptar una forma de organización política que en principio reconoce a todos los integrantes de la comunidad la capacidad de tomar parte en la conformación de la voluntad colectiva de la comunidad expresada, como señala el art. 1º del Código Civil, en la ley. El segundo reconoce a todos los integrantes de la comunidad nacional, más allá de su efectiva membresía en el cuerpo político presente, un mismo conjunto de intereses juridificados y, en consecuencia, protegidos.<sup>10</sup> Mientras el primer principio proclama la igualdad de todos los ciudadanos, el segundo proclama la igualdad de todas las personas. La primera forma de igualdad, la igualdad de los ciudadanos, resulta intuitivamente comprensible. La segunda forma de igualdad, la igualdad en libertad, dignidad y derechos, requiere algo más de elucidación conceptual debido al carácter polisémico de dichos conceptos.

Según he adelantado, me concentraré en la idea de igual libertad. De partida, hay que reconocer algo: podría parecer que hablar de *igual libertad* distorsiona el texto contenido en el art. 1º de la Constitución Política de la República, el cual afirma que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Gramaticalmente hablando, el complemento preposicional “en dignidad y derechos” pareciera determinar solamente al adjetivo “iguales” y no al adjetivo “libres”. Así, pareciera ser que la afirmación contenida en dicho artículo, en materia de libertad, es tan solo que *las personas nacen libres*. Pero, el hecho de que el adjetivo “iguales” sea un adjetivo distinto de “libres”, ¿implica que la condición de libertad que caracteriza a las personas no está distribuida de manera igualitaria entre ellas? ¿Hay personas que nazcan más libres que otras? La respuesta depende, desde luego, de qué entendamos por libertad.

Quisiera comenzar mi respuesta a partir de una distinción en la estructura lógica de la libertad que, me parece, iluminará los desafíos involucrados en el tratamiento igualitario de la libertad. Se trata de la distinción entre libertad como *fiat* y libertad como *desiderátum*. Ambas concepciones, según veremos, reflejan distintos aspectos de nuestras intuiciones sobre el significado del concepto en cuestión, lo que le da plausibilidad por igual a cada una. Por último, ambas concepciones nos servirán como patrón para estructurar nuestra comprensión de los demás conceptos proclamados en el art. 1º del texto constitucional vigente.

La libertad como *fiat* se refiere a esta como un estado de cosas que se realiza o ejecuta por el solo acto de su declaración por parte de la autoridad; la libertad como *desiderátum*, en cambio, consiste en un estado de cosas que se realiza o ejecuta en la medida en que exista un determinado conjunto de circunstancias de hecho que van más allá de lo meramente declarativo. En el caso de la libertad como *fiat* esta es un atributo

<sup>10</sup> Entre esos intereses se encuentra el interés en participar de la formación de la voluntad colectiva, por lo que desde la perspectiva de la igualdad de derechos, la ciudadanía.

---

cuya existencia podemos afirmar o negar con certeza respecto de un sujeto en un determinado momento. En el de la libertad como *desiderátum*, esta es un atributo cuya existencia en un sujeto específico, en un determinado momento, requiere la elaboración de evaluaciones comparativas y contextuales. Esta distinción, como he dicho, opera en el plano de la estructura lógica que diferencia a ambas concepciones y es semejante a otra distinción habitual en la teoría jurídica contemporánea: la distinción entre reglas y principios, esto es entre normas de cumplimiento binario (se cumple o no se cumple) y normas de cumplimiento progresivo (se cumple en mayor o menor medida).

Ahora bien, entender la libertad como *fiat* nos permite identificar una continuidad conceptual entre la afirmación sobre la libertad contenida en el art. 1º y aquella contenida en el art. 19 N° 2, según la cual “[e]n Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre”. La libertad equivale, en este sentido, a una cualidad binaria en la cual no hay puntos medios ni matices: se es esclavo o no se es esclavo. En consecuencia, debido a que en nuestro orden constitucional uno de los dos polos —la esclavitud— está prohibido, podemos concluir que todas las personas son *igualmente* libres, ya sea que hayan nacido detentando tal atributo o bien que lo hayan adquirido al pisar nuestro territorio.<sup>11</sup>

Esta concepción de la libertad ha sido caracterizada como ‘negativa’ en cuanto consiste en la ausencia de algo;<sup>12</sup> específicamente, en este caso, de esclavitud, entendida como la absoluta subordinación de la voluntad de un sujeto a la voluntad de otro, irrevocable por el sujeto subordinado. Pero, ¿qué es lo malo en la esclavitud? ¿Por qué la consideramos algo que moralmente merece ser evitado y que, correlativamente, transforma a su ausencia en un estado de cosas deseable? Me parece que la razón es que ella priva al sujeto esclavizado de la posibilidad de formular planes de vida que le conduzcan a su felicidad, entendida como el desarrollo de sus capacidades. Dicho de otra manera, le niega la posibilidad de ser señor de sí mismo, y emplear dicho señorío

---

11 La sinonimia funcional que, en este sentido, es posible establecer entre *nacer y pisar el territorio chileno* nos recuerda de manera muy elegante que la libertad adscrita a las personas en los artículos 1º y 19 N° 2, y en general todos los derechos garantizados en la Constitución, no son atributos que los individuos de la especie humana tengan de manera abstracta, sino que están inscritos en un determinado orden político, temporal y territorialmente circunscrito.

12 En el plano de la filosofía política, Isaiah Berlin es el autor de la reflexión más influyente sobre el concepto negativo de libertad. Berlin, sin embargo, consideraba políticamente peligroso comprender a la libertad como *señorío sobre uno mismo* y como *autorrealización*, pues pensaba que tales concepciones conducían irremediabilmente al totalitarismo. Ahora bien, conceptualmente su crítica es deficiente, pues si bien se opone a consagrar tales concepciones de la libertad valores fundante de un orden político libre, prefiriendo colocar en dicha posición la idea de *libertad como ausencia de esclavitud*, Berlin era ciego al hecho de que quienes, como él mismo, valoran la condición de que disfrutan en una sociedad caracterizada por la ausencia de esclavitud, es porque ello les daba la posibilidad de ser dueños de sí mismos y buscar su autorrealización. El valor subyacente a la libertad como ausencia de esclavitud es inevitablemente la posibilidad que nos ofrece de ser dueños de nosotros mismos y buscar nuestra autorrealización. Véase BERLIN (1969).

para buscar su autorrealización. La condición del esclavo es una de instrumento de otros, quienes al interactuar con él no demuestran consideración por sus necesidades ni respeto por sus intereses.

La necesidad de una concepción de la libertad como *desiderátum* se vuelve evidente cuando vemos que la libertad como *fiat* no garantiza de por sí que nos veamos libres del mal que subyace a la esclavitud: la instrumentalización desconsiderada de nuestras vidas. La libertad como *desiderátum*, entonces, plantearía la necesidad de encontrarse libre no solo de esclavitud sino también de toda forma de dominación, esto es de toda interferencia arbitraria y desconsiderada con nuestros planes. La ausencia de una subordinación irrevocable a la voluntad de otro es tan solo el comienzo de la libertad, que requiere condiciones substantivas que hagan de cada quien dueño de sí mas no de otros, un fin y no un instrumento. Esto, ya que la condición de alguien cuya vida está determinada efectivamente por el arbitrio de otros no difiere mucho, conceptualmente hablando, de la condición de alguien que es esclavo.<sup>13</sup>

Aquí es donde se vuelve relevante la distinción entre *fiat* y *desiderátum*. En un ordenamiento constitucional que ha prohibido la esclavitud, la libertad como ausencia de esclavitud ya es algo con lo cual todos cuentan por igual. Pero la libertad como ausencia de dominación es, en cambio, una situación o estado deseado, al cual no todos llegan. Entonces, ¿es posible sostener que las personas nacen igualmente libres de la dominación, o que al pisar nuestro territorio adquieren tal condición en igual medida que el resto de sus habitantes? La respuesta, obviamente, es que no.

Es aquí donde debo introducir otro concepto que utilizaré recurrentemente: la noción de *interés*. Un interés es un estado de cosas deseable para un sujeto. Un interés *legítimo* es un estado de cosas que, además de ser de hecho deseable para un sujeto, es juzgado valioso por un determinado sistema normativo. Ese sistema normativo podría ser la moral social o la moral crítica elaborada por algún pensador, o el propio Derecho, en cuyo caso hablaremos de un interés jurídicamente reconocido. La noción de derechos, precisamente, corresponde a una variedad de intereses jurídicamente protegidos.

Es aquí donde podemos resolver el dilema antes observado. Si bien no podemos entender que todos quienes viven en Chile, ya sea por haber nacido aquí o por haber pisado nuestro territorio, gocen por igual de la ausencia de dominación, sí podemos sostener que todos tienen por igual un *interés* en vivir libres de dominación. Y que

13 Una pregunta distinta es si las condiciones de vida del esclavo y del 'dominado' son fácticamente distintas. La respuesta es que, si bien es posible hacer generalizaciones, lo único cierto por definición, esto es, conceptualmente, es que cuán duras sean las condiciones de vida de cada quien en una situación de esclavitud o de dominación dependerá de la suerte; más específicamente, *del arbitrio de otros*.

---

cada individuo tenga un interés individual en vivir libre de coacción, significa que si consideramos la suma de intereses particulares, nos encontramos con que de manera agregada hay un interés general en que no haya ninguna relación de dominación; único estado de cosas que permitiría que todos los individuos por igual estén libres de dominación. La igual libertad de todos de toda dominación puede ser considerada, entonces, como un interés jurídicamente reconocido.

En definitiva, entendida como *fiat*, la libertad consiste en la inexistencia declarada de vínculos formales de esclavitud, mientras que entendida como *desiderátum* la libertad consiste en la inexistencia de relaciones sociales de dominación. Mientras que en el primer caso, la igualdad de todos los integrantes de la comunidad nacional se debe al carácter bipolar de dichos vínculos formales, que o bien existen o bien no existen, sin que haya formalmente intermedios; en el segundo caso, que versa precisamente sobre las situaciones fácticas intermedias entre la esclavitud y el dominio pleno del sujeto sobre sí mismo; la igualdad de todos los integrantes de la comunidad se expresa en la existencia de un mismo interés objetivo en alcanzar dicho estado.

### **Terrenos de la igual libertad de todos**

Hablando de la legislación elaborada durante los años sesenta para combatir la discriminación racial en Estados Unidos, Bruce Ackerman ha acuñado la idea de las *esferas de la humillación* para referirse a “una multiplicidad de instituciones sociales, cada una con sus propias prácticas y expectativas”.<sup>14</sup> En dicha línea, quisiera sugerir que existen tres ámbitos o “terrenos” en los cuales se debe fijar con particular atención un programa que conjugue la libertad, la igualdad y la fraternidad.

Un primer terreno consiste en la *estructura de clases* favorecida por la distribución capitalista del trabajo, esto es, la existencia de grupos relativamente estables, a lo largo de las generaciones, de patrones y asalariados, de profesionales y trabajadores, de acumuladores de capital en todas las variedades que, según Bourdieu, aquel adopta y de desposeídos que carecen de alguno o de todos aquellos atributos. Esta desigualdad estructural carece de justificación a la luz de una concepción que generalice fraternalmente el amor paternal hacia todos los integrantes de la sociedad: moralmente está muy bien querer que nuestra descendencia cuente con los medios adecuados para alcanzar su pleno desarrollo, pero está muy mal pretender que ello involucre que nuestra descendencia cuente con ventajas y privilegios respecto de los demás integrantes de la sociedad. El debate público ha visibilizado la verdad institucional de que el único régimen compatible con la igual libertad de todos, en esta materia, consiste en la transformación en derechos sociales universales de los medios

---

14 ACKERMAN (2014), p. 130.



empleados para satisfacer la necesidad de educación o de protección de la salud. Ese sería, desde luego, tan solo el comienzo de la institucionalización de una concepción fraterna y no neoliberal de la solidaridad intergeneracional.

Otro terreno consiste en la existencia de *castas etnoculturales*, las cuales a menudo sirven como facilitadores externos de la estructura de clases. La expansión colonial europea que sirvió de contexto al desarrollo capitalista ha traído como consecuencia la identificación en las naciones occidentales de las clases altas con el fenotipo europeo. Esto es así tanto en naciones con una alta cantidad de afrodescendientes como en aquellas donde la diferencia etnocultural se da entre eurodescendientes y mestizos o, derechamente, pueblos originarios. Que en nuestra sociedad dichas castas no estén juridificadas y, por lo tanto, no sean ejecutables institucionalmente, como sí ocurría en las sociedades coloniales y en las dictaduras raciales norteamericana y sudafricana, no significa que ellas no existan ni que carezcan de consecuencias sobre la estructura social, como sabrá todo aquel que comprenda el concepto de discriminación indirecta.

Por último, un tercer terreno que requiere nuestra atención es la existencia de relaciones de dominación estructuradas en torno al *sistema sexo/género*. La concepción tradicional de la sexualidad pareciera entender esta dimensión de la vida humana como una forma de dominación masculina sobre la mujer. Confinar a la mujer a las tareas asociadas a la reproducción y al cuidado de la familia provee el contexto para configurar la libertad del hombre, a la Nozick, como independencia, como libertad respecto de todo dependiente. La preservación de esta dominación, a su vez, engendra un profundo rechazo por toda forma de disenso o divergencia sexual, expresada en orientaciones sexuales o identidades de género que se aparten del binomio hombre-mujer. En estas circunstancias, la igualdad de género y la aceptación de la diversidad sexual son aristas de un programa de liberación sexual que entienda la reproducción y la sexualidad no como formas de sumisión sino como formas de realización personal y de encuentro con el otro a través de múltiples formas, desde la reproducción y la crianza hasta el placer por el placer, pasando por la expresión performativa de la identidad individual.

### **Conclusión: tu problema es mi problema**

La idea de *igual libertad de todos* nos abre los ojos a la realidad de que no existe realización personal o desarrollo humano en aislamiento. El movimiento que surgió en el contexto de las protestas en Aysén en 2012 dio en el clavo al articular como idea fuerza de su causa el eslogan *Tu problema es mi problema*. La pregunta que subsiste es qué sería necesario hacer para que dicha afirmación reflejase no solo el *ethos* de un movimiento social, sino también el de un orden institucional. Lo que quiero decir



---

es que no parece tan desacertado decir que el eslogan *Por la razón o la fuerza* refleja un determinado orden institucional: uno que recurra en primer lugar a argumentos substantivos para avanzar sus intereses, y cuando ello falle, recurra a la fuerza. Por ello hay quienes lo consideran políticamente cuestionable *porque no es anodino*.

Entonces, ¿cómo volver no anodina la idea de que *tu problema es mi problema* y, al mismo tiempo, revestirla del suficiente atractivo normativo como para que sea razonable esperar su adopción como lema de un nuevo orden institucional? La primera parte de la pregunta requiere una considerable dosis de imaginación institucional. El desafío es encontrar, como ha sugerido Fernando Atria, instituciones que permitan *alinearnos nuestros intereses*; que efectivamente hagan que tu problema sea mi problema, lo que a su juicio significa construir *regímenes de lo público*. La respuesta desde la derecha será, probablemente, el descrédito de lo público a partir de argumentos tales como la *captura del regulador* y la *tragedia de los comunes*. De ser así, el desafío será demostrar que en la medida en que tu problema sea mi problema, el combate a la corrupción y la creación de bienestar pasan a ser objetivos que genuinamente importan a todos. La segunda parte de la pregunta requiere, en cambio, considerables esfuerzos en la creación de un nuevo *ethos*, es decir, no solo de una ética sino también de una cultura de la comunidad que reemplace el actual *ethos* del mercado y la competencia.

Las dificultades de estos desafíos no significan que ellos deban ser dejados para las próximas generaciones. Por el contrario, la construcción de un nuevo orden institucional y de una nueva cultura que reemplacen al neoliberalismo debe comenzar hoy. En cierto sentido, es la única forma en que podemos dar por terminada la transición. El curso que la sociedad había emprendido mediante las reformas de fines de los sesenta y principios de los setenta fue interrumpido desde la violencia y el egoísmo, y la revolución neoliberal que la dictadura desató intentó interrumpir un proceso de profunda transformación social. Poner la lápida final a la dictadura significa retomar ese camino.

## **Bibliografía**

ACKERMAN, Bruce (2014): *We the People, Vol. 3: The Civil Rights Revolution*, Harvard University Press.

ATRIA, Fernando (2013): *Veinte años después: Neoliberalismo con rostro humano*, Catalonia, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2014): *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, LOM, Santiago.

BERLIN, Isaiah (1969): *Four essays on liberty*, Oxford University Press, New York.

HAYEK, Friedrich (1989): “El Atavismo de la Justicia Social”, *Estudios Públicos*, N° 36.

MUÑOZ, Fernando (2014): “Morning-After Decisions: Legal Mobilization Against Emergency Contraception in Chile”, *Michigan Journal of Gender and Law*, Vol. 21.

RUIZ-TAGLE, Pablo & Renato CRISTI (2003): *La República en Chile: teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, LOM, Santiago.



# PROPUESTA PARA UNA CLÁUSULA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Tomás Vial Solar

## Introducción

El reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación (“diferencias arbitrarias” en nuestro lenguaje constitucional) está previsto en una serie de normas en el actual texto constitucional, partiendo por el art. 1° hasta la prohibición de discriminación arbitraria del art. 19 N° 22. Sin embargo, la cláusula central en esta materia es el actual art. 19 N° 2. Un proceso de redacción de una nueva Constitución debería revisar la coherencia y pertinencia de estas diversas cláusulas, a la luz de la práctica constitucional nacional, las normas de tratados internacionales ratificados por Chile y el avance del conocimiento del derecho constitucional chileno y comparado. El propósito de este trabajo es más específico, pues en él se proponen criterios para determinar cómo debiera ser construida una nueva cláusula de igualdad y no discriminación que reemplace al actual art. 19 N° 2, y una vez sugeridos, avanzar a una propuesta de redacción del mismo (nuevo) precepto.

## 1. Algunas cuestiones preliminares

Si se quisiera redactar una nueva cláusula constitucional de igualdad y no discriminación creemos que sería necesario considerar, a lo menos, las siguientes preguntas:

- a. ¿Es necesario modificar la cláusula vigente de igualdad ante la ley?
- b. ¿Cuál es el entendimiento actual del derecho a la igualdad y a la no discriminación en nuestro derecho constitucional?
- c. ¿Cuál es el entendimiento actual de la igualdad y la no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos?
- d. ¿Cuál será el estatus de las normas de Derechos Humanos (DD.HH.) pertinentes?
- e. ¿Qué tipo de igualdad se va a asegurar?
- f. ¿Qué tipos o categorías de no discriminación se deben reconocer?

- 
- g. ¿Se incluyen las llamadas “categorías prohibidas”?
  - h. ¿Se incluyen las “medidas especiales temporales”?
  - i. ¿Qué se debe mantener del lenguaje de la norma actual?

A continuación desarrollaremos, muy sucintamente, cada una de estas cuestiones.

**a. ¿Es necesario modificar la cláusula vigente de igualdad ante la ley?**

Una primera pregunta que se debe enfrentar si se quiere iniciar un proceso de revisión constitucional es si acaso es necesario modificar una determinada cláusula. En el caso del art.19 N° 2, ella es el resultado de nuestra evolución constitucional y el aporte más sustantivo del actual texto la introducción de la prohibición de diferencias arbitrarias. Pero, si se observa la práctica constitucional y se coloca en perspectiva con el avance del derecho a la igualdad y a la no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos, cosa que se apreciará en el transcurso de este trabajo, es claro que la norma vigente no da cuenta cabal del entendimiento contemporáneo de la igualdad y la no discriminación, tanto en Chile como en la comunidad internacional, ni de las exigencias que la normativa de derechos humanos impone al Estado de Chile.

Hasta ahora las limitaciones de la actual redacción han sido suplidas por la interpretación constitucional, la jurisprudencia y la acción del legislador. Esta distancia entre el texto vigente y los aspectos antes mencionados avala que la norma sea puesta al día, a fin de que, en el texto constitucional, la norma central sobre igualdad corresponda a una concepción más completa y contemporánea.

**b. ¿Cuál es el entendimiento actual del derecho a la igualdad y a la no discriminación en nuestro derecho constitucional?**

Respecto al texto constitucional del art. 19 N° 2, la doctrina ha entendido que se refiere a la igualdad en el contenido de las normas y a la aplicación de estas de una forma igualitaria.<sup>1</sup> Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>2</sup> ha entendido la igualdad como relativa (tratar igual a lo igual y distinto a lo distinto) y como igualdad en la ley, y las diferencias arbitrarias como aquellas distinciones que no pasen el test de la razonabilidad, lo que implica analizar si sirven a un fin lícito, y si son necesarias y proporcionales. La jurisprudencia de los tribunales ordinarios, en particular la de la Corte Suprema, es similar en su entendimiento de lo que constituye igualdad y no discriminación, como lo señala Cea,<sup>3</sup> y la mayor parte de la doctrina

---

1 CEA (2004) p. 129; FIGUEROA (2000) pp. 42-43.

2 CORREA (2011) p. 102 y ss.

3 CEA (2011) pp. 139-140.

constitucional chilena comparte este entendimiento.<sup>4</sup> Por su parte, el legislador chileno es también consistente con esta comprensión, como se aprecia en la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, la que en su art. 2° define discriminación arbitraria como:

toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

**c. ¿Cuál es el entendimiento actual de la igualdad y la no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos?**

El punto de partida para responder esta pregunta es el texto de los tratados y de cómo estos han sido interpretados por sus respectivos órganos de cumplimiento, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) o los comités de tratados, como el Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DES).

Sobre el estatus del principio de igualdad, la Corte IDH ha señalado, ya desde su Opinión Consultiva 18/03, que considera que este tiene el de *jus cogens*, es decir el de una obligación internacional que se impone a los Estados en forma independiente de su voluntad.<sup>5</sup>

Según Dina Shelton los términos igualdad, igual protección, no discriminación y sin distinción, serían sinónimos<sup>6</sup> y los órganos de la O.N.U. poseerían un enfoque común sobre qué significa discriminación<sup>7</sup> dado por la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos (1989), que se cita a continuación:

El Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en

4 Véase, por ejemplo, CEA (2012) p. 132; VIVANCO (2006) p. 306; FERNÁNDEZ (2004) pp. 45-46, 207-209.

5 Corte IDH, Opinión Consultiva 18, § 100 y 101.

6 SHELTON (2008) p. 19.

7 *Ibid.*, p. 26.

---

el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

Según Shelton, y a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho, en los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos se eliminó el término “arbitrario” porque la mayoría de los delegados estimó que discriminación se referiría *per se* a distinciones dañinas o injustas.<sup>8</sup>

Tanto la normativa internacional como la interpretación de esos órganos han precisado el contenido de la igualdad y la no discriminación, señalando que respecto a esta última se debe distinguir entre discriminación formal y sustantiva,<sup>9</sup> y directa e indirecta,<sup>10</sup> términos que precisaremos más adelante. Otro tipo de discriminación que se ha conceptualizado es la llamada discriminación sistémica o estructural, que ocurre, señala Claudio Nash, en las “situaciones que enfrentan determinados sectores de la población que, por complejas prácticas sociales, culturales e institucionales, no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hacen el resto de la sociedad”.<sup>11</sup> La Corte IDH así lo señaló en el caso de *Campos Algodoneros*<sup>12</sup> y también el Comité DES, en su Observación General 20. A esta breve síntesis se deben adicionar otros aspectos que se mencionarán más adelante en este trabajo, pero ya las referencias hechas muestran que hay importantes aspectos de la igualdad y la no discriminación contemplados en el derecho internacional de los derechos humanos que no han sido recogidos por nuestra normativa constitucional o por la práctica constitucional.

#### **d. ¿Cuál será el estatus de las normas de derechos humanos pertinentes?**

En el caso de redactarse una nueva Constitución, una cuestión central a dilucidar respecto de las fuentes de los derechos fundamentales será el estatus de los derechos contenidos en tratados internacionales de derechos humanos. Ese estatus define en gran medida el contenido de los derechos constitucionales. Este ha sido

---

8 SHELTON (2008) p. 26.

9 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20. Estos términos están también contenidos en la reciente Convención Interamericana contra toda forma de discriminación, en su art. 1, que no ha sido firmada por Chile hasta la fecha.

10 *Ibid.*

11 NASH (2009) p. 173.

12 González y otros (*Campos Algodoneros*) v. México (2009), § 450.

un punto contencioso en nuestra doctrina constitucional<sup>13</sup> y objeto de contradictorias resoluciones en el Tribunal Constitucional, pues si bien este ha declarado expresamente que los tratados, incluyendo los de derechos humanos, están sujetos a la supremacía constitucional,<sup>14</sup> los ha empleado como parámetros para analizar la constitucionalidad de la aplicación de un precepto legal en recursos de inaplicabilidad,<sup>15</sup> con lo cual, en la práctica, los está constitucionalizando. La jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>16</sup>, a su vez, en casos de violaciones de derechos humanos bajo la dictadura militar, contradice lo resuelto por el Tribunal Constitucional sobre ese estatus, al otorgarle a esos tratados rango constitucional.

Este trabajo parte asumiendo (como un hecho, independiente de su valoración) que en una futura nueva Constitución ese estatus será el de normas constitucionales, como ha sucedido por lo demás en varios de los recientes procesos constitucionales en América Latina, como son los casos de Argentina (1994),<sup>17</sup> Bolivia (2009)<sup>18</sup> y Ecuador (2008).<sup>19</sup>

De ser así, en el caso de la cláusula de igualdad y no discriminación se podría preguntar qué objeto tiene una nueva redacción de una cláusula constitucional si acaso ya tenemos incorporadas en la Constitución las cláusulas de derechos de los tratados de DD.HH. Se podría argumentar, plausiblemente, que basta entonces con aquellas. Podemos ofrecer, por ahora, dos argumentos para el cambio: uno de carácter simbólico/político y otro de certeza jurídica. De carácter simbólico/político porque la nueva Constitución debiera representar una decisión de la soberanía popular que exprese una deliberación nacional que aquilate las consecuencias y exigencias que los derechos fundamentales involucran y no solo la incorporación *in toto*, en forma automática, del derecho internacional de los DD.HH. De certeza jurídica porque es necesario ajustar la actual cláusula del art. 19 N° 2 al contenido de los DD.HH. aun en forma independiente del estatus de estos, a fin de evitar, al menos, contradicciones con

13 Véase CUMPLIDO (2003), p. 370; VERDUGO (1994) p. 123; CEA (2004) p. 225; SILVA (1997) p. 126-130.

14 Véase sentencias sobre Corte Penal Internacional, Rol N° 346-2002, del 08 de abril del 2002, considerandos 72 a 74.

15 Véase sentencias Tribunal Constitucional Rol N° 834-2007, del 13 de mayo de 2008, considerando 9°; Rol N° 1340-2009, del 29 de septiembre de 2009, considerandos 9° y 10°.

16 Véase AGUILAR, (2009); HENRÍQUEZ (2008) y (2010).

17 Constitución Argentina, art. 75, número 22.

18 Art.13. IV Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

19 Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.



---

aquellos e interpretaciones que hagan que se omita parte de su contenido por no estar reconocidos en la cláusula nacional.

#### **e. ¿Qué tipo de igualdad se va a asegurar?**

Como se apreció antes, nuestra doctrina y práctica constitucional reconocen la igualdad en el contenido de las normas y en la aplicación de ellas. Es indudable que es necesario mantener esta comprensión, pero haciéndola más explícita. Así, se podría pensar en la fórmula que emplean los diversos tratados, como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en sus art. 2º y 26, y la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus arts. 1º y 24 que además incluyen la igual protección de la ley como parte de la cláusula de igualdad. De este modo, como futura norma constitucional se aseguraría la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Un segundo aspecto de la igualdad es si esta es puramente formal, material o sustantiva. Nuestro Derecho hasta ahora, cuando reconoce que tratar a alguien como igual implica reconocer aquellas diferencias o distinciones necesarias, está implicando que la ley debe diferenciar cuando las circunstancias fácticas o jurídicas así lo exigen. A su vez, las normas de DD.HH. insisten en el que el Estado asegure el goce efectivo de los derechos,<sup>20</sup> de lo que se puede deducir que la igualdad en este aspecto debe ser efectiva y no puramente formal.

De esta forma, la redacción anterior propuesta podría ahora señalar que se aseguraría la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio *efectivo* de los derechos.

#### **f. ¿Qué tipos o categorías de no discriminación se deben reconocer?**

Nuestro derecho constitucional no ha empleado la palabra discriminación en un sentido negativo o antijurídico, pues lo que se prohíbe son las diferencias arbitrarias (art.19 N° 2 inciso 2) o las discriminaciones arbitrarias (Ley N° 20.609), siendo entonces un término neutral. Sin embargo, este uso del término está en contradicción a como se entiende en el derecho internacional de los derechos humanos o, incluso, en el lenguaje común en Chile, donde hoy la palabra discriminación posee una connotación negativa. Incluso el legislador la empleará en ese sentido, al titular la Ley N° 20.609 como Ley que Establece Medidas contra la Discriminación. A fin de ajustar nuestra terminología a esos usos y evitar con ello contradicciones e incoherencias, en un nuevo texto constitucional parece conveniente asumir el término “discriminación” a secas, sin

---

<sup>20</sup> Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1º.

adjetivo, como conducta prohibida.

Junto con ello, como se señaló antes, se entiende tanto en la doctrina como en el derecho internacional de los derechos humanos, que las discriminaciones pueden ser directas (por objeto) o indirectas (por resultado). Como dice Claudio Nash, “se ha estimado que la discriminación indirecta tiene lugar cuando una norma o medida, en apariencia neutral, produce un efecto perjudicial que impacta de manera exclusiva sobre personas que forman parte de un grupo determinado, sin que dicha medida pueda justificarse de manera objetiva y razonable”.<sup>21</sup> El Comité DES, en su Observación General N° 20, ha entregado una definición de ambos términos:

a) Hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable (por ejemplo, en el caso de una embarazada).

b) La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas.

Estos términos sin duda amplían el entendimiento de la igualdad y no discriminación, y además permiten detectar cuando grupos o personas que aparentemente no están siendo discriminados sí lo están por normas o políticas aparentemente neutras.

Por ello estimamos que una cláusula constitucional futura debería prohibir la discriminación que tenga por objeto o resultado afectar el goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución (y por lo indicado antes, eso implicaría además los derechos contenidos en tratados internacionales).

#### **g. ¿Se deben incluir las llamadas “categorías prohibidas”?**

Una de las notorias diferencias entre nuestras cláusulas constitucionales y las contempladas en tratados de DD.HH. e incluso en la Ley N° 20.609, es la ausencia de

<sup>21</sup> NASH (2009) p. 172.

---

clases prohibidas de discriminación. Tal como señala Anne Bayefsky, en el derecho internacional se considera que el emplear ciertas distinciones en base a algunas categorías, tales como raza o sexo, son *prima facie* injustas y, por consiguiente, exigen al Estado una especial y fuerte argumentación si quiere establecerlas.<sup>22</sup> Según Claudio Nash, el mayor consenso respecto a tipos de categorías prohibidas se produce en torno a la mujer y la raza, pero señala que “hasta la fecha no existe completa claridad en torno a si las categorías sospechosas son todas las mencionadas en las cláusulas que prohíben la discriminación o solo algunas de ellas, surgiendo entonces un problema, al tener que determinar cuando estamos ante ellas y cuando debe aplicarse un criterio estricto”.<sup>23</sup>

En esta materia, en principio, las opciones parecen ser tres. Una, es mantener la norma constitucional tal como está ahora, es decir, sin incluir ninguna categoría de discriminación, dejando al legislador precisarlas, como lo hizo con la Ley N° 20.609. Esta es también la opción de las constituciones de Argentina (art. 16), Uruguay (art. 8°) y Costa Rica (art. 33), que no consideran ninguna categoría prohibida en sus cláusulas de igualdad y no discriminación. Una segunda opción es la de incluir algunas categorías, como lo hacen varias constituciones en América Latina, tales como la de Colombia (art. 13), Perú (art. 2°), México (art. 1°) y Venezuela (art. 21). La tercera, es incorporar un largo y comprensivo listado de términos prohibidos, como lo hacen los tratados de derechos humanos, siendo su versión más actualizada la recientemente aprobada Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, no firmada por Chile hasta el momento, la que en su art. 1°, señala que:

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Esta última fórmula es la adoptada por constituciones más recientes, como la de Ecuador (art. 11) y la de Bolivia (art. 14).

El mérito de cada una de estas opciones es relativo. La no incorporación de categorías tiene la virtud de hacer más simple la cláusula constitucional y de dejar en plena libertad al legislador de ir incorporando nuevas categorías, tal como lo hizo al introducir en la Ley N° 20.609 los términos de orientación sexual e identidad de

---

22 BAYEFISKY (2005) p. 19.

23 NASH (2009) p. 171.

género. Pero, al mismo tiempo, pierde la fuerza normativa y simbólica que tiene el señalar directamente categorías prohibidas. La opción de introducir un listado más breve gana en este último aspecto, pero posee el problema no menor de decidir cuáles categorías tienen carácter constitucional y cuáles no, lo que sugiere inmediatamente que habría discriminaciones de primera clase (aquellas prohibidas en la Constitución) y de segunda (las que no lo están). La dificultad de efectuar eso de una manera acorde a algún principio se ve muy difícil. Por eso, en caso de optarse por incluir categorías, la tendencia parece ser el incorporar el listado más amplio posible. Este el caso de la reciente Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. La tercera alternativa, la inclusión de un listado comprensivo, posee el peligro de banalización de las categorías y, con ello, el debilitamiento de la prohibición de discriminación.

Una fórmula intermedia podría ser señalar que se prohíbe la discriminación, en especial cuando ella se funde en alguno de los motivos contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes. Con ello se evitaría la enumeración y se estaría dando la señal de que en esos casos “en especial” la prohibición es más fuerte y que, por lo tanto, la carga argumentativa de quien la efectúa es mayor.

#### **h. ¿Se incluyen las llamadas “medidas especiales temporales”?**

Cuando se enfrentan situaciones de discriminación estructural se ha visto la necesidad de implementar por parte de los Estados medidas proactivas destinadas a remediar esas situaciones. Como señala Christopher MacCruden,<sup>24</sup> en el derecho comparado estas acciones han tenido diversas denominaciones, tales como acciones afirmativas, acciones positivas o discriminación positiva. En el lenguaje del derecho internacional estas acciones se denominan acciones especiales temporales y están expresamente contempladas, por ejemplo, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1° N°4, y en la Convención para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, art. 4° N°1. La razón de su explícita incorporación es que, si así no fuera, se podría estimar que ellas están infringiendo el principio de desigualdad. Por eso la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial dispone, en su art. 1° N°4 que:

Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de

24 MACCRUDEN (2012) p. 1.

---

derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

Hasta la fecha nuestro derecho constitucional no ha reconocido las medidas especiales temporales, con la excepción expresa de la sentencia Rol N° 410, del 14 de junio de 2004, en la cual se validó la cuota del 15% de alumnos que presenten condiciones de vulnerabilidad socioeconómica que imponía la Ley N° 19.979, que modificaba la ley de subvenciones escolares a los establecimientos subvencionados. Dado que se puede asumir que en Chile existen grupos en condiciones de discriminación estructural, que es aquella que justifica las medidas especiales temporales, tales como las mujeres y los pueblos originarios, y que las normas de tratados firmados por Chile ya las contemplan en forma expresa, se podría considerar que la cláusula de igualdad y no discriminación expresamente autorice al Estado establecerlas, por medio de la ley.

#### **i. ¿Qué se debe mantener del lenguaje de la norma actual?**

Previamente hemos dado razones a favor de reemplazar parte de la actual redacción y básicamente agregar nuevos aspectos no contemplados, que la perfeccionan. Pero la norma vigente hoy contiene otras disposiciones, como las frases: “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”. ¿Tiene sentido mantenerlas? Desde un punto de vista estrictamente normativo no parece haber razones fuertes para ello. En el caso de la prohibición de personas o grupos privilegiados, que proviene ya desde la Constitución de 1833,<sup>25</sup> no es sino una manifestación del principio de igualdad y no discriminación. Respecto a la frase siguiente, ella ha sido mantenida en las constituciones chilenas<sup>26</sup> desde la abolición, en 1823, de la esclavitud, siendo evidente que ese estado es una gravísima contravención de los valores de igualdad y libertad que aseguran nuestro derecho constitucional. Por ello, al igual que en el caso anterior, no posee una necesaria función normativa. Sin embargo, ambas frases poseen un valor simbólico que conectaría un nuevo texto (o el actual) con el inicio de la República, que se fundó en el rechazo a una sociedad estamentaria y a la práctica universal de la esclavitud existente al momento de la independencia. Por esa razón hay un motivo para conservarlas.

La igualdad entre hombres y mujeres, agregada en el año 1999, más bien parece un acto de contrición que una disposición útil, pues es claro que el principio de la igualdad se asegura, entre otros aspectos, respecto a hombres y mujeres. Como antes se ha abogado por no incluir alguna categoría sospechosa en el nuevo texto, sino que hacer una referencia general a las consideradas en los tratados internacionales, parece más coherente no incluirla en el nuevo texto.

---

<sup>25</sup> Aunque en ese texto el término era “clase privilegiada”, lo que fue luego modificado en la Comisión Ortúzar por la actual redacción.

<sup>26</sup> Al menos en las Constituciones de 1828, art. 11; 1833, art. 132; 1925, art. 10, N° 1.

## 2. Una nueva cláusula constitucional de igualdad y no discriminación

En base a las consideraciones anteriores se puede ofrecer la siguiente redacción de una nueva cláusula constitucional de igualdad y no discriminación para una nueva Constitución:

La igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio efectivo de los derechos.

En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre.

Se prohíbe la discriminación que tenga por objeto o resultado afectar el goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes, en especial cuando ella se funde en alguno de los motivos contemplados en esos tratados. La ley podrá autorizar las medidas especiales destinadas a asegurar el goce efectivo de los derechos.

Esta redacción pretende hacer más consistente nuestro derecho constitucional con el sistema de derechos humanos, a lo que Chile se ha comprometido, y también con la propia práctica constitucional chilena presente. Sin perjuicio de ello, toda cláusula de igualdad y no discriminación debe también ser armonizada con el resto de la Constitución, por lo que, sin duda un nuevo texto final deberá ser revisado en caso de iniciarse un proceso de redacción de una nueva Constitución.

### Bibliografía

AGUILAR, Gonzalo (2009): “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, N°1.

BAYESFSKY, Anne (2005): “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, *18 Ensayos de Justicia Transicional, Estrado de Derecho y Democracias*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.

CORREA, Jorge (2011): “Jurisprudencia del TC en Materia de Igualdad Ante la Ley ¿Saliendo de la Pura Tautología?”, *Anuario de Derecho Público 2011*, Universidad Diego Portales, Santiago.

CUMPLIDO, Francisco (2003): “La reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia, *Ius et Praxis*, año 9, N° 1.

---

FERNÁNDEZ, Miguel (2004): *Principio de Constitucional de Igualdad ante la Ley*, LexisNexis, Santiago.

FIGUEROA, Rodolfo (2010): “Igualdad y Discriminación”, *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 10, Universidad Diego Portales, Santiago.

HENRÍQUEZ, Miriam (2010): “Análisis Jurisprudencial de la Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos en Recursos de Protección (1989-2010)”, *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 2.

\_\_\_\_\_ (2008): “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2.

MCCRUDDEN, Christopher (2012): “A Comparative Taxonomy of Positive Action and Affirmative Action Policies”, *Reine Schulze, Non-Discrimination in European Private Law* (Mohr Siebeck, Tübingen). Law Research Paper N° 12-04. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2089374>>

NASH, Claudio & David VALESKA, (2009): “Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Claudio Nash y Ignacio Mujica (Eds.), *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas, Organización Interamericana Universitaria.

NOGUEIRA, Humberto (2013): “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y derechos esenciales contenidos en Tratados Internacionales, después de la Reforma Constitucional de 2005”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2.

RÍOS, Lautaro (1997): “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Ius et Praxis*, año 2, N° 2.

SAENGER, Fernando (1993): “Consideraciones para estimar que los Tratados en Materia de Derechos Humanos no forman parte de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 2-3.

SHELTON, Dinah (2008): “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.

VIVANCO, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

VERDUGO, Mario, Emilio PFEFFER & Humberto NOGUEIRA (1994): *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

### **Jurisprudencia**

Corte Interamericana de Derechos Humanos: González y otros (Campos Algodoneros) vs. México, 16 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica de Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003.

Tribunal Constitucional, Rol N° 346, 08 de abril del 2002.

Tribunal Constitucional, Rol N° 834, 13 de mayo de 2008.

Tribunal Constitucional, Rol N° 1340, 29 de septiembre de 2009.





## COMENTARIO

Constanza Salgado Muñoz

Llama la atención que Juan Pablo Mañalich y Fernando Muñoz coincidan en lo siguiente: cuando se trata de pensar qué derechos hemos de consagrar en la nueva Constitución, no proponen una lista de derechos sino que resaltan la importancia de ciertas prácticas.

¿Cuáles son los derechos que si el pueblo de Chile pudiera darse a sí mismo tendría que consagrar como fundamentales? se pregunta Juan Pablo Mañalich, para luego señalar que

[...] en lo concerniente a la significación que ello pudiera tener a propósito de la dialéctica entre libertad e igualdad, mi respuesta sería la siguiente: *no importa demasiado cuáles sean esos derechos, ni cómo se encuentren específicamente consagrados*; lo que importa, más bien, es que la práctica política que haya de desplegarse a partir de las nuevas bases constitucionales impida la privatización del espacio de legitimidad que la consagración de esos derechos tendría que establecer.

Por su parte Fernando Muñoz señala que

[...] si fuera cierto que lo que la Constitución diga da más o menos lo mismo, entonces *cobra importancia lo que los hablantes digan sobre ella; lo que los intérpretes constitucionales entiendan que la Constitución dice*. En dichas circunstancias, no podemos permitirnos el lujo de pasar del escepticismo al nihilismo y de ahí a la inactividad, pues ello significa que sencillamente le estaremos dando a otro la posibilidad de decir qué dice la Constitución. [...] *el punto es que debemos cuestionar las doctrinas constitucionales que durante las últimas tres décadas han prevalecido* como parte de un proceso de reparación de las heridas y fracturas producidas en nuestra historia por el golpe de Estado y la refundación neoliberal que le siguió. *Dichas doctrinas constitucionales continúan, a través de las herramientas de la interpretación jurídica, el proceso de destrucción de lo público iniciado el mismo 11 de septiembre de 1973. En consecuencia, una labor irremplazable de la teoría constitucional comprometida con los valores públicos de la igualdad, la libertad y la fraternidad es perforar el velo retórico y la legitimación que dichas doctrinas constitucionales le ofrecen a una concepción egoísta de la naturaleza humana.*

---

Ambos tienen razón. Por eso, para comentar a estos autores, me gustaría partir enunciando ciertas nociones sobre la interpretación de conceptos constitucionales.

### **La Constitución y su interpretación**

Como correctamente señala Fernando Muñoz, no es necesario responder a la pregunta de si la Constitución es o no un texto en el que todo puede ser leído. Al igual que él, creo imprescindible negarse a adoptar una postura escéptica. Este rechazo al escepticismo no se funda en consideraciones epistemológicas, sino más bien es la condición de posibilidad de nuestras prácticas como prácticas con sentido y no puramente manipulativas.

Lo que se necesita es actuar en la arena política y en la dogmática constitucional proveyendo la mejor interpretación posible de los conceptos consagrados en la Constitución. Toda Constitución necesita una práctica interpretativa que dé luces sobre qué significan sus conceptos en determinados contextos. La Constitución actual ha estado por casi treinta y cuatro años protegida por una interpretación de carácter neoliberal y conservador que ha devenido hegemónica. La Constitución dice lo que la interpretación dominante señala que dice; y quienes no estamos de acuerdo, decepcionados, hemos terminado renunciando a la posibilidad de ver otra cosa en la Constitución que no sea neoliberalismo.

Protegida por dichas interpretaciones, el texto de la Constitución ha sido útil para defender muchas instituciones heredadas de la dictadura frente a eventuales cambios legislativos. Los políticos prontamente entendieron lo ventajosa que era para respaldar sus posiciones políticas. Convenientemente también comenzaron a acercarse a los constitucionalistas, tratándolos como “expertos” o “técnicos” que, de manera neutral, iban a zanjar lo que permitía o no la Constitución.

Eso es, no obstante, un error. El problema radica en haber aceptado dichas interpretaciones, en no haberlas impugnado con más fuerza, proponiendo nuevas interpretaciones a la luz del texto vigente. Que la Constitución haya nacido en dictadura no significa que neoliberales y conservadores puedan apropiarse de su lenguaje. De hecho, llama la atención que muy pocas veces la interpretación hegemónica se sujeta al texto constitucional, al tenor literal de las disposiciones que se interpretan. Cuando les conviene, los intérpretes recurren al originalismo en su peor versión: las actas de la Comisión Ortúzar;<sup>1</sup> cuando no les conviene, recurren a interpretaciones finalistas,

---

1 DWORKIN (1986), p. 57, donde discute sobre las teorías interpretativas originalistas y señala que “La pregunta importante para la teoría constitucional no es si la intención de quienes hicieron la Constitución debiera contar, sino qué *debe contar como dicha intención*” (subrayado agregado, traducción mía).

que como se sabe “reclaman que para interpretar un texto como el constitucional lo que debe ser determinante es la realización de la finalidad constitucional, y que cuando dicha finalidad no se realice en las reglas respectivas, esas reglas deben ser reformuladas por la vía interpretativa para que la finalidad sea cumplida”.<sup>2</sup> Usualmente desapegados del texto constitucional,<sup>3</sup> los constitucionalistas han utilizado sus interpretaciones para resguardar instituciones y oponerse a cambios.

Al respecto hay varios ejemplos. Uno de estos es el proyecto que terminaría en el Plan de Acceso Universal de Garantías Explícitas, la ley AUGE. En un inicio consagraba la creación de un “fondo de compensación solidario” que establecía un conjunto de subsidios cruzados en función de riesgos que, de esta forma, integraba de manera limitada y restringida el sistema público con el privado. La consecuencia era que parte de las cotizaciones de quienes contrataban una Institución de Salud Previsional (ISAPRE) tendrían que destinarse a este fondo común. Esta idea, no llegó muy lejos dado el rechazo rotundo de algunos senadores de derecha. En relación a este punto, los parlamentarios representantes de la oposición al Gobierno de la época señalaron que, “desviar parte de la cotización a la formación del Fondo de Compensación Solidario puede adolecer también de inconstitucionalidad, en la medida en que se priva a los cotizantes de una parte de la cotización que les pertenece”,<sup>4</sup> y amenazaron con requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. El argumento ofrecido por los parlamentarios encontraba su sustento en la doctrina del profesor José Luis Cea, quien señala que

[...] procede precisar que las cotizaciones ceden a favor exclusivo del beneficiario y de sus familiares legalmente reconocidos. Consecuentemente *afirmamos que el 7% de cotización obligatoria impuesto por la ley es patrimonio del cotizante respectivo*, estando destinado a contribuir al financiamiento de las acciones de salud para él y sus familiares. *Se trata, por consiguiente y sin duda, de un bien cuyo dominio o propiedad pertenece al cotizante*”.<sup>5</sup>

Los argumentos que llevaron al rechazo de este fondo muestran la instrumentalización de la interpretación de la Constitución, la cual se ha usado para

2 ATRIA (2013), p. 23.

3 Con excepción quizá de la disposición que regula el derecho de propiedad (aunque también se ha utilizado para sustentar una fuerte doctrina de la irretroactividad de actos administrativos e incluso de leyes, sobre la base de derechos adquiridos).

4 Historia de la N° 19.966, p. 472. En base a esa razón, el senador Alberto Espina señaló que: “En vista de las dudas sobre la constitucionalidad que pesan sobre los artículos del proyecto que regulan el Fondo de Compensación Solidario y la Prima Universal, anuncié que se abstendría en la votación de los mismos y que parlamentarios de su sector recurrirán al Tribunal Constitucional para que dilucide estos puntos”.

5 CEA (2004), p. 312.

---

oponerse a un sistema que iba en la línea de un seguro social. Porque si se observa, el inciso final del art. 19 N° 9 solo señala, de forma lapidaria, que para garantizar la ejecución de las acciones de salud, la ley “podrá establecer cotizaciones obligatorias”, sin señalar que deben entenderse como propiedad del cotizante (que es lo que los intérpretes agregan).

Lo mismo sucedió unos años después cuando se tramitó la reforma educacional que terminaría en la Ley General de Educación (En adelante, LEGE), paradigma del gatopardismo. En efecto, la movilización estudiantil de 2006 demandó acabar con la educación como bien de consumo y una de sus demandas principales fue el fin al lucro. Por esto, el proyecto de ley de reforma a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (En adelante, LOCE) enviado en 2007 introducía una norma cuyo objeto era eliminar el lucro, en la medida que, como decía el mensaje, “...la educación es un bien público, en caso alguno puede ser un negocio [...]. *Es por esta naturaleza social del derecho a la educación que se entiende como ajeno a esta actividad la obtención del lucro...*”. En atención a estas razones, el art. 44 del proyecto original habilitaba al Ministerio de Educación para reconocer oficialmente solo a los establecimientos educacionales que se organizaran como entidades sin fines de lucro, es decir, como corporaciones o fundaciones. Pero la propuesta del proyecto de eliminar el lucro encontró fuertes resistencias. La libertad de enseñanza fue (mal) utilizada para proteger la libertad de los establecimientos educacionales de lucrar con la provisión de sus servicios. El constitucionalista Arturo Fermandois, sustentando el rechazo de la derecha al proyecto, señaló en su tramitación que “imponer a los establecimientos educativos del país una determinada estructura jurídica para obtener reconocimiento estatal atenta contra la libertad de enseñanza, en cuanto priva al sostenedor de la facultad constitucionalmente reconocida para dotarse de la organización técnica y económica que estime más conveniente”.<sup>6</sup>

Los ejemplos anteriores muestran que, de alguna forma, los intérpretes se han apropiado de la Constitución con sus interpretaciones. Yo diría que la Constitución actual no es del todo problemática en cuanto a la consagración de derechos. El problema ha sido la interpretación constitucional dominante, los quórums contramayoritarios y un Tribunal Constitucional en las sombras. El término “en las sombras” sirve para resaltar cómo es que el Tribunal Constitucional muchas veces opera antes: no es necesario que decida, basta con la amenaza de que el asunto bajo polémica será presentado ante él.

No digo esto para celebrar nuestra Constitución, sino para advertir que toda nueva Constitución debe ir acompañada de una práctica interpretativa que la desarrolle

---

6 Historia de la Ley N° 20.370, p. 240.

en alguna dirección, porque el lenguaje de la Constitución es uno que contiene conceptos con el que posiciones políticas antagónicas pueden identificarse, o al menos, en palabras de Muñoz, contenidos que son “tan tenues que ellos puedan ser aceptados por prácticamente todo integrante de una sociedad ‘moderna’ como la nuestra”.

Ahora bien, los conceptos constitucionales, en especial los conceptos sobre derechos fundamentales son conceptos políticos, es decir, conceptos que se desarrollan en el tiempo. Esto lleva a la pregunta de cómo se desarrollan.

### **Sobre la democracia y el concepto de pueblo**

Juan Pablo Mañalich señala, correctamente, que lo prioritario, antes de confeccionar una lista de los derechos que vamos a reconocer, es entender el sentido de Constitución y democracia, y la idea de pueblo que subyace a ambos conceptos. Mañalich se sirve de Ferdinand Lasalle para responder la pregunta sobre qué es una Constitución en sentido no jurídico-formal y toma de ahí su término central: la Constitución es la “ley fundamental”. En sentido positivo es el fundamento del ordenamiento jurídico; en sentido negativo como ley no fundamentada, radicalmente contingente, que surge del resultado del ejercicio del poder constituyente que ostenta un pueblo que *preexiste a la propia Constitución que de él emana*.

El término “ley fundamental” para referirse a lo que tanto Lasalle como Mañalich describen como Constitución no es el mejor, en la medida en que hace referencia a la idea de ley y con eso a un cuerpo normativo adjudicable jurisdiccionalmente. Es mejor utilizar el término schmittiano de “decisión fundamental”,<sup>7</sup> que por lo demás es más adecuado para denotar el sentido de la Constitución como *fundamento*. ¿Cómo el fundamento y lo fundamentado van a tener la misma naturaleza?

Mi única objeción a lo que Mañalich plantea es que él entiende que el pueblo preexiste a la Constitución. Mañalich señala que “es crucial advertir que, desde el punto de vista de la tradición democrática, *no es posible sostener que la Constitución del Estado constituya al pueblo como tal*. Pues democráticamente, la Constitución necesita ser interpretada como una decisión del pueblo”. Mañalich niega en esta frase la paradoja del constitucionalismo: que pueblo y Constitución son co-originarios porque, ¿cómo puede existir un cuerpo colectivo con voluntad y agencia para darse una Constitución si es que no hay reglas que le permitan actuar o determinar cuándo ha actuado? Como ha señalado Atria, “no hay pueblo sin Constitución, porque antes de darse una Constitución la suma de individuos no constituye un ‘pueblo’ (un agente político); es una multitud, lo que Hobbes llamaba *crowd* y que hoy llamaríamos ‘la gente’”.<sup>8</sup>

7 SCHMITT (1992).

8 ATRIA (2013), p. 38.

---

De hecho, Juan Pablo Mañalich, en alguna medida, impugna su propia tesis cuando señala que “la única manera por la cual la realización de la voluntad popular puede superar su déficit de organicidad en tanto factor de poder consiste en su institucionalización”. Mañalich debe reconocer que si bien en sus términos puede *existir* una *entidad* (un “sujeto político”) con anterioridad a la Constitución, esta no puede actuar políticamente, porque no tiene agencia (no es “agente político”). Él reconoce que antes de la Constitución el pueblo es “mero *sujeto* político ‘inorgánico’ que por sí mismo pasa a erigirse como *el* agente político constitucionalmente ‘organizado’”. Por eso, no se entiende la razón por la que sostiene una tesis tan fuerte, si luego plantea que, antes de la Constitución, el pueblo es “mero *sujeto* político ‘inorgánico’”.

Mañalich tiene razón, a mi juicio, al enunciar la siguiente frase: “la Constitución *necesita ser interpretada* como una decisión del pueblo”. Es precisamente eso lo que se ve afirmado con la idea de que pueblo y Constitución son co-origenarios: la Constitución es una decisión del pueblo, pero de un pueblo que aparece como agente político precisamente cuando nace una Constitución y no antes.

Más adelante, Juan Pablo Mañalich afirma que “en una democracia, hablar políticamente consiste en entablar una pretensión de hablar a nombre del pueblo” y para esto “es esencial que se encuentre descartada toda invocación no *representacionalmente mediada* del pueblo como unidad a cuyo nombre se habla”. Esta idea, de que la democracia es eminentemente representacional<sup>9</sup> y, por ende, el concepto de pueblo es representacional también, exige a Mañalich negar la idea de que el pueblo preexiste a la Constitución. Porque si el pueblo existe antes de las reglas que lo institucionalizan (o al menos que le permiten manifestarse en el mundo), como señalara Carl Schmitt<sup>10</sup>, su identidad se determina en términos *naturalistas*. Por eso, consistentemente, para Schmitt *toda forma de mediación (entre el pueblo y su voluntad), como lo es paradigmáticamente la representación democrática, nos aleja de identificar correctamente la voluntad del pueblo.*

---

9 LACLAU (2007). En el capítulo 6 de dicho libro (pp. 297-216) Laclau hace una brillante explicación sobre la relación entre representación y democracia. En estos términos, la representación no es un mal menor, frente a la imposibilidad de la democracia directa en comunidades grandes como las nuestras. Por el contrario, la representación es inherente a la democracia. Como señala Laclau: “La función del representante no es simplemente transmitir la voluntad de aquellos a quienes representa, sino dar credibilidad a esa voluntad en un *milieu* diferente de aquel en el que esta última fuera originalmente constituida. Esa voluntad es siempre la voluntad de un grupo sectorial, y el representante debe demostrar que es compatible con el interés de la comunidad como un todo. Está en la naturaleza de la representación el hecho de que el representante no sea un mero agente pasivo, sino que deba añadir algo al interés que representa. Este agregado, a su vez, se refleja en la identidad de los representados, que se modifica como resultado del proceso mismo de representación. Así, la representación constituye un proceso en dos sentidos: un movimiento desde el representado hacia el representante, y un movimiento correlativo del representante hacia el representado”. BÖCKENFÖRDE (2000) en el capítulo denominado “Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia” explica la necesidad de la representación para la existencia de la democracia: “Toda democracia se encuentra abocada a este proceso de mediación, ya que no es realizable como democracia directa o de la identidad”.

10 SCHMITT (1992).

De esta forma, hacemos bien en rechazar la idea naturalista de pueblo que tiene Schmitt: a diferencia de lo que creía Schmitt, no hay un pueblo que preexista a la Constitución, es decir, no hay un concepto pre-institucional de pueblo, en sentido relevante al menos, es decir, pueblo como agente político.

Más allá de esa objeción estoy de acuerdo con el concepto sustantivo de democracia que da Juan Pablo Mañalich: la democracia más que forma de gobierno es la forma de lo político, la gramática de lo político; la democracia es un operador de cuantificación universal, en la terminología de Alain Badiou que Mañalich utiliza, es “la puesta de lo particular bajo la ley de la universalidad de la voluntad política”.

Además, me gustaría rescatar la importancia de otra dimensión de la democracia. La democracia es importante porque permite que la emancipación no siga una lógica desigualitaria de maestro y alumno, “donde las élites cultivadas deben guiar al pueblo ignorante y supersticioso en los caminos del progreso”.<sup>11</sup> De esta forma, al igual que la democracia “representacional” muestra que no hay nada previo que deba ser representado, lo contrario tampoco es el caso: *no hay nada que los gobernantes deban enseñar al pueblo*.

La democracia posibilita que sea el pueblo mismo el que aprende qué va en su interés y qué va en interés todos. Es el pueblo mismo el que aprende de sí y de su actuar en el mundo, que se auto-comprende en la medida en que se despliega.

Ahora bien ¿qué puede decirse sobre los conceptos políticos como igualdad y libertad? ¿Hemos aprendido algo de su desarrollo histórico?

### **La dialéctica entre libertad, igualdad y fraternidad**

Fernando Muñoz no solo hace referencia a la relación recíproca de los conceptos de libertad e igualdad sino que también a la triada revolucionaria, libertad, igualdad,

11 En esta parte utilizo un bellissimo texto de Ranciere que se titula “Comunistas sin comunismo” (RANCIERE, 2010). La idea de Ranciere en este texto es mostrar que la emancipación del pueblo no se logra a través de la típica lógica maestro-alumno. En este sentido hay que evitar entender el aprendizaje del pueblo, que lo debiera llevar poco a poco a la emancipación, como gobernado por la lógica pedagógica tradicional donde el maestro parte de la situación de ignorancia —por tanto de desigualdad— del alumno para guiarlo, paso a paso, por el camino del conocimiento que es también el de la igualdad por venir. Según Ranciere, ello es precisamente el verdadero medio de perpetuar la desigualdad en el nombre mismo de la igualdad. Como señala este autor, “a esta lógica desigualitaria, el pensamiento de la emancipación opone un principio igualitario definido por dos axiomas: primero, la igualdad no es un fin a esperar, es un punto de partida, una presuposición que abre el campo de una posible verificación; segundo, la inteligencia es una. No hay inteligencia del maestro e inteligencia del alumno, la inteligencia del legislador y la del artesano, etc. Hay una inteligencia que no corresponde a ninguna posición en el orden social, que pertenece a cualquiera en tanto que inteligencia de cualquiera. Entonces, emancipación quiere decir: afirmación de esta inteligencia una y verificación del potencial de igualdad de las inteligencias”. Aplicado al pueblo, de lo que se trata es de que a través de la democracia este aprenda de sí mismo, poco a poco.



---

fraternidad, para mostrar que existe una relación dialéctica entre estos conceptos, en dos sentidos. Primero, cada uno implica la superación, en sentido hegeliano, del otro: la igualdad supera la libertad, la fraternidad supera la igualdad; segundo, desde el concepto que le sigue uno puede entender verdaderamente el sentido del concepto que le precede: que la libertad es vacía sin igualdad, que la igualdad se vuelve opresiva si es que solo gira sobre sí misma y no tiende hacia la fraternidad.

Esto significa, creo yo, que en nuestras circunstancias la igualdad es un concepto central en el análisis. La pregunta es cuál es la relación de la igualdad con la libertad y la relación de la igualdad con la fraternidad.

Respecto de la primera relación, la interpretación hegemónica que popularizara Isaiah Berlin, es la de la libertad como la ausencia de coacción no autorizada por el Estado, frente a una igualdad que en su dimensión distributiva sería antagónica: mientras más igualdad menos libertad.<sup>12</sup> De ahí la lucha por cuál de estos conceptos es el prioritario.<sup>13</sup> Sin embargo, si esos son los términos del juego, siempre perderá la igualdad frente a una libertad “como carta de triunfo”. Por eso se señala que el precio de libertad exige renunciar a la igualdad.

Esto, no obstante, es incorrecto. Libertad e igualdad no están en conflicto. Lo mismo que se denunciaba más arriba, que leemos la Constitución según la interpretación hegemónica, sucede con el concepto de libertad: el neoliberalismo se ha apropiado de ese concepto y lo ha entendido exclusivamente como libertad negativa. Lo importante, entonces, es cuestionar esa apropiación de la libertad, por la vía de darle un sentido que le permita conjugarla con la igualdad: *la libertad ha de ser igualmente distribuida entre todos para que siga siendo libertad y no privilegio*. Ahora bien, esto muestra que la libertad es un valor políticamente fundamental. Pero no en su sentido negativo, sino más bien porque solo en la medida en que somos libres podemos ser los autores de nuestras propias biografías, y no ser cuerpos a través de los cuales la vida es vivida. La libertad, en otras palabras, es condición necesaria para la autorealización.

Pero eso no implica negar la importancia de la igualdad. Aunque la igualdad no sea un fin en sí mismo, es crucial. La igualdad es el régimen de la libertad. La igualdad, su sentido, no tiene que ver estrictamente con distribución económica igual, sino con la posibilidad de que las oportunidades de desarrollo estén disponibles para todos. El riesgo siempre presente es que la igualdad se entienda como fin y se vuelva sobre sí misma, ignorando su sentido.

---

12 BERLIN (2001).

13 De hecho algo hay en la tradición de la filosofía política que se autodenomina liberal igualitarista, que aun intenta hacer malabares para explicar cómo el liberalismo puede incluir algunas dosis de igualdad en su seno. Mi impresión es que en esta tradición la igualdad siempre se presenta como antagónica a la libertad.

¿Significa esto que la igualdad es un valor meramente instrumental? No, porque no es solo una forma de distribución de la libertad sino también una forma de relación humana. Una forma de relación no opresiva. Es precisamente esta dimensión de la igualdad la que permite entender cuál es su vinculación con la fraternidad. Es esta forma de relación la que nos permite darnos cuenta que nuestra verdadera humanidad no es la presente. Pero esto significa entender que la fraternidad no es el punto de partida, esto es, no ha de entenderse como premisa, sino como eventual punto de llegada. En mi opinión, Muñoz se apresura demasiado al intentar vincularla a estándares de solidaridad.

La fraternidad es un valor que solo aparece viviendo relaciones de igualdad. Porque la fraternidad no se trata de solidaridad sino de entender que la realización de cada uno depende de la realización de los demás. Este cambio en la subjetividad humana es la apuesta, creo yo, de la triada revolucionaria: la subjetividad humana es política no prepolítica, es decir, puede transformarse viviendo con otros en relaciones de igualdad.

### **Una cláusula de igualdad**

A diferencia de Juan Pablo Mañalich y Fernando Muñoz, Tomás Vial pretende con su presentación entregarnos ciertos criterios que nos guíen a la hora de tomar decisiones sobre cómo debiéramos formular una cláusula de igualdad en una nueva Constitución.

Ciertamente, el derecho internacional de los derechos humanos nos provee de criterios importantes hoy en día. Sin embargo, la universalización de los derechos humanos inevitablemente le resta densidad a los deberes correlativos, los que por su parte redefinen el contenido de los derechos a los que se vinculan. Es por esto que para el derecho internacional, el principio de igualdad es exclusivamente un principio antidiscriminación o anticlasificación. Pero, como hemos visto, la igualdad como valor político o principio constitucional abarca mucho más. Eso, por supuesto, no quiere decir que no sea relevante el aspecto antidiscriminatorio, pero que debemos tener cuidado con terminar reduciendo la igualdad a la no-discriminación.

Para iluminar lo que estoy diciendo, puede ser útil observar la discusión estadounidense surgida a raíz del caso *Brown v. Board of Education* en 1954.<sup>14</sup> Efectivamente después de este caso se plantea la pregunta sobre si un distrito escolar podía emplear políticas de distribución basadas explícitamente en la raza, esta vez con el objeto de integrar estudiantes de raza negra y blanca (es decir, políticas de

<sup>14</sup> En esta parte tomo en consideración una exhaustiva e interesante explicación de Reva Siegel (SIEGEL, 2004) sobre cómo la jurisprudencia y doctrina constitucional norteamericana siguió discutiendo sobre el contenido del precedente de Brown. Siegel brinda en este texto una interesante propuesta sobre cuál es la regla que debe ser leída en dicho caso.

---

acción afirmativa). La respuesta ha sido positiva solo en algunas ocasiones para la Corte Suprema. Owen Fiss prontamente respaldó esta posición explicando por qué el principio de igualdad entendido como no discriminación encarna una concepción muy reducida de la igualdad, altamente individualista y limitada a evaluar una racionalidad de medios que, por tanto, debe ser reemplazada por una concepción que la entienda como no-subordinación, como una cláusula que protege de la subordinación de unos a otros.<sup>15</sup> La práctica norteamericana ha estado lejos de aceptar la propuesta de Fiss. Por el contrario, en muchas ocasiones ha hecho explícito que lo central del precedente Brown es la antidiscriminación y los daños característicos causados por la propia diferenciación intencional y abiertamente comunicada.

Lo que quiero mostrar con este ejemplo es que la cláusula de igualdad ha de formularse en términos que hagan suficientemente claro que no se reduce a un principio anticlasificación o antidiscriminación. Esto me lleva a la pregunta de Vial sobre qué tipo de igualdad se va a asegurar (formal o sustantiva). Tengo la impresión de que esa pregunta no debe plantearse como posible siquiera, menos en esos términos. La distinción igualdad formal - igualdad sustantiva se ha tendido a comprender así: solo la pretensión de igualdad formal puede ser contenida por el Derecho; la igualdad sustantiva sería solo una aspiración (bastante lejana) respecto de la cual, cualquier medio se mostraría como adecuado.

Por eso creo que más que una pregunta, corresponde explicar cuál es el sentido de la igualdad como valor político central en una comunidad democrática. Tomando lo dicho más arriba, una cláusula de igualdad debiera expresar no solo la prohibición de discriminación, sino también proveer de una cláusula que permita entender que se trata de la igual libertad de todos, la cual debe servir de fundamento para, desde ahí, transformar nuestras prácticas sociales y nuestras normas jurídicas.

¿Puede el Derecho realizar esta igualdad? Yo creo que sí. Pero eso requiere mirarlo de manera distinta a como lo hemos venido haciendo, diría yo, desde la llegada de la dictadura. Distinta, porque hoy en día se entiende que el Derecho ha de dejar que el mercado funcione, evitando intervenir en las decisiones de las personas que en ese contexto actúan: ese sería un espacio privado regido por el derecho privado y su principio de autonomía de la voluntad. Esa comprensión ha de ser superada. El Derecho a través de sus reglas y sus instituciones puede hacer posible la igual libertad de todos: una reforma educacional que prohíba la selección, el pago por educación, una protección de la salud que incluya a todos según sus necesidades, etc.

---

15 Fiss (1976).

Esto responde de por sí la pregunta sobre la necesidad de medidas afirmativas mientras se mantengan estructuras opresivas. Consagrarlas a nivel constitucional, de manera amplia (no reducida a mujeres e indígenas), parece importante como una forma de mostrar nuestro compromiso con la igualdad.

### **Bibliografía**

ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución Tramposa*, LOM, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2013): *Neoliberalismo con rostro humano*, Catalonia, Santiago.

BERLIN, Isaiah (2001): *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, Madrid.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (2000). *Estudios sobre Estado de Derecho y democracia*. Madrid, Trotta.

CEA, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II, Derechos, deberes y garantías, Ediciones UC, Santiago.

DWORKIN, Ronald (1986): *A matter of principle*, Clarendon Press, Oxford.

FISS, Owen (1976): “Groups and the equal protection clause”, *Philosophy and Public Affairs*, 5, 107.

LACLAU, Ernesto (2007): *Razón Populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

RANCIERE, Jacques (2010): *Momentos Políticos*, Capital Intelectual, Buenos Aires.

SCHMITT, Carl (1992): *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid.

SIEGEL, Reva (2004): “Equality talk: antisubordination and anticlassification values in constitutional struggles over Brown”, *Harvard Law Review*, N° 117.



## **V. NUEVOS DERECHOS**



# UNA CONCEPCIÓN DE LA CIUDADANÍA PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN. EL CASO DE LAS MUJERES INDÍGENAS\*

Luis Villavicencio Miranda

## Introducción

En lo que sigue me propongo indagar cómo dos factores —distintos entre sí, pero conectados— han puesto en tensión uno de los paradigmas del Estado de Derecho democrático tal como lo hemos concebido hasta ahora. Sostengo también que una nueva Constitución, junto con la práctica constitucional que genere, debería tenerlos en cuenta para efectos de construir un bloque de constitucionalidad<sup>1</sup> que asuma adecuadamente esa tensión, incluyendo también algunos nuevos derechos. Ese paradigma puesto en entredicho es la noción de ciudadanía común. Los dos factores que, por su parte, han hecho que tambalee son la diversidad cultural y el hecho, a estas alturas evidente, de que las constituciones, en general, carecen de neutralidad desde una perspectiva de género para regular aquellas cuestiones fundamentales relacionadas con la organización social y la vida política de quienes pertenecen a la comunidad política, mujeres y hombres.

Al problematizar esa propiedad característica de los sistemas jurídicos nacionales y vincularla con las tesis multiculturalistas<sup>2</sup> y una noción transversal del

\* El presente trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT N° 1150094, titulado: “Las mujeres indígenas como una minoría dentro de las minorías. Un caso difícil para la teoría y el derecho”.

1 Con la expresión *bloque de constitucionalidad* me refiero al entramado de reglas y principios que, sin establecerse perentoriamente de forma explícita en la Constitución, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes y estándares de protección de los derechos fundamentales, por cuanto han sido incorporados a través de la práctica constitucional o por mandato derivado de la propia Constitución (piénsese en la recepción de tratados internacionales vía artículo 5 de la Constitución). Tomo este concepto de la forma en que lo ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana a partir de 1995, que se basa a su vez en la doctrina del Consejo de Estado francés. *Cfr.* ARANGO (2004), pp. 79-102.

2 Obviamente el hecho de la diversidad cultural no es una novedad. Sin embargo, tres circunstancias hacen particularmente apremiante hacerse cargo de este desafío: a) la expansión de la concepción democrática del Estado ha permitido a las comunidades minoritarias reclamar igual derecho a participar en el autogobierno colectivo; b) el proceso de globalización económica y cultural ha pulverizado cualquier intento de asimilación a gran escala; y c) la ilusión del estado culturalmente homogéneo ha terminado por sucumbir. PAREKH (1999); KYMLICKA (2002), pp. 327-328; y TORBISCO (2006), pp. 1-9.



---

género,<sup>3</sup> espero dos cosas: primero, ayudar a clarificar el debate conceptual; y, segundo, develar —de modo preliminar— cómo dicha tensión genera problemas complejos a la hora de diseñar normativamente reglas y principios constitucionales que faciliten un autogobierno colectivo deliberativo y democráticamente vibrante.

Para cumplir estos objetivos, el trabajo se divide en cuatro partes. En la primera de ellas exploro la necesidad de dejar atrás la noción de ciudadanía liberal por ocuparse esta solo de las injusticias vinculadas con la posición en el sistema productivo, dejando de lado las iniquidades relacionadas con el estatus. En la segunda, intento precisar, en cuanto sea posible, el concepto de minoría y luego argumentar que las políticas de la diferencia no son incompatibles con las políticas redistributivas. En el tercer apartado ilustro la relación inevitable y compleja que hay entre el Derecho, la cultura y la posición de la mujer a través de los acuerdos reparatorios en casos de violencia contra mujeres mapuche, para conectar esa tensa relación con cuatro posturas teóricas (liberalismo igualitario, el no intervencionismo tolerante, el modelo de las jurisdicciones multiculturales y las propuestas deliberativas) que plantean modos diversos de tratar a las mujeres como una minoría al interior de las minorías. Luego, planteo que debemos adoptar una visión pluralista que asegure un catálogo de derechos básicos mínimos que garantice una deliberación auténtica en el marco de una regulación jurídica que permita la elección de la jurisdicción aplicable caso a caso. Finalmente, en la cuarta sección esbozo qué reglas y principios deberían ser recogidos en una nueva Constitución que sea consistente con la concepción defendida antes.

### **La necesidad de superar el estrecho ideal de ciudadanía liberal**

Tanto la teoría feminista —especialmente el feminismo de la igualdad—<sup>4</sup> y las diversas clases de multiculturalismos,<sup>5</sup> han sostenido que la concepción liberal de

---

3 Como sucede habitualmente con los conceptos fundamentales, la idea de género es controvertida, pero podemos en general señalar que se trata del “conjunto de creencias, rasgos personales, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que diferencian a hombres y mujeres a través de un proceso de construcción social que tiene varias características. En primer lugar, es un proceso histórico que se desarrolla a diferentes niveles tales como el estado, el mercado de trabajo, las escuelas, los medios de comunicación, la ley, la familia y a través de las relaciones interpersonales. En segundo lugar, este proceso supone la jerarquización de estos rasgos y actividades de tal modo que a los que se definen como masculinos se les atribuye mayor valor” BENERÍA (1987), p. 46. Como categoría analítica, el género presenta una serie de componentes: a) una *identidad subjetiva* que se refiere al proceso de identificación (tanto interno como externo al individuo) y atribución de los rasgos que se consideran masculinos y femeninos; b) los *símbolos culturales* que se asignan y se reconocen con lo masculino y femenino; c) las *normas sociales* que imponen la realización de ciertas conductas diferenciadas según los roles masculinos y femeninos, asociadas a sanciones de diversa índole; y d) El conjunto de *instituciones y organizaciones sociales* a través de las cuales se construyen y se fijan las relaciones de género, entre las más relevantes la familia, el mercado de trabajo, la educación, y la política. SÁNCHEZ (2002), p. 359.

4 SÁNCHEZ (2002).

5 KYMLICKA (2007), pp. 61-86; PAREKH (2002), pp. 133-150; DE LUCAS (2001), pp. 61-102; BANTING y KYMLICKA (2006), p. 9.

la ciudadanía estigmatiza a los grupos que no calzan en ella. Esta noción de ciudadanía se caracteriza por considerar a los individuos como la fuente última de la legitimidad política, concibiéndolos como titulares de ciertos derechos por su condición de agentes morales abstractamente iguales.<sup>6</sup>

Los derechos ideados para ese “ciudadano normal” no se acomodan a las necesidades de grupos diferenciados, pues demandan algo más que las tradicionales políticas redistributivas del Estado democrático de Derecho.<sup>7</sup> Esto se explica porque en los Estados modernos conviven dos tipos de jerarquías: la económica y la asociada al estatus. La posición que una persona ocupa en la jerarquía económica está determinada por su relación con el mercado y los medios de producción. La lucha contra las iniquidades inherentes a esta jerarquía generan las “políticas de redistribución”. La jerarquía del estatus se refleja en una historia de reglas discriminatorias contra grupos considerados de menor categoría, y su invisibilidad o carácter estereotipado. La lucha contra estas jerarquías generan las “políticas de reconocimiento o de la diferencia”.<sup>8</sup>

A pesar de que podamos distinguir las políticas de redistribución y reconocimiento para fines analíticos, lo cierto es que en el mundo real aparecen a menudo superpuestas. Con todo, la evidencia sugiere que la jerarquía del estatus no es reducible a la jerarquía económica. Como prueba de lo anterior, podemos señalar casos de grupos económicamente bien posicionados, pero culturalmente estigmatizados, como los homosexuales, ciertos inmigrantes y algunos grupos religiosos; y, a la inversa, casos de grupos que gozan de una posición privilegiada en la jerarquía del estatus, pero que se encontraban hasta hace poco en desventaja económica, como la clase trabajadora masculina en la mayoría de las democracias occidentales. No hay, entonces, una correlación simple entre ambas jerarquías. Esto explica por qué la estrategia de una ciudadanía común funcionó para la clase trabajadora masculina, pero no satisfizo a otros grupos, las mujeres sin ir más lejos, quienes necesitaban, además, un ataque a las jerarquías sustentadas en el estatus.<sup>9</sup>

En esa línea, el planteamiento de Young es especialmente relevante pues gira en torno a un nuevo concepto de opresión que “designa las desventajas e injusticias que sufre alguna gente no porque un poder tiránico la coaccione, sino por las prácticas cotidianas y estructurales de una bien intencionada sociedad liberal”. En particular, tratándose de las mujeres, la opresión consiste, en parte, en una transferencia sistemática y no recíproca de poderes a los hombres, que implica más que una desigualdad de estatus, poder y riqueza resultante de la práctica cultural por la cual los hombres han excluido a las mujeres de las actividades privilegiadas, ya que esa desigualdad es posible

6 SONG (2007), p. 68; DELANTY (2010); JACKSON (2005); MODOOD (2007); y ZÚÑIGA (2009) (2010).

7 KYMLICKA (2002), pp. 327-376.

8 FRASER (2000); DELANTY (2010), p. 59; y MODOOD (2007), pp. 68-70.

9 KYMLICKA (2002), pp. 327-376.

---

precisamente *porque las mujeres trabajan para ellos*. De este modo, la explotación de género se inicia con la transferencia a los hombres de los frutos del trabajo material y de las energías sexuales, y con la crianza de las mujeres, lo que no se modificará a menos que lo haga la estructura social y cultural.<sup>10</sup>

Como bien plantea Deveaux,<sup>11</sup> la noción de ciudadanía democrática liberal se encuentra en una mala posición para intentar armonizar las diferencias sociales y culturales de los ciudadanos. Según la autora, la concepción liberal se ha llevado la peor parte de los efectos de este nuevo debate pues es incapaz de tratar a las mujeres, y a los miembros de minorías étnicas y culturales, como iguales. El grueso de estas críticas deriva de la desafección liberal hacia las particularidades sociales y culturales, y su insuficiencia conceptual para asegurar la justicia para ciertos grupos.<sup>12</sup> Ante lo anterior, Deveaux ubica a los teóricos liberales en una encrucijada: continuar afirmando los derechos individuales y un modelo de justicia ciego a las diferencias culturales, o bien reconocer la relevancia política de ciertas demandas de reconocimiento, buscando formas de satisfacer los reclamos de inclusión y autonomía. Cualquiera de los caminos elegidos presenta retos a la teoría liberal, a la forma en que hemos comprendido el Estado de Derecho y, consecuentemente, a las reglas y principios que consideramos deben ser incorporados a la Carta Fundamental o al bloque de constitucionalidad.

En la actualidad, ese desafío es mayor pues la disputa parece haber cambiado de foco centrándose en las diferencias al interior de los grupos minoritarios y en cómo ellas afectan el estatus de sus demandas. Lo anterior debido a una comprensión más compleja y dinámica de la identidad cultural por parte de los filósofos políticos,<sup>13</sup> siendo a la vez entendidas las prácticas y los acuerdos culturales como espacios donde se llevan a cabo la impugnación de los mismos.<sup>14</sup> Este amplio reconocimiento de los desacuerdos y conflictos que se suscitan dentro de los grupos culturales minoritarios requiere enfatizar el estudio del tratamiento que se les da a los miembros más vulnerables de tales comunidades, es decir, a las minorías internas o minorías dentro de las minorías que deben hacer frente, como sucede en todo grupo humano, a quienes monopolizan el poder hegemónico y el control de las mismas.<sup>15</sup> En este contexto surge como trascendental el examen de las demandas de grupos culturales, sobre todo tratándose de aquellas comunidades que adhieren a prácticas que refuerzan tradiciones que son no liberales y que, a la luz de las normas del Estado democrático constitucional en las que esos grupos están inevitablemente insertos, son discriminatorias.<sup>16</sup>

---

10 YOUNG (2000), pp. 89-93.

11 DEVEAUX (2000), pp. 16-26 y (2006) pp. 54-88.

12 Véase VILLAVICENCIO (2007), (2009), (2010a) y (2010b).

13 DEVEAUX (2006), pp. 1-22.

14 BENHABIB (2002), p. 4; y PAREKH (2006), pp. 336-338.

15 Cfr. GREEN (1994), pp. 256-272 y EISENBERG & SPINNER-HALEV (2005).

16 VILLAVICENCIO (2014).

## Diferentes clases de minorías, diversos derechos y su compatibilidad con el Estado democrático de Derecho

Dos de las dificultades a las que nos enfrentamos quienes planteamos la necesidad de transitar a una noción de ciudadanía diferenciada es determinar, por una parte, qué minorías y, por ende, qué diferencias cuentan; y, por otra, persuadir a los incrédulos de que una revisión del ideal de ciudadanía común para todos no supondrá distraernos de los fines tradicionalmente asociados al Estado democrático de Derecho, especialmente la búsqueda de la justicia social.

Veamos lo primero. La idea de minoría es compleja y resbaladiza. Una posible definición sería considerar a las minorías como aquellos colectivos sociales que padecen una situación de grave subordinación por sus particulares identidades comunitarias. Lo que caracterizaría, entonces, a una minoría es su posición precaria, no el número de integrantes. Ello explicaría por qué las mujeres pueden ser comprendidas como un grupo minoritario o, en una sociedad donde hubiera *apartheid*, una amplia mayoría social negra puede ser catalogada como una minoría frente a una élite de blancos dominantes. Por supuesto, esta definición es lo suficientemente abstracta y flexible como para que calcen en ella toda clases de minorías. Por esa misma razón, no hemos avanzado mucho y requerimos hilar más fino distinguiendo clases de minorías.

Siguiendo una clasificación más o menos estándar, podemos identificar cuatro grandes tipos de minorías. En primer lugar, estarían las minorías nacionales, es decir, aquellas naciones históricas fuertemente definidas por una identidad y lengua común, casi siempre circunscritas a un espacio territorial determinado y sometidas a un Estado dominante.<sup>17</sup> En segundo lugar, deberíamos contar a las minorías de emigrantes, o sea, aquellos colectivos que, compelidos por alguna necesidad, se trasladan más o menos masivamente a otro Estado exponiéndose a políticas asimilacionistas, consciente o inconscientemente impuestas por ese Estado. En tercer lugar, identificaríamos las minorías culturales, esto es, aquellos grupos que sin ser minorías nacionales ni de migrantes, padecerían alguna clase de opresión en razón de uno o más rasgos distintivos comunes; siendo ejemplos muy claros las minorías sexuales y las mujeres. Finalmente, en cuarto lugar, hallaríamos a las minorías sociales comprendidas como grupos de ciudadanas y ciudadanos que sufren graves carencias en el disfrute de sus derechos fundamentales como es el caso de los pobres, discapacitados, presos, etc.<sup>18</sup>

Esta tipología de las minorías debería dar lugar, dependiendo de cada caso,

17 A su vez, las minorías nacionales pueden ser clasificadas en naciones cívicas (aquellas que son producto de la voluntad y a libertad de sus componentes, por ejemplo, el Québec) o étnicas (aquellas derivadas de tradiciones más inamovibles y rígidas como sería el caso del pueblo mapuche o rapa nui). Véase KEATING (2001), p. 1-28.

18 Cfr. AÑÓN (2001), pp. 217-233; y SORIANO (2002), pp. 33-35.

---

a diferentes categorías de derechos propios. Así, los derechos más característicos de las minorías nacionales son los de autonomía política que irían, de menor a mayor intensidad, desde los derechos de representación especial, hasta el derecho a un sistema jurídico propio total o parcial y el derecho al autogobierno. A su turno, los derechos de las minorías emigradas y de las minorías culturales se traducen en una serie de derechos a la diferenciación cultural (festividades, educación, vestimenta, prácticas religiosas, lengua, etc.), pero también derechos a lo no discriminación por referencia al grupo dominante (ello es particularmente claro en el caso de las minorías sexuales y de las mujeres). Las minorías sociales, a su vez, reclaman derechos de prestación que les permitan acceder a una más equitativa distribución de recursos. Ahora bien, lo interesante —y complicado también— es que suele suceder que un grupo minoritario puede pertenecer, al mismo tiempo, a más de una categoría de minorías. Piénsese en las mujeres mapuche que son, al mismo tiempo, una minoría nacional o étnica (dependiendo del lugar en que se encuentren), una minoría sexual y, en todos los casos, una minoría social.

Despejada la primera duda, concentrémonos en el hecho de que algunos creen que una preocupación por los derechos de las minorías genera una fuerte amenaza a las políticas de redistribución que caracterizan al Estado democrático de Derecho.<sup>19</sup> Esa es, por ejemplo, la posición de Barry<sup>20</sup> quien piensa que la mejor forma de lidiar con las iniquidades es sustraer al Estado de los problemas que genera la diversidad, “privatizando la diferencia”. En la medida en que el Estado se mantenga neutral, podrán florecer libremente los distintos modos de vida que quepan dentro del marco garantista establecido por los principios liberales y las fuerzas políticas podrán orientarse a la resolución de los problemas “verdaderamente importantes”, esto es, los que dicen relación con la redistribución de recursos escasos. Una vez resueltos estos, las demandas de reconocimiento serán mínimas, pues las personas estarán en condiciones de autogestionar su propio modo de vida y desarrollarse en él, sin vulnerar derechos fundamentales. Creo que Barry se equivoca, no solo porque, como ya se dijo, no todos los problemas pueden reconducirse a la redistribución de los recursos, sino porque el liberalismo igualitario de hecho se transforma en una forma de opresión si lo comprendemos de ese modo.

Como plantea Shapiro, la meta de todo gobierno debe ser limitar la posibilidad de dominación, minimizando su interferencia en la consecución de los fines de las personas.<sup>21</sup> El modelo de Barry hace todo lo contrario, pues fortalece el poder de las

---

19 Hemos defendido, en otra parte, que las políticas de la diferencia no son incompatibles con las políticas de redistribución, véase SELAMÉ & VILLAVICENCIO (2011).

20 BARRY (2002), p. 66.

21 SHAPIRO (2002), p. 179.

mayorías sobre las minorías y respalda las atribuciones del Estado sobre la vida de las personas al establecer un único ideal de vida buena al que los demás deben adecuarse. En palabras de Parekh, este modelo busca que se cumpla el rol homogeneizante del Estado moderno, esperando que todos los ciudadanos se definan del mismo modo y se relacionen de igual manera entre sí y el Estado. El problema es que en una sociedad multiétnica y multinacional esa política puede generar inestabilidad o secesión y convertirse en un instrumento de injusticia y opresión.<sup>22</sup>

Examinemos, ahora, nuestro problema desde otra visión. Cuestionémonos si acaso las políticas multiculturalistas producen efectos negativos respecto de las políticas de redistribución. Para el liberalismo igualitario, la respuesta es obvia: puesto que cree que la política es un juego de suma cero, cualquier asunto que pase a formar parte activa de la agenda pública distraerá los esfuerzos que debieran destinarse a la redistribución. Pienso, sin embargo, que además de no existir fundamento empírico para tal afirmación respecto de las políticas de reconocimiento,<sup>23</sup> es necesario previamente cuestionar el planteamiento mismo de la pregunta. ¿Tiene sentido oponer dos presupuestos tan importantes para la justicia como la redistribución de los recursos escasos y el reconocimiento de las diferencias? ¿Puede, en todo caso, disociarse uno de otro? Pareciera que el asunto es más complejo de lo que ha planteado Barry. El que la redistribución sea necesaria, no la hace suficiente. De modo que, en vez de plantear el tema en términos excluyentes, lo que debería hacerse es redefinir el debate sobre la justicia para lograr una teoría que integre tanto el reconocimiento como la redistribución.

Siguiendo a Kymlicka & Banting, el debate acerca del impacto que tienen las políticas multiculturalistas puede, en realidad, ser separado en dos distintos.<sup>24</sup> Por una parte, hay quienes temen que la diversidad etnolingüística o racial por sí misma debilite el Estado de bienestar, al dificultar la generación de sentimientos de confianza y solidaridad entre los grupos. Y, por la otra, hay quienes creen que la adopción de políticas multiculturalistas para reconocer y acomodar grupos étnicos genera dinámicas políticas que inadvertidamente minan el Estado de bienestar de las democracias occidentales. Ambos cuestionamientos suelen presentarse conectados y lo común es que quienes sostienen una de las hipótesis también suscriben la otra, a pesar de que no existan fundamentos empíricos ni teóricos para ello. Veamos por qué se incurre en ese error.

En primer lugar, nos encontraríamos con el efecto de desplazamiento o exclusión

22 PAREKH (2006), p. 16.

23 Para un profundo desarrollo del tema, desde un punto de vista teórico y empírico, véase KYMLICKA & BANTING (2006).

24 KYMLICKA & BANTING (2006), p. 49.

---

(*crowding-out effect*). Según la mayoría de los críticos liberales del multiculturalismo, incluyendo a Barry, las políticas de la diferencia hacen que se distraigan el dinero, la fuerza, el tiempo y los demás recursos que debieran destinarse a la redistribución, hacia las prácticas destinadas a fomentar el reconocimiento. Sin embargo, la afirmación de que el multiculturalismo quita fuerzas al Estado de bienestar se fundamenta en la creencia — gratuita— de que existiría una masa de gente dispuesta a actuar en defensa de este, pero que se ve distraída por el multiculturalismo. En los hechos esto no es efectivo y basta para ello con mirar al ciudadano medio. Si la gente ha dejado de participar activamente o ha disminuido su actuación en pos de la redistribución, es mayoritariamente porque el Estado de bienestar mismo se encuentra en crisis. La pasividad de la izquierda no tiene que ver con el multiculturalismo, sino con sus propios fracasos. En este sentido, las políticas multiculturalistas tienden a significar más un avance en el agenciamiento político-ciudadano que un retroceso y permiten que las personas puedan volver a participar en política sintiendo que es posible hacer una diferencia. Desde este punto de vista, “el real desafío es que la gente se involucre en política [...]. Una vez que se encuentran involucrados, y tienen este sentido de eficiencia política, estarán abiertos a apoyar otras demandas progresistas también”.<sup>25</sup>

En segundo lugar, podemos identificar el supuesto efecto corrosivo (*corroding effect*) del multiculturalismo conforme al cual se sugiere que las políticas multiculturalistas debilitan la redistribución, erosionando la confianza y solidaridad entre los ciudadanos. Según este punto de vista, el error del multiculturalismo está en realzar lo que diferencia a las personas en vez de lo que las hace iguales. De este modo, la gente que históricamente apoyaba el Estado de bienestar, pues sentía que ayudaba a “alguien como él mismo”, con una identidad común y un mismo sentido de pertenencia, deja de hacerlo, pues considera que ahora se trata de un “otro extraño”. Frente a esta afirmación, Kymlicka & Banting insisten en que los críticos del multiculturalismo asumen que con anterioridad a la implementación de las políticas multiculturalistas existían altos niveles de solidaridad y confianza interétnica, y se olvidan que la historia de Occidente está marcada por políticas asimilacionistas y de exclusión, precisamente porque no existía dicha confianza y solidaridad: “Los grupos dominantes se sentían asustados frente a las minorías, y/o superiores a ellos, y/o simplemente indiferentes respecto de su bienestar, así que intentaban asimilarlas, excluirlas, explotarlas o quitarles su poder. Esto, a su turno, llevó a las minorías a desconfiar del grupo dominante”.<sup>26</sup> De este modo, podemos ver que las políticas multiculturalistas no son la causa original de la desconfianza, sino medidas que se toman a consecuencia de ella.

---

25 KYMLICKA & BANTING (2006), p. 16. En este mismo libro los autores exploran con detalle ejemplos empíricos que prueban esta afirmación. Véase KYMLICKA & BANTING (2006), p. 8 y pp. 97-104.

26 KYMLICKA & BANTING (2006), p. 17.



Por último, los autores se refieren a una tercera línea de pensamiento que sugiere que el multiculturalismo produce un diagnóstico equivocado respecto de los problemas sociales (*misdiagnosis effect*). Consideran, como lo hace Barry, por ejemplo, que esta corriente “culturiza” los problemas, esto es, que encuentra en la base de toda desventaja la falta de reconocimiento cultural, en circunstancias que la cultura no es ni la pregunta ni la respuesta al tema en cuestión. Los críticos señalan que, de este modo, las medidas que se toman no generan beneficios para los desaventajados o lo hacen en una medida muy baja, pues se pierden de vista o se malentienden las causas reales de los problemas. Al centrarse únicamente en las diferencias étnicas y culturales, se dejan de lado los problemas comunes. Lo principal de esta crítica no apunta simplemente a los recursos que se distraen (como en el efecto de desplazamiento o exclusión), sino a la distorsión en la comprensión de las causas de las iniquidades. Me parece que esta crítica tendría pleno sentido si el multiculturalismo efectivamente tomara como única causa de los problemas la falta de reconocimiento cultural de las minorías. Pero eso es un error: el multiculturalismo no ignora otras causas ni minimiza su importancia, sino que simplemente agrega al debate público otra fuente de desigualdades. Kymlicka & Banting señalan una posible razón por la cual podría pensarse que considerar la cultura como raíz de injusticias anula otros factores como la clase y el género: si las personas tuvieran un sentido de justicia limitado, entonces, al dar relevancia a un determinado tipo de injusticia, necesariamente deberían desestimar otro. Pienso, por el contrario, que el sentido de justicia puede irse desarrollando y que las personas pueden incrementar su sensibilidad frente a diversas circunstancias, a medida que toman conocimiento de ellas.<sup>27</sup>

### **Poniendo a prueba la teoría: el caso de las mujeres mapuche. Cuatros modelos para desarmar**

La conexión entre la cultura<sup>28</sup> y la agencia individual no es puesta en duda hoy,<sup>29</sup> ni siquiera por el liberalismo (Kymlicka, 1996: 57-76, 152-164; 2003: 29-98; 2007).<sup>30</sup> Lo problemático es cómo articular esa conexión de modo tal que pueda superarse la

27 KYMLICKA & BANTING (2006), p. 20. Como nos recuerda PAREKH, “no es difícil imaginar una sociedad en la cual las desigualdades económicas y otras sean reducidas drásticamente o incluso eliminadas, pero que tengan una visión degradante de mujeres, minorías étnicas, culturales y religiosas, homosexuales y otros. Después de todo, la igualdad económica no genera por sí misma respeto por la diversidad”. PAREKH (2006), p. 366.

28 La idea de “cultura” subyacente se articula en torno a 4 puntos: a) la idea del proceso de lo cotidiano, PHILLIPS (2007b), pp. 15-29; b) el choque cultural como una distribución desigual del poder; c) el proceso de significación es de los agentes, no de la cultura, DHAMON (2007), pp. 30-49; y d) las culturas ejercen potestades normativas, SHACHAR (2001), p. 2.

29 VILLAVICENCIO (2010a), (2012) y SQUELLA, VILLAVICENCIO & ZÚÑIGA (2012), pp. 222-262.

30 Cfr. VILLAVICENCIO (2013). Para una revisión crítica de la tesis de que el agente moral es anterior a sus fines puede verse VILLAVICENCIO (2007). El comunitarismo v.gr. WALZER (1993), p. 19 y el feminismo v.gr. FRAZER & LACEY (1993), pp. 53-77 son las dos corrientes que más nítidamente le han reprochado al liberalismo su falsa abstracción.



---

dicotomía entre un universalismo sustitutivo y excluyente<sup>31</sup> y un relativismo cultural de carácter esencialista que es la excusa fácil, en muchas sociedades, para justificar todo tipo de vulneraciones de los derechos más básicos de las minorías. Y para ejemplificar el modo en que podría redefinirse la concepción de ciudadanía para hacerse cargo del desafío planteado, me quiero concentrar en una minoría concreta: las mujeres indígenas. ¿Por qué? En primer lugar porque, como ya adelanté, las mujeres indígenas son (o pueden ser), al mismo tiempo, una minoría en los cuatro sentidos apuntados. En segundo lugar, cuantitativamente, estamos, qué duda cabe, ante una minoría muy relevante. Y, en tercer lugar, el caso es especialmente significativo pues ilustra muy bien el desafío que supone repensar la forma que permita incluir adecuadamente a una minoría en el *demos*, superando el déficit del modelo liberal de ciudadanía no-diferenciada, pero blindando a la minoría de la violencia que sufre en sus comunidades de pertenencia por razones culturales, potencial o efectivamente opresoras.

Pongamos a prueba, entonces, el modo en el que un Estado democrático de Derecho debe reaccionar adecuadamente para superar las diferentes fuentes de opresión que sufre una minoría transversal como es el caso de las mujeres mapuche. Chile, al ratificar, el año 2009, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), asumió la obligación de asegurar el acceso a la justicia a las personas que pertenecen a un pueblo originario, pero considerando su propio Derecho. Durante 2012, el *Committee on the Elimination of Discrimination against Women* (CEDAW) recomendó a Chile robustecer el sistema judicial para asegurar que las mujeres, “en particular las de grupos desfavorecidos, como las mujeres indígenas, tengan acceso efectivo a la justicia”.<sup>32</sup> Esta recomendación es una muestra de la tirantez conceptual que recorre el Convenio 169, pues si bien en el art. 8° N°1 establece que al “aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres”, consagra acto seguido, como límite al derecho de conservar costumbres e instituciones propias, la circunstancia de que “éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.<sup>33</sup> Expresión concreta de esa tensión en materia penal es la necesidad de compatibilizar el deber de las autoridades y los tribunales de tener en cuenta las costumbres de los pueblos

---

31 BENHABIB (2006), pp. 171-201.

32 CEDAW (2012). *Cfr.* NASH, LAGOS & NUÑEZ *et al.* (2013). Sobre el Convenio N° 169 en general deben verse CONTESSE (2012).

33 A primera vista, parece clara la filiación multiculturalista liberal del Convenio N° 169 y, en ese sentido, se le pueden imputar, en buena medida, las críticas que se han hecho a la propuesta conceptual de KYMLICKA de los *derechos de acomodo*. Véase VILLAVICENCIO (2012). El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos emitió, en relación con el art. 3 del Pacto, la Observación General N° 28 (2000) sobre igualdad entre hombres y mujeres que sigue igual principio: la cultura no debe ser un pretexto válido para vulnerar el derecho de la mujer a la igualdad ante la ley.

originarios (art. 9° N° 2) y el coto vedado de los derechos fundamentales.

Según las cifras del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), entre noviembre de los años 2011 y 2012, en la Región de La Araucanía se resolvieron diecisiete casos de violencia contra la mujer mediante una disculpa del agresor, según dicta una posible interpretación de la costumbre mapuche.<sup>34</sup> En general, se trata de casos en que la víctima y el agresor son de etnia mapuche y la defensoría penal invoca —con la oposición de la Fiscalía— las formas propias que tendría ese pueblo para resolver los conflictos de violencia intrafamiliar por medio de un “acuerdo reparatorio” que supone disculpas públicas ante las autoridades correspondientes de la etnia. El límite aplicado parece ser el siguiente: aceptar los acuerdos reparatorios solo si se trata de mujeres que no han sufrido violencia reiterada ni grave.<sup>35</sup> ¿Es razonable la solución impulsada por la defensoría penal pública? ¿Se cumplen los límites del Convenio 169 y los demás tratados internacionales sobre derechos humanos?<sup>36</sup> El desafío estriba, precisamente, en dar un paso adelante y proponer un mecanismo de conciliación entre la vigencia de los derechos de las mujeres, como minoría al interior de las mismas minorías, que contribuya a superar las soluciones binarias que aparecen en el horizonte. En esa línea, es impostergable avanzar hacia un discurso feminista que, sin negar la importancia de la cultura, reconozca las condiciones de subordinación de las mujeres dentro de esta; que avance en la reivindicación de los derechos básicos de las mujeres e identifique cuáles son las circunstancias de su contexto particular que impactan en la exclusión. La clave es no dar cabida, *ex ante*, a los prejuicios de una cultura por sobre otra para argumentar sin más la subordinación de todas las mujeres.<sup>37</sup>

Análiticamente, podemos identificar las siguientes respuestas conceptuales al dilema presentado:

a) La *liberal igualitaria*, representada por autoras como Friedman<sup>38</sup> y Hay.<sup>39</sup> Friedman pretende resolver la tensión entre las pretensiones normativas de los grupos minoritarios y la igualdad de género, apelando a una reinterpretación del ideal liberal de la legitimidad política basada en el consentimiento. Su tesis reposa en la siguiente máxima: ninguna práctica a través de la cual una persona puede vulnerar los derechos

34 Al respecto véase: <[http://www.mapuche.info/index/lumaco/docs/docs/novedades/wps\\_pdf/fakta/onu080519.html?kat=1&sida=4073](http://www.mapuche.info/index/lumaco/docs/docs/novedades/wps_pdf/fakta/onu080519.html?kat=1&sida=4073)>.

35 Véase BRAVO (2013). Excelentes análisis, desde una dogmática penal interculturalmente sensible, pueden verse en VILLEGAS (2012), (2014); PALMA & SANDRINI (2014) y COUSO (2013). Es relevante apuntar que el art. 19 de la Ley de violencia intrafamiliar prohíbe los acuerdos reparatorios.

36 Desde la perspectiva del derecho internacional, el mejor análisis disponible de los casos aquí presentados es el trabajo de NASH, LAGOS & NÚÑEZ *et al.* (2013), pp. 41-64.

37 SANDOVAL & UNDURRAGA (2012), p. 32.

38 FRIEDMAN (2003), pp. 179-204.

39 HAY (2013).

---

de los demás es legítima, a menos que todo miembro del grupo que deba vivir bajo ella consienta.<sup>40</sup> La autora distingue dos clases de autonomía, una de contenido neutral y otra sustantiva, siendo suficiente para satisfacer la exigencia del consentimiento la primera. Una autonomía sustantiva depende del contenido de lo que es elegido, requiriendo que estos contenidos sean consistentes con el valor de la autonomía. El contenido neutral de la autonomía, en cambio, requiere únicamente que la decisión sea adoptada en condiciones autónomas. Por tanto, se puede elegir autónomamente una opción de vida que no permita vivir de una forma sustantivamente autónoma. Friedman concluye que el consentimiento otorgado por mujeres miembros de minorías culturales acerca de prácticas que parecen violar sus derechos provee, según parece, un grado significativo de justificación para las prácticas en cuestión. Así, el respeto a la autonomía de contenido neutro de mujeres que participan en prácticas que afectan negativamente su autonomía sustantiva, le da a la sociedad una buena razón para tolerar que tal práctica continúe. Esto significa en la práctica que las sociedades liberales, en atención a cualquier situación en que las mujeres puedan elegir formas de vida que violan sus derechos, deben prestar atención a materias como la existencia de alternativas genuinas; si están sujetas a coerción o manipulación; si dentro del contexto de su cultura se encuentran capacitadas para desarrollar su autonomía; y si condiciones de extrema pobreza, falta de educación o abuso socavan tal capacidad. Friedman cree que haciendo esas distinciones es posible superar la crítica formulada a las feministas liberales de querer imponer sus valores a las culturas no-occidentales.

Hay, por su parte, a través de una reinterpretación del ideal kantiano del autorespeto, busca revitalizar el potencial radical del liberalismo para superar la opresión entendida como el perjuicio injusto que sufre una persona en cuanto miembro de un grupo y siempre que dicho perjuicio sea parte de una red estructural y sistemática de instituciones sociales.<sup>41</sup> La idea central es que si la opresión perjudica nuestra naturaleza racional (entendida en términos kantianos), y si el valor de la naturaleza racional es lo que fundamenta la obligación de resistir a la opresión, entonces una persona, cuya naturaleza racional ha sido perjudicada por la opresión, estará obligada en algún momento a resistirla.<sup>42</sup>

El problema de estas posiciones radica en la prolongación de los límites de la misma arquitectural liberal. Tal como ha planteado Okin<sup>43</sup> —una feminista que ha abordado desde su clásico *Is Multiculturalism Bad for Women?* (1999) el conflicto entre cultura y mujeres en clave liberal— la tesis del consentimiento de Friedman

---

40 FRIEDMAN (2003), pp. 182-183.

41 HAY (2013), p. 3.

42 HAY (2013), pp. 178-179.

43 OKIN (2005), pp. 67-89.

tiene, al menos, tres problemas: a) se refiere escasamente a la situación no inusual de que las afectadas sean niñas; b) la postura es extremadamente ambigua en orden a determinar qué y cuántos “consentimientos” se requieren para justificar la práctica; y c) los requisitos planteados por Friedman son tan exigentes que parece difícil que alguna mujer (u hombre), independiente de la sociedad de que se trate, pueda cumplirlos.

Debido a su rigurosidad pareciera que no deja espacio para que mujeres puedan decidir adscribir a, o permanecer en, sus comunidades de pertenencia. ¿Qué sucede entonces en dichos casos? ¿Deben ser sus pretensiones completamente ignoradas? Es aquí donde su solución dista de ser considerada democrática, pues las mujeres que parecen no alcanzar su estándar resultan excluidas de toda deliberación. No debiese, señala Okin, ser necesario que una mujer (o cualquier miembro de un grupo dentro de un Estado liberal) demuestre que puede pensar autónomamente acerca de su vida, como requisito previo para poder desplegar sus puntos de vista acerca de sus prácticas culturales. Es posible que lo que intenta defender Friedman, al final de cuentas, es que no existen circunstancias en las que un Estado liberal pueda autorizar a un grupo a hacer cumplir normas no liberales a sus miembros femeninos.

En una línea similar, y extendiendo la crítica también a Hay, Deveaux<sup>44</sup> rechaza las aproximaciones liberales *a priori* en tres sentidos: primero, malentienden las formas en que se viven las prácticas culturales; segundo, estas aproximaciones facilitarán resultados mal concebidos y no democráticos; y, tercero, puede que hagan que las condiciones de los miembros vulnerados sean más opresivas de lo que actualmente son.

b) El *no intervencionismo tolerante* de Kukathas (2003: 74-116; 2012: 34-56). Para este autor los seres humanos vivimos invariablemente conectados con otros en asociaciones y comunidades, aunque mantengamos intensas diferencias respecto de cuáles deberían ser los términos apropiados de esas agrupaciones. Frente a ese escenario, la teoría liberal ha desarrollado un robusto catálogo de derechos individuales que, si bien juegan un rol importante, no permiten eludir el desacuerdo sobre los términos adecuados de la asociación. ¿Cómo deberían resolverse tales desacuerdos? Kukathas plantea que hay dos alternativas: la primera es que los más fuertes ejerzan su poder sobre los más débiles para obligarlos a aceptar sus términos; y la segunda, que cada uno trate de persuadir al otro. Si rechazamos, por buenas razones, la primera opción por considerarla inaceptable, la pregunta que debemos responder es: ¿qué derechos tiene cada uno contra los otros si él o ella es incapaz de convencer a los demás de que se atengan a sus propios términos? El único derecho que cada uno puede tener sigue siendo el derecho a abandonar, esto es, el “*principio de salida simple*”.<sup>45</sup> Ahora

44 DEVEAUX (2005), pp. 340-342.

45 KUKATHAS (2012), p. 36.

---

bien, si cada sujeto tiene la posibilidad de negarse a aceptar o rechazar las condiciones de una asociación; un colectivo de individuos igualmente tiene el derecho a negar la membresía a toda persona que no esté dispuesta a aceptar sus condiciones. Ninguna parte tiene, entonces, derecho a forzar a la otra a vivir en condiciones inaceptables para esta última.

En el caso específico de los grupos culturales, el *principio de salida simple* implica que la defensa cultural no puede consistir en la negación de la libertad de los miembros individuales para desertar si consideran perjudicial las prácticas del grupo. Este puede usar sus propios recursos o estrategias para tratar de mantener sus tradiciones, pero no puede pretender exigir al resto que las valoren especialmente. Qué es y qué no es perjudicial será, por supuesto, un punto altamente debatido. Cualquier idea de daño supone algún razonamiento sobre costos y compensaciones que son valoradas de manera distinta por diferentes personas. Por ende, el *principio de salida simple* es el más consistente con la repudiación de la fuerza como medio para determinar cómo las personas deberían vivir.<sup>46</sup>

La gran dificultad a la que se enfrenta la tesis de Kukathas es que la configuración del *principio de salida simple* parece ser inherentemente problemático. Como ha planteado Okin,<sup>47</sup> si niñas y mujeres son tratadas desigualmente dentro de sus grupos culturales, ello afectará indefectiblemente su capacidad para ejercer el derecho de salida. Es más, al tener las mujeres una capacidad desigual para salir, su potencial para influenciar en las direcciones tomadas por el grupo serán marginales. Además, en muchas ocasiones las mujeres oprimidas no solo son menos capaces de salir, sino que tienen muchas razones para no querer salir de la cultura de origen llegando a ser la idea misma impensable. De hecho, destaca Okin, las mujeres quieren, y deberían tener el derecho a, ser tratadas justamente dentro de sus grupos culturales. Shachar lo plantea en términos más elocuentes:

[...] la ‘solución’ del derecho de salida falla al proveer una respuesta exhaustiva a la paradoja de la vulnerabilidad cultural. En vez de eso, arroja sobre el individuo ya asediado, la responsabilidad para transformar milagrosamente las condiciones institucional-legales que lo mantienen vulnerable o para hallar los recursos para dejar completamente su mundo. Ciertamente es preocupante cuando una solución exige que aquellos que son más vulnerables deban pagar el precio más alto, mientras los abusadores permanecen imperturbables en sus comunidades de origen.<sup>48</sup>

---

46 KUKATHAS (2012), pp. 39-40.

47 OKIN (2002), p. 207.

48 SHACHAR (2000), p. 80.

Phillips, en fin, apunta que es indispensable crear las condiciones que permitan hacer real la posibilidad de salida, en especial si hay o no un lugar diferente donde llegar; si se tienen los recursos mínimos; los costos asociados involucrados; y la posibilidad de concebir siquiera tal opción.<sup>49</sup> Sin embargo, ninguno de estos puntos parece preocupar a Kukathas.

c) El modelo de las *jurisdicciones multiculturales* propuesto por Ayelet Shachar.<sup>50</sup> El punto de partida para esta filósofa es lo que ella denomina la paradoja de la *vulnerabilidad multicultural*, esto es, la justificada reticencia feminista liberal ante la potencial opresión que, en nombre de los derechos de grupo, pueden sufrir las mujeres cuando los esfuerzos bien intencionados dirigidos a mejorar la autonomía de esos grupos y respetar la diversidad cultural pueden hacer más gravoso revertir las desigualdades de género o, incluso, profundizar la subordinación.<sup>51</sup> La aspiración fundamental del modelo es lograr dejar atrás la paradoja logrando proteger a los grupos vulnerables u oprimidos por medio del entrecruzamiento de las jurisdicciones estatales y locales (comunitarias, grupales o tradicionales) desde una concepción dinámica de las culturas. Así podrían justificarse las acomodaciones de la jurisdicción estatal que mejoran la posición de los grupos subordinados, mientras se amparan las diferencias culturales, generando condiciones para el cambio interno de la cultura y no fomentando su oposición refractaria hacia la comunidad dominante. Se institucionaliza una regla de no-monopolio jurisdiccional y se asegura la elección individual, caso a caso, de la ley aplicable. De modo que, por ejemplo, una mujer indígena tendrá asegurado jurisdiccionalmente sus derechos individuales cuando escoja someterse a la jurisdicción estatal en vez de la costumbre indígena que, en su opinión, la discrimine. La idea es equilibrar, por un lado, el reconocimiento de la autonomía normativa del grupo cultural y, por otro, la operatividad de los mecanismos previstos para la protección de los derechos fundamentales básicos.<sup>52</sup>

Más allá del problema evidente de la falta de certeza y del costo que supondría implementar una jurisdicción pluralista, algunas críticas relevantes a Shachar son las que siguen. En primer lugar, en un modelo pluralista no se traza una distinción clara entre lo normativamente correcto y lo institucionalmente factible, es decir, podemos llegar a confundir la comprensión estratégica de cuestiones morales y políticas con aquello que por principio consideramos justo.<sup>53</sup> En segundo lugar, los procedimientos necesarios para institucionalizar la jurisdicción multicultural a veces corren el serio riesgo de

49 PHILLIPS (2007), p. 140.

50 Cfr. VILLAVICENCIO (2014).

51 SHACHAR (2001), pp. 4-10. Cfr. TORBISCO (2011).

52 SHACHAR (2001), pp. 117 y ss.; y PÉREZ de la FUENTE (2004), pp. 423-425.

53 Cfr. KUKATHAS (2012), pp. 53-55.

---

provocar una especie de refeudalización de la ley, socavando la igualdad ante la ley.<sup>54</sup> Hay una diferencia relevante entre las excepciones hechas a favor de determinados grupos sobre la base de razones que se supone todos comparten, y el presupuesto de que las razones que justificarían el trato diferencial ya no exijan ser generalizadas. O sea, si no se especifica la capacidad de los principios constitucionales para prevalecer por sobre otro tipo de normativas jurídicas, es posible que no estemos resolviendo la paradoja de la vulnerabilidad multicultural, sino simplemente permitiendo su recirculación en todo el sistema jurídico.<sup>55</sup> En tercer lugar, permanece latente el endiosamiento del proceso jurídico judicializando el diálogo político y cultural.

d) *Las propuestas deliberativas*. La base de estas posturas es revitalizar un diálogo intercultural vibrante y dinámico que permita, desde una visión no reduccionista de la cultura,<sup>56</sup> la comparecencia de todos los grupos en igualdad de condiciones dialógicas en la esfera pública. Así, por ejemplo, Benhabib propone una noción de cultura articulada sobre la base del constructivismo social caracterizada por una visión narrativa de las acciones y de la cultura conforme a la cual debemos distinguir entre el punto de vista del observador social y el del agente social. El observador social es el que impone —de la mano de las élites locales— la unidad y la coherencia sobre las culturas como entidades observadas. En cambio, el agente social representa la perspectiva de los participantes de la cultura que experimentan sus tradiciones a través de relatos narrativos compartidos, aunque también controvertidos y rebatibles. Desde su interior una cultura nunca aparece como un todo homogéneo.<sup>57</sup> Pues bien, las tesis multiculturalistas deben sacudirse de esa concepción estática de la cultura: si una cultura cae en este vicio estaría siendo inconsistente con la única versión plausible del multiculturalismo, pues petrificaría la cultura a costa de la autonomía de algunos de sus miembros impidiendo que estos cuestionen su pertenencia a la cultura. La cultura dejaría de ser, como nos asegura Parekh,<sup>58</sup> permeable externamente, haciendo vano todo cuestionamiento sobre el modo en que debemos tratar a las minorías al interior de las minorías.

Para las propuestas deliberativas no basta el derecho de salida, ya que traslada el peso del conflicto al individuo, excusando a los grupos, a las comunidades y al Estado.

---

54 BENHABIB (2002), p. 128.

55 BARRY (2002), pp. 38-50.

56 Debe superarse una *sociología reduccionista de la cultura* fundada en premisas epistémicas falsas: a) afirmar que las culturas son claramente delineables; b) creer que es posible una descripción no controvertida de la cultura; y c) considerar que aun cuando las culturas y los grupos no se corresponden entre sí, esto no implica problemas para la política. BENHABIB (2002), p. 4. PAREKH ha sostenido que las culturas son imperfectas, limitadas, internamente plurales, y permeables a influencias externas (2006), pp. 336-338.

57 BENHABIB (2002), pp. 4 y 5.

58 PAREKH (2006), pp. 295-338.



Si la identidad cultural de verdad interesa a los sujetos, es muy probable que decidan permanecer en sus grupos desafiando a las élites del mismo o desechen la posibilidad de renunciar por el fuerte compromiso con su grupo cultural o religioso.<sup>59</sup> De este modo, la democracia deliberativa emerge como el modelo más adecuado para responder a nuestro desafío, caracterizándose por dos elementos claves: un marcado énfasis en la esfera pública que es el lugar donde deben situarse las disputas multiculturales y donde ocurren las transformaciones políticas y morales; y una defensa de la apertura de la agenda del debate público difuminando la distinción entre lo público y lo privado, entre lo que es de todos y lo que es solo propio de mi cultura.<sup>60</sup>

A primera vista, las propuestas deliberativas parecen ser las más potentes, pero también presentan dificultades. Probablemente las más relevantes sean las que se deducen de las objeciones generales que se hacen al modelo deliberativo y que Deveaux identifica bien a través de las siguientes preguntas: ¿quién ha de participar en la deliberación?; ¿quién se incluye, a quién se silencia y quién habla por quién?; ¿qué normas son supuestas por el esquema deliberativo y son estas genuinamente compartidas o son excluyentes?; ¿cómo se conduce la deliberación?; ¿qué tipo de resultado debe ser el esperado?<sup>61</sup> Pero, más allá de las tensiones generales que afectan a las propuestas de índole deliberativa, se mantiene la ambigüedad que aflige a propuestas como las de Parekh: esperar a que el debate fluya para que se haga más amigable no es algo que los grupos oprimidos —las propias mujeres, por ejemplo— podrían estar dispuestos a aceptar. En palabras de Deveaux,<sup>62</sup> hay tres peligros de los cuales el enfoque deliberativo no puede sacudirse: primero, la posibilidad siempre contingente de que los resultados de la deliberación sean iliberales; segundo, que el modelo deliberativo descansa en una concepción de la legitimidad política paradójicamente construida en tensión con las visiones canónicas de ciertos grupos tradicionales cuyas prácticas son cuestionadas; y, tercero, el rechazo de parte de las comunidades tradicionales a los efectos que pudieran generar en ellas la implementación de los requerimientos de una deliberación abiertamente inclusiva.

### **Conclusión. Articulando una concepción pluralista y su recepción constitucional**

El único camino que queda por recorrer es que seamos capaces de construir una visión pluralista con la finalidad de superar las deficiencias de las propuestas descritas consideradas aisladamente. Esa concepción pretenderá hacerse cargo de la paradoja de la vulnerabilidad cultural y dilucidar si la apelación a la cultura interna es

59 PHILLIPS (2007a), pp. 151-157; y SHACHAR (2001), pp. 40-42.

60 BENHABIB (2002), pp. 106-114; y DEVEAUX (2000), pp. 138-179.

61 DEVEAUX (2005), pp. 344 y 345.

62 DEVEAUX (2005), pp. 360-361.



---

una justificación suficiente para no reconocer a las mujeres (como un grupo minoritario al interior de las propias minorías), un catálogo de derechos básicos mínimos que aseguren las precondiciones de una deliberación auténtica. Se trata, entonces, de un equilibrio triple entre, por un lado, el reconocimiento de las potestades normativas de las comunidades indígenas (autodeterminación territorial y funcional, o sea, política); por otro, el reconocimiento como consecuencia de lo anterior de una jurisdicción multicultural que permita escoger caso a caso la legislación aplicable; y, por último, la distribución para todas y todos de los derechos que aseguren una democracia deliberativa. Estos derechos constituyen la garantía institucional de “tomarse en serio” —y a la vez “cobrarles la palabra”— a aquellos que defienden posturas multiculturalistas más intensas, pero que afirman que no defienden una visión reduccionista ni esencialista de las culturas y que, por lo tanto, reconocen que estas son porosas, permeables y admiten la disidencia interna. ¿Cómo articular esa caracterización de las culturas a través del Derecho? La respuesta no puede ser otra que por medio de ciertos derechos fundamentales que salvaguardan la deliberación.

¿Qué debería decir la Constitución al respecto, entendiéndola como bloque constitucional? Las ideas matrices que propongo son las que siguen.<sup>63</sup>

1) Incorporar en la Constitución del Estado la perspectiva de género que permita superar su falsa neutralidad al institucionalizar —explícita o implícitamente— la dominación patriarcal y una discriminación de carácter estructural contra las mujeres, excluyéndolas de *los que cuentan* para efectos de dotar de legitimidad al sistema político. Ello debería traducirse, al menos, en la incorporación de la idea de género en la cláusula de igualdad en la Constitución, la remisión constitucional a un sistema electoral desarrollado por la ley que permita superar la infrarrepresentación de las mujeres, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, y las políticas de conciliación en materia de crianza y cuidado.

2) Establecer mecanismos institucionales, que aseguren la igual participación de la nación mapuche dentro de la comunidad política mayor entendida como Estado plurinacional, que permitan autonomía territorial y funcional; única forma de administrar establemente el hecho de que la identidad mapuche se construye en la intersección de la identidad general y comunitaria-local.

3) Institucionalizar jurídicamente el carácter *nomoi* de la comunidad minoritaria mapuche, a través de un reconocimiento general de potestades normativas que dé lugar a una genuina jurisdicción pluralista que excede, por cierto, la muy limitada aplicación de los arts. 9° y 10 del Convenio 169 de la OIT.

---

63 Cfr. VILLAVICENCIO (2014).

4) Asegurar la posibilidad de elección de la mujer mapuche de someterse a la jurisdicción local o a la chilena caso a caso en un contexto en el que se cumplan todas y cada una de las condiciones mínimas de una democracia deliberativa: a) *la reciprocidad igualitaria y principio de la inclusión política*: la pertenencia de un individuo a una determinada minoría no debe traducirse, en principio, en el otorgamiento de un grado inferior de derechos políticos; b) *la autoadscripción al grupo*: una persona no debe ser asignada automáticamente a un grupo cultural, religioso o lingüístico en virtud de su nacimiento. La pertenencia grupal de una persona debe admitir formas amplias de autoadscripción y autoidentificación; c) *la libertad de salida y asociación*: un sujeto debe tener la facultad de salir o de asociarse a un determinado grupo, aunque ello pueda conllevar la pérdida de ciertos privilegios, los que en todo caso deben ser posibles de ser judicializados para su potencial control; d) *el principio de la no-dominación*: su finalidad es evitar que los participantes, especialmente aquellos con mayor poder económico o social (los hombres) coaccionen a otros (las mujeres) socavando la deliberación política y excluyendo a ciertos individuos del proceso; y e) *el principio de la posibilidad de revisión*: una vez alcanzado un compromiso o un acuerdo debe ser posible revisarlo las veces que sea necesario. Este principio facilita que las personas y los grupos estén abiertos a suscribir un pacto pues conlleva implícitamente la posibilidad de renegociar, haciéndose cargo de esta forma del carácter fluido de las prácticas sociales y culturales.<sup>64</sup>

5) Cumplidas las condiciones anteriores, es esperable que los individuos que pertenecen a la comunidad dominante y a la minoritaria se autoconciban como agentes morales, cuya identidad tiene una afiliación plural permitiendo que, en la vida cotidiana, tanto el Estado, el grupo dominante y los grupos minoritarios se autocomprendan como entes sociales mutables que se influyen recíprocamente velando por sus miembros.<sup>65</sup> Es indispensable que las demandas multiculturales, precisamente porque muchas de sus manifestaciones desafían los presupuestos básicos de las democracias constitucionales modernas, liberen su potencial conflictivo en la esfera civil pública a través del diálogo, la controversia y la negociación entre ciudadanos y ciudadanas comunes.<sup>66</sup> En una democracia deliberativa e intercultural dinámica, las maniobras de los abogados, operadores y jueces ejercitando las herramientas —consciente o inconscientemente— de modelos pluralistas jurídicos no deberían reprimir del todo el conflicto cultural y político, ni el aprendizaje a través de este por parte de los propios ciudadanos, los de la cultura dominante, los de la cultura minoritaria y sus minorías internas. Tal como plantea Deveaux,<sup>67</sup> nada de lo anterior asegura que los resultados de la deliberación van

64 Cfr: BENHABIB (2002), pp. 131-132.

65 Cfr: SHACHAR (2001), p. 118.

66 BENHABIB (2002), p. 115.

67 DEVEAUX (2005), p. 362.

---

a ser considerados los más justos desde el punto de vista de los diferentes interesados, pero los procesos de evaluación y reforma, en caso de que sea necesario, de las prácticas impugnadas generarán soluciones legitimadas democráticamente y serán políticamente viables.

Tratar a las mujeres con igual consideración y respeto, en cuanto miembros vulnerables de grupos minoritarios, no admite soluciones sencillas ni monistas. Debemos transitar desde posturas que esencializan las culturas, para bien o para mal, a una propuesta que comience por dejar de hablar en nombre de las mujeres. El origen de la posible vulneración de sus derechos no reposa, necesariamente, en la cultura en que se insertan, sino en los agentes —la mayoría hombres— que lideran esos grupos y que aseguran representarlas declamando por ellas con el implícito interés de mantener el control, pero también en los Estados y en los organismos internacionales que, inspirados por un bien intencionado paternalismo, se olvidan demasiado a menudo de preguntarles sus opiniones y reconducirlas institucionalmente. De lo que se trata, como de manera gráfica ha señalado Gargarella,<sup>68</sup> es que dejemos entrar a las mujeres —y a otros grupos desaventajados— a la “sala de máquinas” de la Constitución y no solo nos contentemos con concederles derechos administrados por la élite dominante.

## **Bibliografía**

AÑÓN, María (2001): “La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos”, Javier de Lucas Martín (Dir.), *La multiculturalidad*, Cuadernos de derecho judicial, N° 6.

ARANGO, Mónica (2004): “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Precedente*, Bogotá.

BANTING, Keith & Will KYMLICKA (2006): *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*, Oxford University Press.

BARRY, Brian (2002): *Culture and Equality*, Harvard University Press.

BENERÍA, Lourdes (1987): “¿Patriarcado o Sistema Económico? Una discusión sobre dualismos metodológicos”, Celia Amorós et al., *Mujeres: Ciencia y Práctica Política*, Debate, Madrid.

BENHABIB, Seyla (2002): *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, Princeton.

---

68 GARGARELLA (2014).

\_\_\_\_\_ (2006): *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo* (traduc. Gabriel Zadunaisky), Gedisa, Barcelona.

BRAVO, Millecer (2013): “Tribunales validan disculpas verbales ante violencia intrafamiliar entre Mapuches”. [fecha de consulta: 08 septiembre 2014]. Disponible en: <<http://www.lexweb.cl/tribunales-validan-disculpas-verbales-ante-violencia-intrafamiliar-entre-mapuches>>

CEDAW (2012): *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° período de sesiones*. [fecha de consulta: 08 septiembre 2014]. Disponible en: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>>

CONTESSE, Jorge (2012): *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*, Universidad Diego Portales, Santiago.

COUSO, Jaime (2013): “Mapuches y derecho penal”, Helena Olea (Ed.), *Derecho y pueblo mapuche. Aportes para la discusión*, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Santiago.

DELANTY, Gerard (2010): *Community*, Abingdon, Routledge.

DEVEAUX, Monique (2000): *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice*, Cornell University Press, Ithaca/London.

\_\_\_\_\_ (2005): “A Deliberative Approach to conflicts of culture”, Avigail Einsenber & Jeff Spinner-Halev (Eds.), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge.

\_\_\_\_\_ (2006): *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford University Press.

DE LUCAS, Javier (2001): “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, *La multiculturalidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

DHAMOON, Rita (2007): “The politics of Cultural Contestation”, Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon & Avigail Eisenberg (Eds.), *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Routledge, London.

EINSENBURG, Avigail & Jeff SPINNER-HALEV (2005): *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge.

FRASER, Nancy (2000): “Rethinking Recognition”, *New Left Review*, Mayo-Junio 2010, Nº 3, London.

FRAZER, Elizabeth & Nicola LACEY (1993): *The Politics of Community. A Feminist Critique of the Liberal-Communitarian Debate*, University of Toronto Press, Toronto.

FRIEDMAN, Marilyn (2003): *Autonomy, Gender, Politics*, Oxford University Press, Oxford.

---

GARGARELLA, Roberto (2014): “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”. [en línea]: El País [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <[http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088\\_091940.html](http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html)>

GREEN, Leslie (1994): “Internal Minorities and their Rights”, Judith Baker (Ed.), *Group Rights*, University of Toronto Press, Toronto.

HAY, Carol (2013): *Kantianism, Liberalism and Feminism. Resisting Oppression*, Palgrave Macmillan.

JACKSON, Jennifer (2005): *Minority Rights*, Polity Press.

KEATING, Michael (2001): *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford University Press.

KYMLICKA, Will (1996): *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías* (traducc. Auleda Castells), Paidós, Barcelona.

\_\_\_\_\_ (2002): *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford University Press, Oxford.

\_\_\_\_\_ (2003): *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía* (traducc. Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguilbar), Paidós, Barcelona.

\_\_\_\_\_ (2007): *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford.

KUKATHAS, Chandran (2003): *The Liberal Archipelago. A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford University Press.

\_\_\_\_\_ (2012): “Exit, freedom and gender”, Dagmar Borchers & Annamari Vitikainen (Eds.), *On Exit: Interdisciplinary Perspectives on the Right of Exit in Liberal Multicultural Societies*, Walter de Gruyter.

MODOOD, Tariq (2007): *Multiculturalism. A Civic Idea*, Polity Press.

NASH, Claudio, Catalina LAGOS, Constanza NÚÑEZ y otros (2013): *Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago.

OKIN, Susan Moller (1999): *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha Nussbaum (Eds.), Princeton University Press, Princeton.

\_\_\_\_\_ (2002): “‘Mistresses of Their Own Destiny’: Group rights, Gender, and Realistic Rights of Exit”, *Ethics*, 112 (2).

\_\_\_\_\_ (2005): “Multiculturalism and feminism: no simple question, no simple answers”, Avigail Einsenberg & Jeff Spinner-Halev (Eds.), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge.

PALMA, Rosario & Renata SANDRINI (2014): “Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, en prensa.

PAREKH, Bhikhu (2002): “Barry and the dangers of liberalism”, Paul Kelly (Ed.), *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Polity Press, Malden.

\_\_\_\_\_ (2005): “A Varied Moral World”, Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum (Eds.) *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, Princeton University Press, Princeton.

\_\_\_\_\_ (2006): *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave Macmillan.

PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar (2004): “Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 13.

\_\_\_\_\_ (2005): *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Dykinson, Madrid.

PHILLIPS, Anne (2007a): *Multiculturalism without Culture*, Princeton University Press, Princeton.

\_\_\_\_\_ (2007b): “What is ‘culture’?”, Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (Eds.), *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Routledge, Londres.

SÁNCHEZ, Cristina (2002): “Feminismo y ciudadanía”, Elías Díaz y José Luis Colomer (Eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid.

SANDOVAL, Marcela & Verónica UNDURRAGA (2012): “Mujeres y ciudadanía: revisiones conceptuales y estrategias políticas. ¿Qué significa ser ciudadana hoy en América Latina?”, *Iniciativa Latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres II. Mujeres, Ciudadanía y Multiculturalismo*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago.

SELAMÉ, Nicole & Luis VILLAVICENCIO (2011): “Liberalismo, multiculturalismo y Estado de bienestar”, *Ideas y Valores. Revista Colombiana de Filosofía*, Universidad Nacional de Colombia, Vol. 60, N° 147. [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/view/36752>>.

SHACHAR, Ayelet (2000): “On Citizenship and Multicultural Vulnerability”, *Political Theory*, Vol. 28 (1).

---

\_\_\_\_\_ (2001): *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge.

SHAPIRO, Ian (2002): "Democratic Justice, Multicultural Recognition", Paul Kelly (Ed.), *Multiculturalism Reconsidered*, Polity Press, Cambridge.

SONG, Sarah (2007): *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge University Press, Cambridge.

SORIANO, Ramón (2002): "Culturas, ideologías y derechos de las minorías", *Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 5.

SQUELLA, Agustín, Luis VILLAVICENCIO & Alejandra ZÚÑIGA (2012): *Curso de filosofía del derecho*, Editorial Jurídica, Santiago.

TORBISCO, Neus (2011): "Beyond the Feminism vs. Multiculturalism Dispute on Group Rights: Towards a Participatory Approach", documento para discusión, SELA, inédito [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11\\_Torbisco\\_CV\\_Eng\\_20110524.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Torbisco_CV_Eng_20110524.pdf)>.

VILLAVICENCIO, Luis (2007): "La concepción política de la persona y las visiones constitutivas del bien", *Ideas y Valores. Revista Colombiana de Filosofía*, Universidad Nacional de Colombia, N° 135. [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80915461002>>.

\_\_\_\_\_ (2009): "Algunas críticas a la idea de razón pública rawlsiana", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 32, N° 1. [fecha de consulta: 8 de septiembre 2014]. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512009000100015&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100015&lng=es&nrm=iso&tlng=es)>.

\_\_\_\_\_ (2010a): "La relevancia moral de la identidad cultural", *Polis*, Vol. 9, N° 26 [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-65682010000200019&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682010000200019&lng=es&nrm=iso&tlng=es)>.

\_\_\_\_\_ (2010b): "Privatizando la diferencia: El liberalismo igualitario y el pluralismo cultural", *Revista de Derecho* (Valdivia), Volumen XXIII, N° 1. [fecha de consulta: 8 de septiembre 2014]. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502010000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es)>.

\_\_\_\_\_ (2012): "Un diálogo intercultural más allá del multiculturalismo", *Revista Opinión Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad de Medellín (Colombia), Volumen 11, N° 22. [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v11n22/v11n22a03.pdf>>



\_\_\_\_\_ (2013): “Delineando al liberalismo auténtico. Las tesis centrales del constructivismo rawlsiano”, *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, N° 10. [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/10.157-190.Villavicencio.pdf>>

\_\_\_\_\_ (2014): “Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres”, en: *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, en prensa.

VILLEGAS DÍAZ, Mirna (2012): “Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, N° 2. [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502012000200008](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008)>

\_\_\_\_\_ (2014): “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”, en *Política Criminal*, Vol. 9, N° 17. [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_09/n\\_17/Vol9N17A7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A7.pdf)>

WALZER, Michael (1993): *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad* (traduc., Heriberto Rubio), Fondo de Cultura Económica, México D. F.

YOUNG, Iris Marion (1997): “A Multicultural Continuum: A Critique of Will Kymlicka’s Ethnic-Nation Dichotomy”, *Constellations*, Vol. 4, N° 1, New York.

\_\_\_\_\_ (2000): *La justicia y la política de la diferencia* (traduc., Silvina Álvarez), Cátedra, Madrid.

ZÚÑIGA, Yanira (2009): “La ‘generización’ de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXII, N° 2. [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502009000200003&lang=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200003&lang=pt)>.

\_\_\_\_\_ (2010): “Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 2. [fecha de consulta: 08 de septiembre 2014]. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532010000200006&lang=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200006&lang=pt)>.





# PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Gabriel Hernández Paulsen

## 1. Origen y fundamento del derecho del consumo

La regulación de los negocios jurídicos en los códigos decimonónicos tuvo por contrato reglamentado paradigmático, el libremente discutido. Ello se debió a que la ideología liberal individualista en que se basaron partió del supuesto de que los contratantes se hallarían en la mayor parte de los casos en posición de relativa igualdad, motivo por el cual asumieron que ninguno tendría el poder para imponer un determinado contenido contractual al otro. De ello resultaría que las convenciones que celebraran serían el fruto de una negociación, esto es, de una voluntad libre.<sup>1</sup> Por esto es que, en general, las limitaciones a la autonomía de la voluntad en la órbita contractual fueron concebidas como excepcionales, operando solo ante atentados a la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres,<sup>2</sup> pero no ante desequilibrios fácticos entre las partes.<sup>3</sup>

Con el surgimiento y consolidación de la contratación en masa entre empresarios y clientes, las bases de la regulación clásica de los contratos (igualdad y libertad) comienzan a ser cuestionadas, al demostrar la práctica que en dicha esfera, por lo menos en una parte significativa, no existe verdadera igualdad entre los contratantes, sino, por el contrario, profundas asimetrías y que, por consecuencia, los clientes no tienen plena libertad para manifestar su voluntad negocial. Siendo lo propio de la contratación masiva recurrir a la figura del contrato por adhesión y de las condiciones generales para dar lugar al consentimiento negocial,<sup>4</sup> la libertad contractual del cliente

1 Cfr: ATAZ (2009), p. 136; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1994), pp. 33-35 y 60 ss.; MIRANDA (2006), p. 182; PERTÍÑEZ (2009), p. 1585; PERTÍÑEZ Y RAGEL (2009), p. 286; y VÁZQUEZ DE CASTRO (2002), p. 34.

2 Véase MIRANDA (2006), p. 182.

3 Los ordenamientos clásicos partieron de la premisa de que los supuestos de formación del consentimiento en que no concurriera una manifestación de voluntad libre o en los que estuviera significativamente debilitada habrían de ser excepcionales. Subsecuentemente, de este carácter son también en dichos ordenamientos los mecanismos destinados a enfrentarlos, *v. gr.*, los vicios del consentimiento. Véase, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1994), p. 61; PERTÍÑEZ (2009), pp. 1585 ss.; PERTÍÑEZ Y RAGEL (2009), p. 286; RIBOT IGUALADA (2010), p. 1386; y RIVERO (1994), p. 377.

4 Acerca de ambas figuras véase, GONZÁLEZ DE ALAIZA Y PERTÍÑEZ (2013), pp. 1793 ss.

---

queda reducida a aceptar en bloque el clausulado predisposto por el empresario.<sup>5</sup>

Si bien la estandarización negocial por la vía de las mencionadas figuras presenta varias ventajas, por ejemplo, el ahorro de costos de transacción,<sup>6</sup> la acusada disparidad de posiciones en la contratación entre empresarios y clientes desemboca en la práctica, en multitud de ocasiones, en la celebración de negocios que los segundos no habrían celebrado o habrían concluido en condiciones sustancialmente diversas. Ello deriva, básicamente, de que a la mayor parte de los clientes se le presentan serios problemas para obtener y comprender la información relevante, y de la imposición de cláusulas que pueden defraudar las legítimas expectativas de un contratante medio. Todo lo cual redundaría en el debilitamiento de la libertad de aquellos sujetos, sobre todo de los consumidores.<sup>7</sup> En consecuencia, no cabe duda de que la contratación de adhesión (instrumentada habitualmente sobre la base de condiciones generales) propicia, en una gran cantidad de casos, la materialización de diversas prácticas abusivas.<sup>8</sup>

Precisamente para corregir los nocivos efectos que produce una contratación entre empresarios y clientes desregulada es que surge el derecho del consumo<sup>9</sup> que, entre otras notas distintivas en materia negocial, se caracteriza por transformar el contrato por adhesión en uno de carácter dirigido. Así, el Estado interviene, a través de normas

---

5 Esta “es la diferencia fundamental entre el sistema de contratos previsto por el legislador decimonónico, fundado sobre un escenario en que estructuralmente las partes se desenvuelven con plena libertad y en plano de igualdad y el sistema de contratos que se diseña desde la perspectiva de la política de protección de consumidores”. PERTIÑEZ & RAGEL (2009), pp. 285 ss. En un sentido similar, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1994), pp. 38, 43-45 y 62 ss. Una interesante nomenclatura en este orden de ideas distingue entre “contratos *Business to Consumers*”, en que se aprecia una significativa disparidad de posiciones, y “*Business to Business*”, en que dicha disparidad no resulta indefectible. SCHULZE (2006), p. 35. Una visión global de la crisis del paradigma clásico de la contratación y del nacimiento del actual en MIRANDA (2006), pp. 181-187; y VÁZQUEZ DE CASTRO (2002), pp. 41-43.

6 En cuanto a las ventajas económicas y jurídicas de los contratos por adhesión y las condiciones generales de la contratación, véase, ALFARO (1991), pp. 27-37 y (2010), p. 220; Díez-PICAZO (2007), pp. 157 ss. y (2008), p. 415; NIETO (1998), pp. 183 ss.; PAGADOR (1999), p. 167; PERTIÑEZ (2009), p. 1585; ORDUÑA (2001), pp. 24-28; y VÁZQUEZ DE CASTRO (2002), pp. 97 ss. BALLUGERA (2006), pp. 40 ss., disiente respecto de la consolidada opinión de que las condiciones generales de la contratación disminuyen los costos de transacción, toda vez que esta consecuencia se produciría solo en relación con el predisponente, mas no respecto del adherente. Para este, dichos costos se incrementarían si se tiene en cuenta la mayor dedicación y sacrificio que debe emplear para entender los complejos formularios de condiciones generales, a consecuencia de lo cual debe recurrir, en algunos casos, a un “consejero legal” que lo ilustre.

7 Respecto de la noción de consumidor en nuestro ordenamiento deben tenerse en cuenta los artículos 1º, Nº 1, de la Ley Nº 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, y 9º de la Ley Nº 20.416, que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño. Véase, MOMBERG (2012), pp. 378 ss.

8 PAGADOR (1999), p. 165.

9 Véase, REYES (2009), pp. 27 ss. No hay duda acerca de que el derecho del consumo es “el principal fenómeno que ha irrumpido y sacudido el ámbito de la contratación en el último cuarto del siglo XX [...] que, a la larga, ha conllevado el efecto final de cambiar sustancialmente la faz del Derecho de contratos tradicional”. MIRANDA (2006), p. 180. Acerca de los fundamentos de la tutela de los consumidores y de sus más relevantes hitos y normas, véase, GUILLÉN (2002), sobre todo hasta la p. 252; y SALELLES (2009), pp. 231 ss.

imperativas o de orden público limitativas de la libertad contractual, para contribuir a superar la asimetría que afecta al consumidor, tratando de remontar el presupuesto de la igualdad formal entre los contratantes y reemplazarlo, en la mayor medida posible, por el de igualdad material.<sup>10</sup>

## 2. Leyes y códigos del consumidor

Si bien algunos códigos del siglo XX incorporaron en sus textos algunas normas que pueden considerarse como los primeros atisbos en materia de derecho del consumo (*v. gr.*, el código civil italiano, de 1942), es recién a partir de la segunda mitad del siglo pasado que comienza una decidida preocupación por la protección de los intereses de los consumidores.<sup>11</sup>

En la misma línea, resulta particularmente trascendente el Mensaje Especial al Congreso sobre Protección de los Consumidores del Presidente John Kennedy, del 15 de marzo de 1962, en que se hace referencia a los derechos de los consumidores a la seguridad, a ser informados, a elegir y a ser oídos.<sup>12</sup>

Es también en el mencionado periodo que comienzan a dictarse las primeras leyes de protección de adherentes y consumidores, sobre todo en Europa (Suecia, 1970; Noruega, 1972; Reino Unido, 1973; Dinamarca, 1974; Alemania, 1976; Francia, 1978 y Austria, 1979).<sup>13</sup> El fenómeno se expande a Latinoamérica principalmente en la década de los ochenta de dicho siglo (Colombia, 1982) y, sobre todo, en la de los noventa (México, 1992; Venezuela, 1992 y Argentina, 1993).<sup>14</sup> Chile recién se incorpora a esta tendencia en 1997, año en que comienza a regir la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, N° 19.496 (en adelante, LPC).<sup>15</sup>

Con el paso del tiempo, aparte de las leyes de protección de los consumidores, comienza a proliferar otro tipo de normativa que apunta al mismo objetivo tutelar, pero con mayor intensidad. Se trata de los códigos del consumidor (*v. gr.*, Brasil, 1990;

10 *Cfr.*, acerca del intervencionismo estatal para proteger a la parte débil de la relación contractual, CALLEJO (2003), pp. 11 ss.; Díez-PICAZO (2007), pp. 158 ss.; PANIAGUA & MIRANDA (2012), p. 43; y VICENT (2003), p. 30. A favor del referido intervencionismo, MORENO (2006), p. 453; y PERTÍÑEZ & RAGEL (2009), pp. 281 y 286. Y, en sentido relativo, para los casos en que las medidas respetuosas de la libertad contractual se frustren o retarden, MEDICUS (1995), p. 42. Respecto de la protección de la igualdad mediante las normas de derecho del consumo como tutela de la libertad contractual en el derecho comunitario europeo, véase SCHULZE (2006), p. 34.

11 Véase, SANDOVAL (2004), p. 17.

12 El Mensaje puede consultarse en <<http://www.jfklibrary.org>>.

13 Véase, ACEDO (2000), pp. 303 ss.

14 Véase SANDOVAL (2004), pp. 25 ss. Acerca de la ley mexicana de 1992, véase OVALLE (2000), pp. 19 ss.

15 Un comentario de la misma en AA. VV. (2013). Un recuento de las normativas anteriores a la actual que se refirieron (de manera indirecta o parcial) a los derechos de los consumidores en Chile en SANDOVAL (2004), pp. 17-19.

---

Francia, 1993 y Perú, 2010), que encuentran en la herramienta de la codificación un mejor instrumento de salvaguarda de los intereses de dicho sujeto, atendidas las cualidades de sistematización, racionalización, generalidad, abstracción, concentración, concisión, coherencia, facilidad de acceso, simpleza y simbolismo propias de dicha técnica.<sup>16</sup>

Resumidamente, puede decirse que, en términos negociales, las normativas sobre protección de los consumidores en los distintos ordenamientos alteran en su favor los principios clásicos de la regulación en materia de contratos, sobre todo el de libertad contractual,<sup>17</sup> por ejemplo, por la vía de hacer recaer sobre los empresarios deberes de información y por la de reprimir ciertas cláusulas contractuales.

Las aludidas normativas suelen contener un amplio catálogo de derechos propios de las relaciones de consumo.<sup>18</sup> Así, la LPC, en su art. 3º, reconoce a los consumidores los derechos a la libre elección, a la información, a la no discriminación, a la seguridad, a la reparación e indemnización y a la educación. En particular, y a modo de ejemplos destacados, dichas preceptivas imponen al empresario el deber de informar, reprimen las cláusulas abusivas, determinan cuáles son los contenidos contractuales mínimos con que deben cumplir ciertos contratos, establecen el derecho de retracto, contemplan disposiciones particulares en materia de seguridad, consagran un sistema de garantías de los consumidores y perfilan estatutos especiales de responsabilidad civil. Adicionalmente, crean una institucionalidad de protección de los consumidores, representada por organismos públicos que tienen competencia, principalmente, para prevenir, conocer y resolver los conflictos suscitados por las infracciones a la preceptiva sobre consumo, e imponer sanciones administrativas y, en su caso, consecuencias restitutorias; así como por las asociaciones de consumidores, encargadas de la representación y defensa de los mismos. Es frecuente que, además, creen procedimientos administrativos o judiciales especiales para tutelar dichos intereses, sean individuales o colectivos.<sup>19</sup>

### **3. La protección supralegal de los derechos de los consumidores**

#### **a. Preliminar**

Considerando que los derechos de los consumidores tienen la peculiaridad de tutelar intereses individuales y colectivos,<sup>20</sup> en un escenario más avanzado de protección de los mismos, es relativamente habitual que se haga alusión a ellos en las constituciones nacionales y, yendo más allá aun, en instrumentos supranacionales.

---

16 Véase, acerca de algunas de estas características, GUZMÁN (2007), pp. 88 ss.

17 *Cfr.* GARCÍA (2013), p. 1638.

18 *Cfr.* REYES (2009), p. 31.

19 *Cfr.* RUIZ (1999), p. 6. El tratamiento de los mencionados derechos, figuras e instituciones en la LPC se desarrolla en detalle en AA. VV. (2013).

20 Véase HERMÁN (1992), pp. 23 ss.

En el primer sentido destacan, a modo de ejemplo, las constituciones de España, Portugal, Argentina, Perú, Brasil y Colombia. Entre los instrumentos supranacionales iniciales de protección de los intereses de los consumidores sobresalen la Carta (europea) de los Consumidores, de 1973; el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información a los Consumidores, de 1975; y las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, de 1985. Básicamente, estos instrumentos reconocieron a los consumidores los derechos a la salud, la seguridad, la información, la educación, la protección de sus legítimos intereses económicos, la reparación y la representación.<sup>21</sup> Hoy, tras la dictación de variados instrumentos supranacionales en la Unión Europea sobre el particular, cabe destacar el art. 169 del Tratado de Funcionamiento de dicha organización<sup>22</sup> y la Directiva 2011/83 sobre los Derechos de los Consumidores.<sup>23</sup>

### **b. Justificación: protección de los derechos fundamentales y del adecuado funcionamiento del mercado**

La superación de la protección de los derechos de los consumidores a nivel meramente legal y su consagración en las constituciones e instrumentos supranacionales tiene relación —como ya se adelantó— con la consideración de que por la vía de la salvaguarda de aquellos derechos no solo se tutelan intereses de carácter individual, sino también colectivo. Así, al proteger a los consumidores no solo se los ampara en tanto que sujetos aislados, sino también en cuanto integrantes de un vasto grupo humano que es merecedor de tutela en atención a la posición de asimetría que lo afecta.

21 Cabe tener en cuenta que en Europa el objetivo político de protección de los consumidores fue recepcionado por el Acta Única Europea (1986) y por el Tratado de Maastricht (1992). En concreto, la protección de los consumidores ha sido abordada en el derecho comunitario europeo por sucesivos “Programas de Acción”. Debe tenerse en consideración la Decisión 1926/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18-12, por la que se establece un Programa de Acción Comunitaria en el Ámbito de la Política de los Consumidores (2007-2013), D.O. 30.12.2006, L 404/39. La actuación anterior es la Decisión 20/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 08.12.2003, por la que se establece un Marco General para la Financiación de Acciones Comunitarias en Apoyo de la Política de los Consumidores en el período 2004-2007 (D.O. 09.01.2004, L 5). Cabe mencionar también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Estrategia en Materia de Política de los Consumidores 2002-2006, de 07.05.2002 (COM (2002) 208 final, D.O. 08.06.02, C 137/2). Asimismo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Plan de Acción sobre Política de los Consumidores 1999-2001, de 01.12.98 (COM (1998) 696 final). En relación con este último documento y con los “actos atípicos” de planificación de la protección de los consumidores en la Unión Europea anteriores a él, a partir de 1975, véase GUILLÉN (2002), pp. 149-162; y RUIZ (1999), pp. 18 ss. Véase también DE LEÓN (2007), pp. 56 ss. (en las pp. 58 ss. hace un recuento de los instrumentos más importantes en la materia, incluyendo los diversos tratados europeos); PANIAGUA & MIRANDA (2012), p. 22; PAÑOS (2010), p. 13; y SANDOVAL (2004), pp. 26 ss.

22 Que señala lo siguiente: “1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses”.

23 Véase a su respecto MARÍN (2012); PANIAGUA & MIRANDA (2012), p. 25; y RALUCA (2012).

---

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe concluir que la salvaguarda de los intereses de los consumidores implica, en gran medida, la protección de sus derechos fundamentales,<sup>24</sup> que en las relaciones que entablan con los empresarios pueden verse en riesgo o menoscabados, a veces, severamente. En multitud de ocasiones, en las relaciones de consumo se encuentra en juego buena parte de los derechos esenciales de los individuos, como son, entre otros, los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la seguridad, a la libertad, a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la información, a la educación, a la propiedad y de propiedad, a la defensa, etc.

Aparte de la relevancia social de la protección de los intereses de los consumidores derivada de que con ella se tutelan sus derechos fundamentales, una adecuada regulación al respecto y su satisfactorio cumplimiento debería traducirse en un buen funcionamiento del mercado en términos de transparencia y eficiencia, lo que también redundaría en una mejor salvaguarda de los intereses de la sociedad. Gracias a un robusto derecho del consumo, que morigere los desequilibrios entre consumidores y empresarios, y disminuya las prácticas abusivas, se consigue efectivamente un saludable funcionamiento del mercado.<sup>25</sup>

De las anteriores constataciones se deriva que hoy los derechos de los consumidores son asumidos como derechos fundamentales (inscribibles en la esfera de los económicos y sociales); y como trascendentales en orden al mejor funcionamiento del mercado. Ambas circunstancias justifican la inclusión de la protección de aquellos derechos en los textos constitucionales y en los tratados internacionales.

#### **4. La protección constitucional de los derechos de los consumidores**

##### **a. Preliminar**

La Constitución chilena no cuenta con normas que aludan directamente a la protección de los intereses de los consumidores. Algunos autores plantean que de ciertas normas de la Constitución se podría desprender la exigencia de aquella protección, siendo esta, por tanto, de carácter indirecto. Se refieren, por una parte, a las normas de las que se extraería dicha exigencia en términos generales, como las que

---

24 Véase, PEÑA (2009), p. 118 (señalando, respecto de la ley española, que algunos de los derechos de los consumidores recogidos en el artículo 8 —y que no considera como tales, sino como principios— ya se recogen en la Constitución).

25 Acerca de la recíproca incidencia entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico por lo que atañe al buen funcionamiento del mercado y a la protección de determinados sujetos, véase MIRANDA (1999), pp. 48-54; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1994), pp. 46 ss. (criticando, en las pp. 48 ss., la aproximación desde el derecho de la competencia para solucionar los problemas de los consumidores); y SALELLES (2009), pp. 172 -175.

se establecen en los N° 21 y 23 del art. 19. El primero se refiere a libertad de empresa, de la que gozan sobre todo los empresarios, pero que también implicaría la tutela del derecho de los consumidores a contratar bienes y servicios. El segundo se refiere al derecho a la propiedad, traducido, a este efecto, en el derecho de los consumidores a acceder al dominio de los bienes y derechos que pretenden contratar. Por otra parte, señalan que la apuntada exigencia provendría de ciertos preceptos constitucionales de los que podrían derivarse derechos concretos para los consumidores y que también están mencionados en la LPC. Es este el caso de otros numerales del art. 19, como el 1 y el 9, que garantizan, respectivamente, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y a la salud, y que tienen por correlato el art. 3° d) de la LPC, que reconoce el derecho a la seguridad y a la protección de la salud; el 2°, que consagra el derecho a la igualdad o no discriminación, recogido por el art. 3° c) de la LPC; y el 12, que establece el derecho a la información, recogido por el art. 3° b) de la LPC.<sup>26</sup> Como sea, lo cierto es que ninguno de los aludidos preceptos de la Constitución permite sostener que esta contiene normas de protección directa de los consumidores.

Contrariamente a lo que acontece en nuestro país, en otros ordenamientos las respectivas constituciones sí contemplan normas de protección directa de los consumidores. En general, establecen el deber del Estado de salvaguardar los intereses de dichos sujetos, consagrando así el llamado *principio pro consumidor*, en cuya virtud, en todas las actuaciones de los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) en materia de consumo, la principal consideración debe ser la tutela de aquellos intereses.<sup>27</sup> Asimismo, enuncian los derechos más relevantes de los consumidores, como son, entre otros, el derecho a la salud, la seguridad, la libre elección de bienes y servicios, la educación para el consumo, la información, la defensa judicial y, por medio de las asociaciones de consumidores, a la reparación y a la tutela de sus legítimos intereses económicos. Ejemplos de constituciones que proceden de esta forma son —como ya adelanté— las de Argentina (art. 42), Brasil (art. 170 N°5), Colombia (art. 78), España (art. 51), Perú (art. 65) y Portugal (art. 60).

## **b. Propuesta de reforma de la Constitución**

En Chile, existen dos interesantes proyectos de ley que aspiran a reformar la Constitución para agregar una norma de protección a los intereses de los consumidores. Ambos pretenden agregar al art. 19 N° 21, relativo a la libertad de empresa, un precepto

<sup>26</sup> Cfr. SANDOVAL (2004), pp. 21ss.

<sup>27</sup> Véase, acerca del principio de protección de los consumidores, GUILLÉN (2002), pp. 185-227; y SALELLES (2009), pp. 232 ss.



---

sobre el particular. Se trata de los Boletines números 7.563-07<sup>28</sup> y 9.463-03.<sup>29</sup>

Más allá de las críticas puntuales que puedan formularse a las referidas propuestas de ley, lo cierto es que van en la línea correcta, en tanto que pretenden consagrar a nivel constitucional la protección de los consumidores. Considerando —según dijera— que dicha protección no solo implica la tutela de intereses individuales, sino también colectivos, asociados a los derechos fundamentales de dichos sujetos y al saludable funcionamiento del mercado, resulta recomendable que se contenga, por lo menos en sus líneas gruesas, en la Constitución, que es la “ley fundamental del Estado”, al ser la norma suprema de nuestro ordenamiento, reconocer y desarrollar los derechos fundamentales de los individuos y configurar el marco de la organización política, social y económica del país.<sup>30</sup>

Una adecuada norma constitucional de salvaguarda de los derechos de los consumidores tendría que establecer el principio pro consumidor, concretándolo en una fórmula que prescribiera que todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) deben proteger los referidos derechos, y enunciara los más relevantes. En particular, dentro de los que debería mencionar, siguiendo el ejemplo de otras constituciones como las mencionadas anteriormente, resultaría deseable la alusión a los derechos a la salud, la integridad física y psíquica, la seguridad, la igualdad, la educación para el consumo, la información, la reparación, la defensa judicial y por medio de las asociaciones de consumidores y a la protección de los intereses económicos de los señalados individuos.

La consecuencia de la constitucionalización de la protección de los derechos de los consumidores debería ser que, en aplicación de los principios de supremacía constitucional y pro consumidor, los poderes públicos construyeran, dentro de sus respectivos campos competenciales, las soluciones que mejor tutelen los intereses de dichos sujetos. Ello, tanto en la creación e implementación de las políticas públicas en materia de consumo como en la dictación de normas por parte de los órganos habilitados al efecto (legislativos y administrativos) y en la interpretación y aplicación de la preceptiva correspondiente en los conflictos sobre el particular sustanciados ante las instancias administrativas y los tribunales.

---

28 Que establece que “es deber del Estado fomentar la protección de los derechos de los consumidores, la libre elección de los bienes y servicios, una información suficiente, veraz y oportuna, como su derecho a no ser discriminados arbitrariamente y a ser reparados de los daños sufridos, en conformidad a la ley”.

29 Que prescribe lo siguiente: “establézcase el principio pro consumidor, como principio rector de la legislación nacional, estableciéndose que en la hermenéutica legal o contractual de los diferentes actos o convenciones que se suscriban o se verifiquen por consumidores, ya sea en el análisis de normas o cláusulas que merezcan dudas o problemas en su interpretación, siempre primará la que establezca la condición más benigna para el consumidor. Establézcase además, que es deber del Estado y sus instituciones proteger y garantizar el ejercicio de los derechos de los consumidores, ya sea en forma individual o colectiva, fomentando la educación, la salud y la seguridad en el consumo de bienes o servicios, así como el reconocimiento y fortalecimiento de las asociaciones de consumidores que se creen para tales efectos”.

30 *Cfr.*, acerca del significado de que la Constitución sea la “ley fundamental del Estado”, SQUELLA (2000), pp. 222 ss.

A modo de ejemplo, de configurarse una norma constitucional de protección de los derechos de los consumidores en nuestro ordenamiento, en los términos antedichos, un posible rendimiento de la misma podría llevarnos a concluir que algunos preceptos de la LPC no implican un fiel cumplimiento de dicha norma. Este podría ser el caso, *v. gr.*, de las disposiciones relativas al ámbito objetivo de aplicación de aquella ley (art. 2º y 2º bis), en tanto que circunscriben injustificadamente el referido ámbito, dejando fuera de él relaciones que deberían ser consideradas de consumo y que en otros ordenamientos lo son (como las regidas por leyes especiales, más aun considerando que estas son numerosas). Así, si una norma constitucional estableciera que se deben proteger los intereses de los consumidores en los referidos términos, resultaría dudoso concluir que la LPC lo hace, ya que una ley de protección de los derechos de aquellos sujetos ha de tener vocación de generalidad, en el sentido de que debería aplicarse a todas las relaciones de consumo o, por lo menos, a la mayor parte de ellas, sin exclusiones tan amplias como las contempladas por la aludida ley.

Eso sí, la norma constitucional de protección de los consumidores no debería establecerse a propósito de la regulación de algún derecho específico ya disciplinado, como, por ejemplo, la libertad de empresa (que es lo que pretenden los mencionados proyectos de ley), sino como un precepto autónomo, ya que dicha protección no se agota en la de ningún derecho o libertad específico, al relacionarse con el amplio abanico de derechos fundamentales de los individuos y con el sano funcionamiento del sistema económico.

Adicionalmente, cabe tener en cuenta que una satisfactoria protección de los derechos de los consumidores requiere un desarrollo legal adecuado de la norma constitucional, de manera que dicha tutela vaya más allá de la mera declaración programática que suele caracterizar a los enunciados constitucionales y se transforme en una salvaguarda infra constitucional efectiva.<sup>31</sup> En todo caso, nada obsta a que, de configurarse una norma constitucional como la propuesta, en orden a hacer todavía más efectiva dicha salvaguarda, aquella se construya, derechamente, como un precepto de *atribución de derechos a los consumidores* que, en cuanto tal, supere las habituales declaraciones de principios y otorgue a dichos individuos una contundente protección de nivel constitucional.<sup>32</sup>

31 *Cfr.* RUIZ (1999), p. 11.

32 Es interesante tener presente, a modo de ejemplo, que en el derecho español se ha discutido acerca de cuál es el papel de la norma constitucional referida a la protección de los consumidores. GUILLÉN (2002), pp. 169 ss., teniendo en cuenta dicha norma, considera que recoge un “deber de los poderes públicos”, si bien consigna que los principios de la política social y económica pueden tener una “función interpretadora” y de “aplicación subsidiaria como fuente del Derecho”, pudiendo de esta forma hacerse valer directamente ante los tribunales. Sobre la base de este tipo de debate, en orden a evitar que el precepto constitucional de protección de los intereses de los consumidores que eventualmente se configure en nuestro país pueda conducir a interpretaciones que debiliten su eficacia tuitiva, los congresistas deberían cuidar especialmente la redacción del mismo, a fin de dar lugar — cabe insistir— a una directa atribución de derechos a aquellos individuos y no a una mera declaración de principios.

---

## Bibliografía

AA. VV. (2013): Íñigo De La Maza & Carlos Pizarro (Dirs.) y Francisca Barrientos (Coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Santiago, Legal Publishing.

ACEDO, Ángel (2000): “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al derecho del consumidor en el derecho extremeño”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº 18.

ALFARO, Jesús (1991): *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas.

\_\_\_\_\_ (2010): “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas”, José Massaguer, Alberto Díaz, Luis Soler & María Arribas (Dirs.) y José Salelles, María Guerrero y Rafael Fuentes (Coords.), *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch.

ATAZ, Joaquín (2009): “La libertad contractual”, Rodrigo Bercovitz (Dir.) y Nieves Moralejo & María Quicios (Coords.), *Tratado de contratos*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia.

BALLUGERA, Carlos (2006): *El contrato no-contrato. Enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

CALLEJO, Carmen (2003): “El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código Civil al régimen del derecho de consumo”, *Revista Jurídica del Notariado*, Nº 47.

DE LEÓN, Alicia (2007): “El consumo como realidad social, económica y jurídica”, Alicia De León & Luz María García (Coords.), *Derechos de los consumidores (Doctrina, jurisprudencia, formularios)*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia.

DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos del derecho civil patrimonial, I (Introducción. Teoría del contrato)*, Aranzadi, Cizur Menor.

\_\_\_\_\_ (2008): *Fundamentos del derecho civil patrimonial, II (Las relaciones obligatorias)*, Aranzadi, Cizur Menor.

GONZÁLEZ DE ALAIZA, José & Francisco PERTIÑEZ (2013): “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, Rodrigo Bercovitz (Dir.) y Nieves Moralejo & María Quicios (Coords.), *Tratado de contratos*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia

GARCÍA, José (2013): “La contratación con consumidores”, Rodrigo Bercovitz (Dir.) y Nieves Moralejo & María Quicios (Coords.), *Tratado de contratos*, Tomo II, Tirant lo

Blanch, Valencia

GUILLÉN, Javier (2002): *El Estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, Civitas, Madrid.

GUZMÁN, Alejandro (2007): “Historia de la codificación civil en Europa y América”, Alejandro Guzmán (Ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2002)*, Lexis Nexis, Santiago.

HERMÁN, Antonio (1992): “El derecho del consumidor”, *Estudios sobre Consumo*, Nº 24.

MARÍN, Manuel (2012): “La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº 1.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos (1994): “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones”, *Anuario de Derecho Civil*, 47-1.

MARTÍNEZ, Luis (2003): “El deber de información precontractual”, Carlos Vattier, José De La Cuesta & José Caballero (Dirs.), *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Tomo I, Dykinson, Madrid.

MEDICUS, Dieter (1995): *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I, Bosch, Barcelona.

MIRANDA, Luis (1999): “Competencia desleal y protección de los consumidores”, Gema Botana & Miguel Ruiz (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw-Hill, Madrid.

\_\_\_\_\_ (2006): “La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales”, Luis Miranda, Pedro Vela & Adolfo Priés, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid.

MOMBERG, Rodrigo (2012): “La transformación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en norma común del derecho de contratos chileno”, Fabián Elorriaga de Bonis (Coord.), *Estudios de derecho civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar*, Legal Publishing, Santiago.

MORENO, Bernardo (2006): “La protección del consentimiento contractual, hoy”, Eugenio Llamas (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, La ley-Actualidad, Madrid.

NIETO, Ubaldo (1998): “Contratación bancaria y condiciones generales” Ubaldo Nieto (Dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid.

---

ORDUÑA, Francisco (2001): “Derecho de la contratación y condiciones generales”, Francisco Orduña & Jorge Tomillo. (Dir.) y Ana Campusano (Coord.), *Contratación bancaria*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia.

OVALLE, José (2000): *Derechos del consumidor*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

PAGADOR, Javier (1999): “Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas”, Gema Botana & Miguel Ruiz (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw-Hill, Madrid.

PANIAGUA, Manuel & Luis Miranda (2012): “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del Derecho de los consumidores”, Luis María Miranda & Javier Pagador (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid.

PAÑOS, Alba (2010): *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*, Universidad de Almería.

PEÑA, Fernando (2009): “Comentario (al artículo 8)”, Rodrigo Bercovitz (Coord.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor.

PERTIÑEZ, Francisco (2009): “Los contratos de adhesión”, Rodrigo Bercovitz (Dir.) y Nieves Moralejo & María Quicios (Coords.), *Tratado de contratos*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia.

PERTIÑEZ, Francisco & Luis RAGEL (2009): “El contrato en el Derecho privado”, Rodrigo Bercovitz (Dir.) y Nieves Moralejo & María Quicios (Coords.), *Tratado de contratos*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia.

RALUCA, Iuliana (2012): “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº 1.

REYES, María José (2009): *Manual de derecho privado del consumo*, La Ley, Madrid.

RIBOT, Jordi (2010): (Comentario al) “Artículo 1265”, Andrés Domínguez (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid.

RIVERO, Francisco (1994): “Los vicios del consentimiento contractual”, José Lacruz *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, II (*Derecho de obligaciones*), Vol. 1 (*Parte general. Teoría general del contrato*), J. M. Bosch, Barcelona.

RUIZ, Miguel (1999): “Introducción a la protección jurídica de los consumidores”, Gema Botana & Miguel Ruiz (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw-Hill, Madrid.

SALELLES, José (2009): “La disciplina de los agentes económicos que operan en el mercado”, Rodrigo Bercovitz (Dir.) y Nieves Moralejo & María Quicios (Coords.), *Tratado de contratos*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia.

SANDOVAL, Ricardo (2004): *Derecho del consumidor*, Editorial Jurídica, Santiago.

SCHULZE, Reiner (2006): “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el derecho contractual europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, 59-1.

SQUELLA, Agustín (2000): *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica, Santiago.

VÁZQUEZ, Eduardo (2002): *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VICENT, Francisco (2003): “Cuestiones abiertas en la contratación bancaria”, Rafael Fluiters & Francisco Puyol (Dirs.), *Contratos bancarios*, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº XX, Madrid.



## DERECHOS, GARANTÍAS Y PRINCIPIOS AMBIENTALES EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Liliana Galdámez Zelada

La ausencia de un pacto democrático en materia de derechos fundamentales es un serio déficit en la Constitución Política de 1980. Desde el retorno a la democracia, los derechos fundamentales se han ido ampliando por impulso del Poder Ejecutivo y enseguida por los jueces. La mayoría de las demandas sociales de estos últimos años han estado asociadas a reclamos por nuevos derechos y/o mejores protecciones en relación a la que actualmente dispone la Constitución de 1980; recordemos, por ejemplo, la demanda por la creación de un fondo nacional de medicamentos, discusión que incluso se llevó al Congreso Nacional y que hoy es un proyecto de ley.

En la conformación actual de la Cámara de Diputados del Congreso, la Nueva Mayoría tiene en total 64 diputados, los partidos de la Alianza suman en total 44 diputados, los independientes suman once y el Partido Liberal de Chile cuenta con un diputado.<sup>1</sup> En cuanto al Senado, su conformación es: nueve senadores de la Unión Demócrata Independiente; siete del Partido Demócrata Cristiano; siete del Partido Por la Democracia; seis de Renovación Nacional; seis del Partido Socialista, tres independientes y uno del Partido MAS.<sup>2</sup> Como podemos observar, la conformación del Congreso Nacional en ambas Cámaras indica una tendencia que en principio podríamos calificar de eventualmente proclive a la ampliación del catálogo de derechos y sus garantías.

Las críticas al activismo judicial desde la perspectiva de una Constitución con déficit en esta materia, da cuenta de manera parcial del actual estado de las cosas, de ahí la importancia de una Constitución democrática y pactada. Es sano que se produzca un debate político en la definición de los derechos fundamentales, y en ese debate podemos participar todas y todos.

No se trata, en este sentido, de tomar una posición sobre la labor de la jurisdicción en materia de derechos, sino que se debe analizar el actual estado de los derechos y su desarrollo para poder definir dónde están los problemas. Claramente una perspectiva sistémica del panorama de los derechos fundamentales en el Chile de hoy, muestra que las categorías instaladas en la Constitución Política de 1980, como el rol subsidiario del Estado, han sido matizadas en la práctica.

1 Véase web de la Cámara de Diputados. Disponible en: <<http://www.camara.cl/camara/diputados.aspx#tab>> Visitada el 29.10.2014.

2 Véase web del Senado. Disponible en: <[http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=senadores&ac=comites\\_senador](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=senadores&ac=comites_senador)>. Visitada el 29.10.2014



---

Quienes somos profesores y profesoras de derecho constitucional, debemos hacer verdaderas “piruetas” para explicar a los estudiantes, por ejemplo, cómo se están resolviendo en la práctica las alzas en el valor de los planes de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) a través del recurso de protección, o cómo llegan al Tribunal Constitucional la tutela de los derechos fundamentales por vía de una inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el marco de un recurso de protección, antes que por una vía directa, como sería en el caso de la tutela de derechos de competencia del Tribunal Constitucional.

Dicho todo eso, entre las cuestiones que me propongo analizar, quisiera referirme a los derechos ambientales o del entorno, una, entre otras, de las temáticas que no han sido suficientemente abordadas en la Constitución de 1980 desde la perspectiva de los derechos y de las obligaciones.

¿Qué rol cumplen los derechos fundamentales de contenido ambiental? El medioambiente viene siendo una preocupación para el Derecho desde el siglo pasado. Su configuración y tutela se ha incorporado en diversos textos constitucionales, pasando con ello a ser parte del pacto esencial que representa la Constitución Política. Las fórmulas para su consagración se han desarrollado en clave de derechos y principios.

Su explosivo interés se relaciona con distintos fenómenos, pero no cabe duda que el trabajo publicado en *Science* en 1968 por Garrett Hardin, “La tragedia de los comunes”, da inicio a un conjunto de estudios y propuestas en distintas áreas del conocimiento para dar cuenta de las amenazas que afectan al ambiente y sus efectos en la vida humana. Abandonada la tesis de la no regulación de los espacios comunes, se abre paso a la teoría de que el Derecho debe atender al medioambiente, no exclusivamente mediante la dictación de leyes, sino también mediante reformas a la Constitución Política. Desde el principio de supremacía constitucional, derechos y principios constitucionales en materia ambiental pasan a formar parte de la cúspide del ordenamiento jurídico de los Estados.

En Chile, el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación ha sido tratado por la doctrina nacional más bien desde una perspectiva asociada a una visión administrativa y legal antes que constitucional y de derecho fundamental. Especialmente en la doctrina europea, los derechos del entorno o medioambientales han sido abordados como derechos fundamentales y humanos. Un concepto central a la hora de abordar las temáticas del entorno es la sostenibilidad, a la que también se extienden principios del derecho internacional de los derechos humanos. Dicha sostenibilidad opera como un criterio esencial para la protección del ambiente y ha sido entendida como condición para dicha protección. En este sentido, se puede afirmar

que una política o conducta que se precie de sostenible será también compatible con la protección del ambiente.

Sobre los desafíos que plantea la sostenibilidad, afirma el Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Sostenibilidad Mundial:

Dado que la población mundial aumentará de 7.000 millones a casi 9.000 millones para el año 2040, y que el número de consumidores de clase media aumentará en 3.000 millones durante los próximos 20 años, la demanda de recursos aumentará exponencialmente. Para el año 2030, el mundo necesitará por lo menos un 50% más de alimentos, un 45% más de energía y un 30% más de agua —todo ello en un momento en que los límites del medioambiente imponen nuevos límites al suministro— [...] el modelo de desarrollo mundial actual es insostenible. No podemos continuar suponiendo que nuestras acciones colectivas no darán lugar a situaciones sin retorno en la medida que no respetamos los umbrales críticos del medioambiente, lo que puede causar daños irreversibles para los ecosistemas y las comunidades humanas.<sup>3</sup>

En el ámbito internacional, ya desde una perspectiva dogmática, es la Declaración de Estocolmo de 1972 la que por primera vez reconoce un derecho fundamental a la libertad, la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medioambiente de calidad, que conduzca a una vida digna y a gozar de bienestar, donde se asume el deber de proteger y mejorar el medioambiente para las presentes y futuras generaciones.<sup>4</sup>

En la actualidad, diversas naciones latinoamericanas y europeas consagran a nivel constitucional lo que se ha llamado “cláusulas verdes”. En efecto, la Constitución española de 1978 en su art. 45 señala que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. Merece la pena destacar que el desarrollo jurisprudencial del principio ha llevado a la doctrina a sostener que estamos en presencia no solo de un principio, sino

3 Informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Sostenibilidad. Los resultados de aquella conferencia pueden sintetizarse en varios instrumentos, programas y organismos creados, entre los que sobresale la Declaración sobre el Medio Humano, allí aprobada, “verdadera Carta Magna del ecologismo internacional”, mundial. Gente resiliente en un planeta resiliente: un futuro que vale la pena elegir. 12-21640 (S). 2012.

4 Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente de 16 de junio de 1972. En palabras de Mariño Menéndez, en dicha Conferencia se describe del modo más amplio posible el entorno ecológico humano y enuncia el principio programático medioambiental que expresa que “los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”, y al mismo tiempo que “la protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero” BRUZÓN & ANTÚNEZ (2012).

---

de un verdadero derecho.<sup>5</sup>

En Europa, las primeras referencias constitucionales sobre medioambiente se encuentran en Italia, en la Constitución de 1947, donde se hace referencia a la tutela del “paesaggio”, junto al patrimonio histórico y artístico como principios fundamentales de la República, que aunque conectados con el derecho a la salud, van a permitir que posteriormente la Corte Constitucional “construya” un derecho. Asimismo, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, si bien originalmente tampoco desarrolla derechos o principios relacionados con el ambiente, con posterioridad sí los incorporó; algo similar ocurrió con la Constitución francesa de la IV República que hace referencias al medioambiente, pero solo en su Preámbulo.

A estas menciones de carácter más genérico sigue otra etapa con las constituciones de Grecia, Portugal y España, y ya de manera más clara se consolida la incorporación de “cláusulas verdes” con la reforma de la Ley Fundamental de Bonn aprobada en 1994 que introduce un nuevo art. 20 a, aunque con algunas ambigüedades:

Artículo 20 a). Protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales. El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.

Otro tanto ocurre en América Latina, donde las constituciones paulatinamente van incorporando “cláusulas verdes”. Así ocurre con las constituciones de Brasil en su art. 225 (derecho a un medioambiente ecológicamente equilibrado); de Colombia donde más de 40 disposiciones hacen referencia al medioambiente; de Argentina que introduce una reforma en 1994 donde se asegura el derecho a un medioambiente sano, equilibrado, sin que se comprometan derechos de futuras generaciones; de Costa Rica que consagra en el art. 50 el derecho a un medioambiente sano, entendido como derecho fundamental por la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

Es importante identificar el rol del Derecho en el asunto. Ni las normas jurídicas ni la Constitución Política pueden definir aquello que la naturaleza puede o no puede hacer. El rol del Derecho para estos efectos “exige introducirse en el sistema jurídico para —una vez dentro del él— tomar en serio el diagnóstico más contundente de la ecología contemporánea, según el cual la perturbación de casi todos los ecosistemas por causa del desarrollo de la técnica, envuelve un riesgo mortal para toda la vida, incluida la humana, sobre el planeta”.<sup>6</sup> Desde esta perspectiva, al derecho ambiental lo que le interesará es regular las conductas que inciden en el ambiente, especialmente aquellas que lo desequilibran, para a través de las normas “preservar la autorregulación que los

---

5 RUIZ-RICO (2012), p.137.

6 *Ibid.*, p.39.

ecosistemas naturalmente desarrollan en su interior y así preservar el funcionamiento de esas autorregulaciones y adecuaciones internas de los ecosistemas, mediante la regulación [...] de las actividades humanas que recaen sobre él”.<sup>7</sup>

Una mirada a las decisiones de los tribunales en materias ambientales nos muestra la interesante jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria al respecto. Por ejemplo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó<sup>8</sup> señala lo siguiente:

Que resulta útil consignar que el derecho definido en el art. 19 N° 8 de la Carta es de índole individual, pero, al mismo tiempo social. En efecto, por una parte, constituye un derecho subjetivo de todas las personas naturales, tanto para vivir en un medioambiente libre de contaminación, como para disfrutar de una naturaleza no dañada o alterada y, por otra parte, conforma asimismo un derecho social, por cuanto resguarda bienes jurídicos de carácter colectivo que deben ser protegidos por el Estado, para lo cual la Carta le exige el cumplimiento de ciertas tareas, según lo que indica la segunda oración del inciso 1 del N° 8 del art. 19.<sup>9</sup>

Como se puede observar, la sentencia destaca el carácter social de este derecho e introduce con ello una categoría débil en la Constitución de 1980. Es en este sentido que me refiero a los derechos sociales, que la doctrina ha catalogado más concretamente como de solidaridad, en el caso del medioambiente.

Otra sentencia destacada y de interés nacional es la que dictó en el caso Hidroaysén, la Corte Suprema,<sup>10</sup> donde se señala:

Que en lo que se refiere a los otros reproches formulados al respecto, cabe considerar que la zona de afectación corresponde a 18 hectáreas del parque en que no hay presencia de especies arbóreas o arbustivas bajo categoría de protección, y que tampoco se afectan valores relevantes de flora y de fauna, geomorfológicos o paisajísticos, según informó la Corporación Nacional Forestal a través de su oficio ordinario N° 344, de fecha 15 de noviembre de 2010. Lo anterior permite concluir que no puede aseverarse la utilización de recursos del parque con fines comerciales, pues estos no se encuentran presentes en el área. Dicho organismo sostuvo también que la inundación no atenta contra el espíritu de la Convención de Washington, ya que no afecta paisajes de incomparable belleza, formaciones geológicas extraordinarias u

7 *Ibid.*, p.40.

8 Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 153-2011, MJJ30220.

9 SILVA (2008), pp. 99-100.

10 Corte Suprema, Rol N° 7844-2013, MJJ36380.

---

objetos naturales de interés científico o histórico, ni causaría la extinción de las especies que ocupan la superficie a inundar.

Esta sentencia, en mi opinión, no aborda en su globalidad la cuestión medioambiental desde la perspectiva del deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, obligación que no tendría un tratamiento autónomo si el asunto no se analizara desde la lógica del derecho a un medioambiente libre de contaminación y no desde otras obligaciones que la norma contempla. Estas reflexiones me llevan a proponer, entonces, la inclusión de una cláusula general que asuma el desarrollo sostenible como un eje rector, y la inclusión del derecho a vivir en un medioambiente sano en una futura Constitución democrática. Una propuesta de esta naturaleza, en mi opinión, permitiría manejar nuevas categorías que se hagan cargo de la cuestión ambiental desde una perspectiva constitucional. Dicha fórmula comprende, como hemos señalado, derechos y principios que conducirán la labor de los jueces y serán una carta de navegación para los poderes del Estado en el Chile del Siglo XXI.

### **Bibliografía**

BRUZÓN, Carlos & Alcides ANTÚNEZ (2012). “Reflexiones en torno a la Protección de los Derechos Humanos desde la Perspectiva del Derecho Ambiental Internacional”, *Revista urbe et Ius*. Disponible en: <<http://www.urbeetius.org/contenido/articulos-y-entrevistas/reflexiones-en-torno-a-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-desde-la-perspectiva-del-derecho-ambiental-internacional>>

HARDIN, Garrett (2005): “La tragedia de los comunes”. *Polis Revista de la Universidad Bolivariana*, Vol. 4, N° 10.

INFORME DEL GRUPO DE ALTO NIVEL DEL SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA SOSTENIBILIDAD (2012): *Gente resiliente en un planeta resiliente: un futuro que vale la pena elegir*. 12-21640 (S).

RUIZ-RICO, Gerardo (2012): “El medio ambiente, Derecho Constitucional o Principio Programático”, *Revista da Faculdade de Direito de Sao Bernardo do Campo*, N° 18.

SILVA, Alejandro (2008): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, Editorial Jurídica, Santiago.

## COMENTARIO\*

Catalina Lagos Tschorne

Se ha convocado en este espacio a los académicos Luis Villavicencio, Gabriel Hernández y Liliana Galdámez a reflexionar en torno a la pregunta de si en una nueva Constitución deben o no consagrarse nuevos derechos y garantías y, en caso afirmativo, cuáles.

Como punto de partida, es interesante subrayar que en sus ponencias, los expositores no hacen referencia a una de las principales objeciones que los constitucionalistas chilenos han dirigido al catálogo de derechos y garantías del texto constitucional vigente que, como constata Tania Busch, dice relación con la débil o deficitaria consagración de los derechos económicos y sociales, como libertades de elección, negándoles el carácter de verdaderos derechos y considerándolos meras aspiraciones.<sup>1</sup> Al respecto, por ejemplo, Pablo Ruiz-Tagle ha sostenido que los tradicionales derechos económicos y sociales como la salud, la educación y el trabajo se reformulan en la constitución vigente enfatizándose en ellos el aspecto de libre elección, es decir, los establece como garantías de no interferencia estatal y como expresión de libertad negativa. De modo que habría que trabajar en la revisión sistemática del estatus de estos derechos en la constitución, a fin de reforzarlos.<sup>2</sup> También ha planteado esta objeción Francisco Zúñiga, quien ha propuesto superar el débil reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto en contenido y estructura, incorporando a la carta diversos y numerosos derechos de segunda y tercera generación, para enriquecer a la carta fundamental con los aportes del constitucionalismo democrático y social, conciliando libertad civil y política con igualdad material.<sup>3</sup>

Pues bien, los expositores, más que realizar un análisis global sobre la (in) suficiencia del catálogo de derechos y garantías de nuestra actual Constitución, se abocan a plantear propuestas en temáticas específicas, haciendo referencia a la necesidad de reconocer constitucionalmente o de reforzar la protección de los derechos de los pueblos indígenas y las mujeres, los derechos de los consumidores y los derechos ambientales o del entorno.

---

\* Agradezco las invaluable observaciones y comentarios realizados por Branislav Marelic Rokov, Juan Pablo González Jansana y Nicole Lacrampette Polanco a esta intervención.

1 BUSCH (2012), p. 5.

2 *Ibid.* pp. 24 y ss.

3 *Ibid.*, p. 30.

---

Desde una perspectiva regional, por cierto, es posible sostener que el planteamiento de la interrogante que motiva este espacio no constituye una novedad. Las reformas constitucionales latinoamericanas, desde la década del 90', se han caracterizado por incluir extensos catálogos de derechos políticos, sociales, económicos y culturales y por hacer referencia a los derechos de grupos desaventajados como los adultos mayores, los niños, las personas privadas de libertad. Incluso, se ha llegado a reconocer —en el caso de Ecuador— derechos de la naturaleza, que no tienen como titular a individuos sino que a la propia naturaleza. Habiéndose por todo ello apelado a las constituciones latinoamericanas como “poéticas” o acusado de experimentar una “inflación de derechos”.<sup>4</sup>

### *Grupos vulnerados: Multiculturalidad y derechos de las mujeres*

La presentación de Luis Villavicencio indaga cómo la diversidad cultural y la falta de neutralidad de las constituciones, desde una perspectiva de género, ponen en entredicho o en tensión la noción de ciudadanía común.

De esta forma, para superar la tensión planteada en el caso de las mujeres indígenas víctimas de violencia, Villavicencio propone, por una parte, incorporar en la Constitución la idea de género en la cláusula de igualdad, la remisión a un sistema electoral desarrollado por la ley que permita superar la infrarrepresentación de las mujeres, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y políticas de conciliación en materia de crianza y cuidado; por otra, señala que se deben establecer en la Constitución mecanismos institucionales que aseguren la igual participación de la nación mapuche dentro de la comunidad política mayor, entendida como Estado Plurinacional, permitiendo su autonomía territorial y funcional. Finalmente, aborda la posibilidad de establecer una verdadera jurisdicción pluralista.

Su propuesta, centrada en la situación de la mujer indígena, avanza en dos ámbitos importantes y demandados por grupos organizados de la sociedad civil: el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, en este caso, a través de una cláusula de Estado Plurinacional y el reforzamiento de medidas contra la discriminación hacia las mujeres. Al respecto, es posible señalar que las constituciones latinoamericanas recientes recogen estas nuevas demandas y las han consagrado en sus textos. En lo que sigue se analizarán el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y el reforzamiento de las medidas contra la discriminación hacia las mujeres por separado, en cuanto la incorporación de estas a nivel constitucional posee justificaciones diversas. El primero se justifica, entre otras cosas, en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y en la identidad cultural de los mismos, en cambio, el segundo,

---

4 GARGARELLA & COURTIS (2009), pp. 31 y ss.

encuentra su justificación en el principio de igualdad y no discriminación y el carácter de grupo vulnerado —históricamente excluido y discriminado— de las mujeres.

En cuanto a lo primero, es posible sostener que en el constitucionalismo latinoamericano de las últimas tres décadas es cada vez más frecuente el reconocimiento expreso de los pueblos indígenas.<sup>5</sup> Especialmente relevantes son los grados de reconocimiento de los pueblos indígenas en las constituciones de Bolivia (art. 30) y de Ecuador (art. 56).

Ciertamente, el reconocimiento de los pueblos indígenas mediante cualquier proceso constituyente debe hacerse cargo de recoger distintas cuestiones de la mayor importancia. En ese sentido, Aguilar, LaFosse, Rojas y Steward identifican ocho variables que a la luz de los estándares internacionales son relevantes para evaluar la profundidad del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas: (1) el concepto de pueblo indígena, (2) el reconocimiento y la promoción de la diversidad cultural, (3) el reconocimiento del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, (4) la participación política de los pueblos indígenas, (5) los derechos colectivos de propiedad de los pueblos indígenas respecto de sus tierras, territorios y recursos naturales, (6) los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas, (7) la promoción de la educación intercultural bilingüe, y (8) el derecho consuetudinario indígena como fuente normativa.<sup>6</sup>

Villavicencio plantea —en el caso de las mujeres mapuche—, que se deben establecer mecanismos de igual participación dentro de la comunidad política mayor, entendida como Estado plurinacional, que permitan autonomía territorial y funcional, y el reconocimiento general de potestades normativas que dé lugar a una genuina jurisdicción pluralista (que permita en el caso de las mujeres elegir caso a caso la jurisdicción a la cual someterse).

En relación con el reconocimiento constitucional de las distintas cuestiones mencionadas en los párrafos precedentes, en un futuro proceso constituyente será necesario, a lo menos, tener en consideración dos cuestiones de la mayor importancia. En primer lugar, habrá que tener presente que la forma en que los pueblos indígenas sean reconocidos en la Constitución, no puede definirse sin un proceso participativo amplio, que implique una consulta previa e informada en conformidad con el art. 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Dicha consulta, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe realizarse “[...] activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en

5 AGUILAR, LAFOSSE, ROJAS & STEWARD (s/d), p. 1.

6 AGUILAR, LAFOSSE, ROJAS & STEWARD (s/d), p. 1.



---

el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo [...]”.<sup>7</sup>

En segundo lugar, en relación con el reconocimiento del derecho a la participación política de los pueblos indígenas, habrá que tener en cuenta las enseñanzas que han dejado los recientes procesos constituyentes latinoamericanos, en el sentido de que dicho reconocimiento tenga su correlato en la distribución de poderes que se consagre en la parte orgánica de la Constitución. En palabras de Roberto Gargarella “[r]esulta imprescindible [...] por parte de quienes se encuentran genuinamente comprometidos con la promoción de cambios favorables a la participación y protagonismo político popular (en este caso, de grupos indígenas), prestar especial y privilegiada atención a lo que se hace y deja de hacer en relación con la parte orgánica de la Constitución”.<sup>8</sup> De otro modo, los derechos reconocidos se tornan impracticables.

En relación con el establecimiento de medidas constitucionales de protección contra la discriminación hacia las mujeres, junto con celebrar esta propuesta y enfatizar su relevancia, se debe hacer presente que las mujeres no son el único grupo vulnerado que podría ser merecedor de protección especial a nivel constitucional. En ese sentido, las constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia han incluido, dentro de sus catálogos de derechos, normas específicas de protección para otros grupos vulnerados o desaventajados, como los niños y niñas, los adolescentes, las personas con discapacidad, las personas privadas de libertad y los adultos mayores. Escoger este camino, por cierto, implica definir criterios objetivos y razonables para definir qué grupos requieren una manifestación constitucional expresa. Ante ello, una alternativa posible, es incluir una definición vigorosa del principio de igualdad y no discriminación que contenga dimensiones no solo formales, sino que especialmente materiales, que permitan exigir al Estado la protección de los distintos grupos vulnerados.

De este modo, representa un punto a debatir en el próximo proceso constituyente, no solo la posible inclusión de cláusulas relativas a las mujeres, sino también, si se abarcarán otros grupos en situación de desventaja, ya sea por la vía del reconocimiento de protecciones especiales, o bien, por la vía del fortalecimiento de la cláusula de igualdad y no discriminación.

### *Derechos del consumidor*

Gabriel Hernández, por su parte, plantea la necesidad de consagrar a nivel constitucional los derechos de los consumidores, argumentando que con la salvaguarda

---

<sup>7</sup> Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), § 177.

<sup>8</sup> GARGARELLA (2014), p. 330.

de dichos individuos no solo se tutelan intereses de carácter individual, sino también colectivos o sociales; que los consumidores, en cuanto grupo, se hallan en una posición de desigualdad o asimetría y que en la contratación de consumo se encuentra en juego buena parte de los derechos esenciales de los individuos, por ejemplo, el derecho a la vida, a la salud, a la igualdad, a la información y a la educación, entre otros.

La consagración constitucional de los derechos del consumidor, para el autor, debería traducirse en un mejor funcionamiento del mercado en términos de transparencia y eficiencia. En particular, esta protección se materializaría en el establecimiento del principio *pro-consumidor*, y en la enunciación de ciertos derechos relevantes de los consumidores que impondrían mandatos a los poderes públicos.

La interesante propuesta de Hernández nos invita a reflexionar con mayor profundidad, en un futuro proceso constituyente, sobre dos cuestiones: por una parte, la necesidad (o no) de constitucionalizar aspectos del Derechos del Consumidor y, por otra, las consecuencias que puede acarrear la consagración constitucional de los derechos de los consumidores desde la perspectiva de la “Constitución económica”.

En relación con lo primero, más allá de las buenas razones que entrega Gabriel Hernández sobre la importancia de la protección a los derechos de los consumidores, me parece interesante reflexionar en torno a la necesidad de traspasar esta cuestión del marco de la política ordinaria al de la política constituyente —como distinguen Roberto Gargarella y Cristian Courtis<sup>9</sup>—, en el sentido de que desplazar la discusión sobre el mejor funcionamiento del mercado desde el ámbito del desarrollo legislativo al ámbito constitucional, se justificaría a juicio de los autores solo por razones de especial peso. En ese sentido, resulta conveniente preguntarse, entre otras cosas, si la regulación actual en materia de derechos del consumidor ha sido insuficiente para proteger a los consumidores y regular el mercado, y si la consagración constitucional de la misma es imprescindible para lograr los fines protectores y regulatorios que se ha propuesto. También debemos plantearnos si la protección de las personas en la esfera del consumo y el mejor funcionamiento del mercado en términos de transparencia y eficiencia son objetivos que deban o no procurarse constitucionalmente.

En particular, resulta relevante analizar la conveniencia de la consagración constitucional de los derechos del consumidor a través del catálogo de derechos fundamentales (que es lo que nos convoca en este panel), ya que en este caso, se reforzaría su valor, incluso, contra-mayoritariamente. La ampliación del catálogo de derechos de la Constitución —ya sea mediante el aumento de su núcleo tutelado o la consagración de nuevos derechos— es, sin duda, un tema de la mayor trascendencia. Como sabemos, el establecimiento de derechos fundamentales en las Constituciones,

9 GARGARELLA & COURTIS (2009), pp. 13 y ss.

---

bajo el paradigma del Estado Constitucional, se materializa en cláusulas contra-mayoritarias que impiden que mayorías relativas, a través del acto de ley, alteren valores centrales consagrados en normas superiores. En este sentido, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *mutatis mutandis*, el caso Gelman v. Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es claro en cuanto al *poder* de los derechos fundamentales: “[...] La protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas [...]”.<sup>10</sup>

Al concederle el estatus de fundamental a un derecho por medio de su consagración constitucional, al menos un componente nuclear de este queda exento del debate legislativo, vale decir; no *es susceptible de ser decidido*, y las mayorías —y el Estado en su conjunto— pierden poder frente a preceptos normativos. En razón de lo anterior, es importante considerar que el ingreso de nuevos derechos en un catálogo constitucional debe venir acompañado de razones de peso, con argumentos justificadores sobre la necesidad de esta protección constitucional reforzada y de consensos suficientes en nuestra comunidad política.

Sin embargo, y sin perjuicio de las razones que se podrían esgrimir para la inclusión o no de este concepto en la Constitución, lo cierto es que algunas constituciones latinoamericanas contienen cláusulas en este sentido, por lo que es un tema ya presente en el imaginario de los constituyentes de la región. En ese sentido, se debe destacar la Constitución argentina (art. 42), la ecuatoriana (art. 52) y la boliviana (art. 75).

En relación con lo segundo, a juicio de Hernández, la consagración constitucional sería recomendable, por lo menos en sus líneas gruesas, al ser la Constitución el marco normativo que establece las bases de la organización política, social y económica del país.

En ese sentido, resultaría interesante plantearnos en un futuro proceso constituyente esta propuesta a la luz de otra de las objeciones que los constitucionalistas chilenos han planteado respecto de la Constitución vigente, que dice relación con que esta opta por un sistema neoliberal, o dicho de otro modo, con que la Constitución de 1980 presentaría un “techo ideológico”, cerrado y circunscrito, esencialmente, al neoliberalismo (Kamel Cazor y Francisco Zúñiga).<sup>11</sup> Esta objeción se fundamenta, desde la perspectiva de la “constitución económica”, por ejemplo, en el establecimiento del principio de subsidiariedad, en el concepto restringido de Estado empresario del art. 19 N° 21 y en el siempre ubicuo “orden público económico”.<sup>12</sup>

---

10 Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero 2011 (Fondo y Reparaciones) § 239.

11 BUSCH (2012), p. 5.

12 ZÚÑIGA (2007), p. 357.

De esta manera, podríamos preguntarnos si una consagración a nivel constitucional de la protección de los derechos del consumidor, que no vaya de la mano a una propuesta de cambios a los aspectos que acabo de mencionar de la Constitución, no tendría como consecuencia seguir reforzando el carácter neoliberal de la Constitución, y si ello es o no deseable.

### *Derechos y principios ambientales en la Constitución*

El punto de partida de la presentación de Liliana Galdámez es el serio déficit que presenta la Constitución de 1980 debido a la ausencia de un pacto democrático en materia de derechos fundamentales. La mayoría de las demandas sociales de los últimos años, agrega la autora, han estado asociadas a reclamos por nuevos derechos y/o mejores protecciones que los que actualmente posee nuestra Constitución. Se refiere, al respecto, al rol que han tenido el Poder Ejecutivo y el Judicial en la ampliación de los derechos fundamentales desde el retorno a la democracia, y destaca la importancia de conseguir una Constitución democrática y pactada.

No se refiere, sin embargo, a cuál es en su opinión la mejor vía para conseguir una Constitución con aquellas características, pero sí señala que en la definición de los derechos fundamentales es sano que se produzca un debate político en el que podamos participar todas y todos. Si bien también realiza una disquisición respecto de la conformación del Congreso Nacional, concluyendo que en principio podría calificársele de proclive a la ampliación del catálogo de derechos y sus garantías, no es posible inferir de aquella que la autora proponga que esta sea la vía para conseguir una Constitución democrática y pactada.

Si bien la definición de la vía para lograr una Constitución legítima desde una perspectiva democrática pareciera exceder la pregunta que nos convoca en este espacio, como ya señalaba al analizar la propuesta del profesor Hernández, el ingreso de nuevos derechos al catálogo constitucional o la reformulación de los mismos debe, además de venir acompañado de razones de peso sobre la necesidad de una protección reforzada, contar con consensos suficientes en nuestra comunidad. Desde la perspectiva de la legitimidad de la restricción al debate mayoritario, es tremendamente relevante el mecanismo que se escoja para reformar o adoptar un nuevo catálogo de derechos fundamentales y una nueva Constitución. De este modo, en un futuro proceso constituyente, ambas discusiones (ampliación del catálogo de derechos fundamentales y la vía o mecanismo para reformar o adoptar una nueva Constitución) no deben sostenerse de manera aislada, ya que están estrechamente relacionadas.<sup>13</sup>

13 Tampoco, por cierto, puede marginarse del debate la definición de Estado que se consagrará en la nueva Constitución, la que debe ser coherente con la clase de derechos que se reconozca, pudiendo ser esa definición, por ejemplo, la del “Estado Social y Democrático de Derechos”.

---

Luego de hacer las reflexiones recién comentadas, Liliana Galdámez analiza la incorporación de los derechos ambientales o del entorno tanto en las constituciones latinoamericanas y europeas, como en nuestra Constitución de 1980.

En particular, en el ámbito doméstico o nacional, la autora sostiene que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se ha entendido por la comunidad jurídica desde la perspectiva administrativista, en perjuicio de una visión de derecho fundamental.

En su ponencia la autora propone, en definitiva, la inclusión en una futura Constitución democrática de una cláusula general que asuma el desarrollo sostenible como eje rector y la inclusión del derecho a vivir en un medioambiente sano. Ello, a su juicio, permitiría manejar nuevas categorías que se hagan cargo de la cuestión ambiental desde una perspectiva constitucional, superando en definitiva la actual comprensión del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación desde una perspectiva administrativista. Esta fórmula, que comprende derechos y principios, conduciría la labor de los jueces y constituiría una carta de navegación para los poderes del Estado.

En relación con la inclusión de una cláusula general que asuma el desarrollo sostenible como eje rector en la materia, durante su presentación, Galdámez sostiene que la sostenibilidad es un concepto central a la hora de abordar las temáticas del entorno, que opera no solo como un criterio esencial para la protección del ambiente, sino que como condición para su protección. En relación con esta interesante propuesta, resulta relevante recordar que el marco jurídico medioambiental actual (Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente) no recoge de manera expresa este principio, pero sí reconoce otros, como el principio preventivo, el principio del que contamina paga, el principio de la responsabilidad, el principio participativo y el principio de la eficacia, entre otros (todos ellos perfectamente armonizables con un principio de desarrollo sostenible). De este modo, sería interesante tener presente cómo habría de engarzarse la nueva regulación constitucional con el marco jurídico legal para dar eficacia en la práctica al referido derecho. De todos modos, sería importante reflexionar sobre si el manejo de este derecho desde una perspectiva constitucional —y no administrativista— se corrige únicamente con la inclusión de una cláusula general que fije el desarrollo sostenible como eje rector.

En cuanto a la propuesta de incluir el “derecho a vivir en un medioambiente sano”, no queda del todo claro si la incorporación de dicho derecho en la nueva Constitución habrá de ser similar o no al reconocimiento actual del derecho contemplado en el art.19 N° 8 o si requerirá una reformulación (que vaya más allá de la inclusión del principio de desarrollo sostenible). La profesora Galdámez utiliza la

expresión “medioambiente sano” (al igual que las constituciones Argentina y de Costa Rica), a diferencia de nuestra Constitución actual que se refiere al “medioambiente libre de contaminación”, sin embargo, no se profundiza en las consecuencias que habría de tener el cambio de lenguaje. Esta cuestión, sin duda, habría que necesariamente discutirla en un futuro proceso constituyente. Asimismo, sería pertinente analizar la necesidad de revisar las garantías que se establecen para la protección de este derecho, por ejemplo, preguntándonos si resulta apropiado el Recurso de Protección para ello o si habría que repensar la manera de garantizarlo.

### *Palabras finales*

Las ponencias que motivan este comentario establecen un punto de partida compartido por la gran mayoría de los críticos de nuestra Constitución, cual es que nuestro catálogo de derechos fundamentales es incompleto. Ello podría subsanarse, de acuerdo a lo planteado por los autores, tanto a través de la incorporación de nuevos derechos, como mediante la reformulación o incorporación adecuada de derechos que ya se encuentran consagrados en la Constitución pero de manera deficitaria.

Las constituciones son el reflejo de un acuerdo social determinado por parte de una comunidad política específica. En este sentido, el actual art. 19 de la Constitución, a la luz de los acontecimientos sociales de los últimos años, no parece ser un texto que logre satisfacer tales demandas de la sociedad. Es necesario de esta forma, comenzar el proceso de fortalecimiento del catálogo existente o, mejor aún, la creación de uno completamente nuevo en un proceso constituyente que nos permita adoptar un nuevo pacto social, y por cierto, un nuevo pacto sexual.<sup>14</sup>

Sin duda, el desafío de incluir nuevos derechos, tal como se ha dicho, no solo se limita a escribir un amplio y renovado listado, sino que también implica que tenga sentido que cada derecho constitucional sea elevado a esta categoría, que es esencialmente contra-mayoritaria y que está reservada para la protección de aspectos fundamentales de las personas en un Estado.

---

14 En el sentido de PATEMAN (1995), pp. 9-57.

---

## **Bibliografía**

AGUILAR, Gonzalo; Sandra LAFOSSE; Hugo ROJAS & Rebeca STEWARD (sin fecha): “Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina”, *Conflict Prevention and Peace Forum*. [Disponible en: <[http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis\\_Comparado\\_del\\_Reconocimiento\\_Constitucional\\_de\\_los\\_Pueblos\\_Indigenas\\_en\\_Ame%CC%81rica\\_Latina%20\\_Dec%202010\\_CPPF\\_Briefing\\_Paper\\_f.pdf](http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%CC%81rica_Latina%20_Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf)>]

BUSCH, Tania (2012): “El concepto de Constitución y la Incomodidad Constitucional en Chile”, *Global Jurist*, Vol. 12: Iss. 2 (Topics), Article 5.

GARGARELLA, Roberto & Christian COURTIS (2009): “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, *Serie Políticas Sociales*, N° 153, CEPAL.

GARGARELLA, Roberto (2014): *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz Editores, Buenos Aires.

PATEMAN, Carol (1995): *El contrato sexual*, Anthropos-UAM, México D.F.

ZÚÑIGA, Francisco (2007): “Vieja-Nueva Constitución”, *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 1.

## **Jurisprudencia**

Corte Interamericana Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, N° 245.

Corte Interamericana Derechos Humanos, Caso Gelman v. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, Párr. 239.

**TERCERA PARTE**  
**CONFIGURACIÓN DE LA NUEVA ORGÁNICA**  
**CONSTITUCIONAL**





## **I. RÉGIMEN POLÍTICO**



# EL RÉGIMEN POLÍTICO Y EL MODELO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA\*

Esteban Szmulewicz Ramírez

## Introducción

Es indudable que cualquier debate sobre la necesidad de una nueva Constitución para Chile debe contemplar el asunto de la organización horizontal del poder político, en otras palabras, del diseño de la forma de gobierno. Se trata, sin duda, de un tema conflictivo en el debate constitucional y político nacional, lo que se refleja, entre otras situaciones, en el hecho de que se hayan constituido múltiples comisiones de estudio, propuestas de reformas constitucionales, y encuentros académicos y políticos destinados a debatir la conveniencia o no, de moderar o derechamente modificar la forma neopresidencialista de gobierno actualmente vigente en nuestro país.<sup>1</sup>

De hecho, a comienzos de la transición, en un libro publicado en 1992,<sup>2</sup> un grupo transversal de académicos, intelectuales y políticos coincidían en cuestionar las ventajas del presidencialismo en nuestro país, enfatizando, entre otros aspectos, los frecuentes cambios de gabinetes; la formación y ruptura de alianzas de partidos que apoyaban presidentes minoritarios; los enfrentamientos Presidencia-Congreso que, en numerosas ocasiones, derivaron en parálisis y, en cuatro ocasiones, en colapsos institucionales (1829, 1891, 1924-25 y 1973); y la pérdida de relevancia del Congreso Nacional. Estos factores, sostenían los autores, continuarían bajo el alero de la Constitución de 1980, aún con las reformas del año 1989.

El presente trabajo se enmarca en la línea del libro citado, con el añadido de encuadrar la evaluación acerca de una nueva forma de gobierno en el contexto de la teoría de la democracia deliberativa, que, estimamos constituye un arsenal teórico capaz de esclarecer las virtudes y defectos de la forma de gobierno en términos de ciertos ideales políticos. Por último, se ponen de relieve ciertos aspectos del sistema político

---

\* Agradezco los comentarios y edición de Sergio Guzmán Costabal, investigador del Centro de Estudios Constitucionales y Administrativos de la Universidad Mayor. Los errores u omisiones son de responsabilidad del autor.

1 Como botón de muestra, piénsese simplemente en el debate generado durante la gestación de las reformas constitucionales del año 2005 (Ley N° 20.050) en relación a los eventuales cambios al neopresidencialismo imperante (Historia de la Ley N° 20.050, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile) y en la Comisión especial sobre modernización del régimen político chileno, creada por la Cámara de Diputados durante el año 2008, la cual, de alguna manera, es heredera de aquella creada por la misma rama del Congreso Nacional en mayo de 1990.

2 GODOY (1992). A su turno, este libro fue tributario, en cierta medida, de uno previo: GODOY (1990).

---

que también requieren una importante revisión a fin de hacer a nuestras instituciones representativas más coherentes con el ideal de la democracia deliberativa.

## **I. Marco teórico: la teoría de la democracia deliberativa**

Hecha esta introducción, y antes de esbozar los principales elementos de la teoría de la democracia deliberativa que guiarán el análisis, cabe hacer presente que la forma de gobierno en Chile puede ser caracterizada por las siguientes dos notas principales, que configuran un sistema que ha sido denominado como “presidencialista”<sup>3</sup> o “neopresidencialista”<sup>4</sup>: (i) existencia de Ejecutivo unicéfalo, con legitimidad democrática directa, con mandato temporal y generalmente no renovable, en contraposición a la legitimidad, también directa, del Congreso Nacional; (ii) concentración de amplias atribuciones en el Presidente de la República, particularmente en materia de tramitación legislativa.

Dicho lo anterior, estimamos que la evaluación de las instituciones requiere la construcción de una cierta teoría de la democracia a partir de la cual se contrasten los ideales proclamados con el diseño constitucional y la práctica política. Lo anterior se justifica por cuanto los arreglos institucionales reflejan ciertos ideales acerca de los objetivos a perseguir en el sistema político, al tiempo que producen efectos que se aproximan, más o menos, a dichos ideales. La justificación de por qué los valores propios de la teoría de la democracia deliberativa, y no otros, deberían guiar el diseño institucional es un asunto que escapa al objetivo de estas líneas.<sup>5</sup> Únicamente se busca contrastar la coherencia o no de tal o cual diseño institucional respecto de la teoría deliberativa de la democracia, toda vez que las normas y prácticas constitucionales no pueden ser entendidas e interpretadas sino a la luz de ciertos objetivos o valores, esto es, aquellos que se estiman más justificados. En otras palabras, no se puede encarar la tarea de ponderar cuál diseño institucional es mejor para alcanzar la legitimidad y estabilidad, sin una previa concepción acerca de la democracia que explique y justifique su valor.

Ahora bien, existen múltiples y diversas conceptualizaciones acerca del concepto de democracia deliberativa. En este trabajo se recurrirá a la aproximación de Roberto Gargarella,<sup>6</sup> por ser aquella que permite una mejor y más precisa operacionalización en términos de la forma de gobierno.

---

3 NOGUEIRA (2008).

4 CRISTI & RUIZ-TAGLE (2006).

5 Para un desarrollo de este punto, *cfr.* NINO (1997), pp. 154-201.

6 GARGARELLA (s/f) p. 1-2.

Gargarella sostiene que la democracia deliberativa se basa en tres supuestos: i) concepción antielitista, en el entendido de que no existe una persona o grupo de personas que se encuentren mejor capacitadas para decidir imparcialmente acerca de los problemas de interés colectivo; ii) capacidad de transformación de las preferencias, toda vez que no se toman las preferencias individuales como dadas de antemano, sino que se considera que lo propio de la política, a diferencia de la esfera del mercado, es que los ciudadanos deben ser capaces de expresar sus preferencias en argumentos intersubjetivamente válidos, y que consideren el impacto de estas en los demás sujetos, por lo que la interacción comunicativa tiene el potencial de transformar las preferencias de los sujetos que intervienen en el proceso deliberativo; y iii) racionalidad de la discusión, incluyendo la publicidad, e imparcialidad, para que a través de esta se puedan descubrir errores lógicos y fácticos en el razonamiento, proveer de más y mejor información a los ciudadanos y exponerlos a distintas alternativas entre las cuales puedan optar.

## II. Críticas al presidencialismo desde la teoría de la democracia deliberativa

A partir del marco conceptual esbozado en el apartado anterior, es posible reformular el conjunto de críticas generales a la forma de gobierno presidencialista de la siguiente manera:

### a. *Dispersión funcional de la soberanía*

El resultado de la deliberación se quiebra en dos expresiones diferentes en el mismo nivel de gobierno. De esta forma, nadie puede invocar por sí mismo la voz del pueblo, pero esto no es efecto de que la “voz del pueblo” se componga de la convergencia de muchas voces representativas de diferentes sectores ideológicos, sino que esa voz no se oye, dada la superposición de voces con distinto registro que representan al mismo electorado. En otras palabras, se descompone el resultado del debate público de tal forma que no permite garantizar que el consenso vehiculado a través de ese debate se traduzca en directivas de acción política unívocas.<sup>7</sup> En la misma línea, Cass Sunstein agrega que la dispersión funcional de la soberanía contribuye a la dificultad para adoptar decisiones, favoreciendo la defensa del *statu quo* o, lo que es casi lo mismo, la actuación pasiva del gobierno,<sup>8</sup> en que “la distribución dada de la propiedad privada prevalece”.

Por una parte, aún si el Congreso y el Presidente reflejaran el consenso mayoritario que resulta de la deliberación, el sistema presidencialista no prevé una

7 NINO (1992), pp. 37-40.

8 SUNSTEIN (1985), pp. 44-45.

---

forma de coordinar la orientación del Presidente con la del Congreso Nacional. Por otra parte, si el gobierno está dividido, el Presidente y el Congreso se embarcan en una dinámica de competencia/colaboración, y el elector llamado a expresar su voto no es capaz de atribuir responsabilidades específicas. El elector no sabrá castigar ni premiar con conocimiento de causa debido a este sistema de representación dual. En otras palabras, el gobierno dividido, impide identificar a los responsables del buen o del mal gobierno,<sup>9</sup> Esto, como se verá más adelante, se acentúa en el contexto de un sistema electoral proporcional y de partidos políticos fuertes y disciplinados, ya que estos dificultan el proceso de formación de coaliciones.

b. *Efecto en el tipo de liderazgo del Ejecutivo*

El Presidente, por lo general, no se siente atado al consenso alcanzado sobre cuestiones específicas y asume que su relación con el electorado es carismática y basada en la confianza personal. En términos de las campañas políticas, y dado el juego de “suma cero” de la contienda electoral presidencial, se produce una polarización que obliga a los candidatos a presentar programas vagos y promesas contradictorias, tratando de satisfacer distintos intereses y electorados.<sup>10</sup>

En resumidas cuentas, y como destaca Max Weber, el liderazgo carismático no solo atenta contra las instituciones, sino que es también la forma de autoridad más inestable, capaz de caer con la misma rapidez que surge dejando enormes vacíos de poder.<sup>11</sup>

c. *¿El Presidente es representativo del consenso social mayoritario?*

Aún en caso de que el Presidente sea elegido por medio de la técnica de doble vuelta electoral o balotaje, en que la candidatura electa en segunda vuelta deberá obtener el respaldo de la mayoría absoluta de los votos, ello no asegura que la vencedora sea expresión de un gran consenso mayoritario, ya que en la segunda vuelta muchos ciudadanos pueden haber votado simplemente por la que consideran menos mala. De hecho, Valenzuela, por ejemplo, cuestiona la segunda vuelta ya que el presidente electo, que puede alcanzar el apoyo mayoritario al sumar las segundas preferencias de electores que votan por el mal menor, se encontrará normalmente con un legislativo fragmentado sin una coalición confiable para gobernar.<sup>12</sup>

---

9 Cfr. NINO (1992), p. 58; GARGARELLA (s/f).

10 LINZ (1990).

11 BEETHAM (1979).

12 VALENZUELA (2011), p. 19.

Al mismo tiempo, la ciudadanía sabe que una vez electo el Presidente no será llamada a expresar sus preferencias sobre el principal centro de impulsión política, por lo que se genera un sentimiento de irresponsabilidad y se adopta una actitud crítica pero no propositiva respecto del gobierno, aun de parte de quienes originalmente favorecieron al candidato presidencial triunfador.<sup>13</sup>

d. *Tensiones entre Presidente y Congreso según Bruce Ackerman*

Desde otra perspectiva, aunque también reflexionando a partir de las premisas desarrolladas por la teoría deliberativa de la democracia, según Bruce Ackerman,<sup>14</sup> para obtener plenos poderes legislativos, no basta que un partido político gane una elección, sino que es necesario que gane en un número indeterminado de casos, dado que la legitimidad electoral del Presidente y la de ambas cámaras del Congreso responden a elecciones diferentes, que se realizan incluso en momentos distintos del ciclo político. Las respuestas a esta característica, según el mismo autor, pueden generar varios escenarios diferentes, según si el partido del Presidente y el partido dominante en el Congreso Nacional converjan o se diferencien. Si los partidos dominantes en ambas ramas políticas divergen, situación denominada como *impasse*, se pueden generar tres esquemas diferentes: i) acomodación, en el caso en que tanto el Presidente como el Congreso se embarquen en una serie de ejercicios de negociación que resulten en diferentes alternativas posibles de acción satisfactorias para la ciudadanía; ii) quiebre institucional, en el caso en que uno de los poderes asalte el sistema constitucional con la finalidad de instalarse como el único legislador válido; y iii) crisis de gobernabilidad, en el caso en que ambos poderes deciden relacionarse a través del abuso de las herramientas constitucionales a su disposición con el ánimo de dificultar, entorpecer o entorpecer la actividad del otro poder. De hecho, estas características sirven para cuestionar la factibilidad de exportar el sistema político norteamericano a otras latitudes, ya que la única hipótesis beneficiosa depende fuertemente de la cultura política y las negociaciones entre élites, y no es un efecto del diseño institucional.

A su vez, las investigaciones empíricas en ciencia política dan cuenta de que los quiebres institucionales han sido más frecuentes, y son más probables, en sistemas presidencialistas que en sistemas parlamentarios. De hecho, desde el año 1978, diecisiete presidentes latinoamericanos han debido abandonar el poder antes del término de sus mandatos, al presidir gobiernos paralizados por falta de apoyo en el Parlamento y pérdida de apoyo popular.<sup>15</sup> Ackerman sostiene que de los cerca de treinta países que han adoptado la forma presidencialista, todos han sufrido de una u otra

13 NINO (1992), pp. 53-4.

14 Ackerman (2000), pp. 644-52.

15 En el mismo sentido, cfr. Cheibub (1999), pp. 27-33. Para el caso de las presidencias interrumpidas en América Latina en el último cuarto de siglo, cfr. VALENZUELA (2004).



---

manera un quiebre institucional.<sup>16</sup>

Bajo un régimen parlamentario las crisis de gobernabilidad son menos frecuentes durante tiempos normales, toda vez que la forma de gobierno prevé varios mecanismos para solucionar o al menos aliviar los eventuales *impasses* que se puedan generar entre ambos poderes. Bajo el esquema presidencialista se promueve el conflicto antes que la cooperación, al resultar el proceso político en un juego de “suma cero”, en que el ganador de la elección presidencial se lleva casi todo el poder político, dada la enorme concentración de funciones en el Presidente de la República. En tanto, la gran ventaja del Parlamento, aún en el caso de sistemas electorales mayoritarios, es la representación de un mayor número de partidos y corrientes políticas.

En caso de que algún partido logre ganar suficientes elecciones como para tomar control de las instituciones relevantes para producir legislación —Congreso y Presidencia—, nos encontraremos bajo la modalidad denominada de “plena autoridad”. En este modo de funcionamiento, según la formulación de Bruce Ackerman, el partido político que haya obtenido los triunfos electorales necesarios como para controlar el proceso legislativo, situación excepcional y transitoria, tratará de fijar, petrificar, sus decisiones por un largo período de tiempo, de forma tal que las políticas adoptadas puedan superar las futuras adversidades electorales, anticipando las dificultades para alcanzar el modo de “plena autoridad”. Esta situación genera pérdidas en lo relativo a la eficacia de las medidas en el mediano plazo, ya que se favorecen políticas con fuerte valor simbólico que permitan al electorado ver resultados concretos en el corto plazo, y un sesgo hacia el legalismo mediante la incardinación en la legislación de principios generales y abstractos, cuya modificación sea costosa y difícil de conseguir para los subsiguientes gobiernos —atando de manos a las mayorías por venir—, y cuya concreción corresponda a los tribunales, lo cual también redundará en pérdida de eficacia de las políticas.

e. *Críticas desde la teoría de la representación*

Ahora bien, mirado el asunto del presidencialismo-parlamentarismo desde un ángulo completamente diferente, en términos de la teoría de la representación, se puede sostener que el presidencialismo maximiza el aspecto de la representación como mandato, ya que los representados pueden identificar a quien está encargado de defender sus ideologías.<sup>17</sup> Sin embargo, la relación del mandatario con la ciudadanía es difusa, ya que este no puede identificar a quienes votaron por él, vale decir, qué ideas e intereses defender, lo que, al tiempo que complejiza la identificación del mandato otorgado al gobernante, dificulta también la idea de representación como responsabilidad del

---

16 ACKERMAN (2000), p. 645.

17 En este punto, se sigue la formulación de NINO (1992), pp. 59-60.

mandatario. Por otro lado, la representación como reproducción, vale decir, la idea de sustituir al conjunto social por un cuerpo semejante en los aspectos relevantes, pero más manejable y operativo, no tiene ninguna cabida en el caso de este ejecutivo unipersonal.

Tanto Carlos Santiago Nino<sup>18</sup> como Bruce Ackerman,<sup>19</sup> sostienen que el sistema electoral de representación proporcional para la elección de los congresales es más compatible con la teoría deliberativa de la democracia que el sistema electoral mayoritario. Si esto es así, agregan estos autores, cabría optar por la opción parlamentaria de gobierno, toda vez que esta es, a su turno, más compatible con un Congreso elegido en base a la representación proporcional. Dicho de otra manera, dado que el presidencialismo y el sistema electoral parlamentario proporcional se repelen mutuamente y que este sistema electoral es superior al mayoritario en términos de la teoría deliberativa de la democracia, se sigue que es preferible la combinación entre el sistema proporcional y la forma parlamentaria de gobierno.

f. *Cuestionamientos al neopresidencialismo en Chile*

A este cúmulo de argumentos genéricos en contra del presidencialismo, cabe agregar algunas críticas basadas tanto en el diseño institucional como en la práctica de esta forma de gobierno en nuestro país.<sup>20</sup> En primer lugar, se sostiene que, en términos de sus atribuciones, el Presidente concentra el poder decisorio del Estado. Su autoridad se extiende al carácter colegislador (iniciativa, iniciativa exclusiva, urgencias, veto, decretos con fuerza de ley), la conducción de las relaciones internacionales, la conducción exclusiva en materia económica, el nombramiento de una gran cantidad de funcionarios de exclusiva confianza, entre otras muchas materias. Esta concentración de funciones no es gratuita, sino que se ejerce en desmedro del rol del Congreso Nacional, que tenía una posición cardinal en la Constitución de 1925: jugaba un papel central en la estructuración de coaliciones y acuerdos políticos para aprobar leyes e implementar las políticas públicas, constituyendo una arena clave para la consolidación del sistema de partidos políticos.<sup>21</sup>

De esta forma, la falta de poder de los congresales se traduce en un déficit en términos de responsabilidad. En concreto, dada la existencia de un Congreso

18 Nino (1992).

19 ACKERMAN (2000).

20 En contra de estas críticas, a mi juicio la mejor defensa del presidencialismo en Chile, fundada en la experiencia histórica, el diseño institucional y también la *performance* del régimen, ha sido formulada por Carlos Huneeus, en diversas publicaciones. Al respecto, *cfr.* HUNEEUS (2005) y HUNEEUS (2012). Por razones del énfasis de este trabajo, que apunta argumentos teóricos en contra del presidencialismo, particularmente aquellos que fundados en la teoría deliberativa de la democracia, no podremos enunciar ni menos aún hacernos cargo de los razonamientos de Huneeus, los cuales merecen un estudio propio aparte.

21 VALENZUELA (2011), p. 16.

---

débil, falta de poder y carente de la información necesaria para adoptar decisiones realistas y fundamentadas, se ha concluido que “la política deja de ser real, ya que le falta la posibilidad de asumir verdaderamente sus propias responsabilidades [...] y los demagogos no tienen en cuenta las consecuencias de sus discursos”.<sup>22</sup> Esto produce también una suerte de selección negativa, ya que priva a los mejores de interés por pertenecer al parlamento (Véase la creciente migración desde posiciones parlamentarias a posiciones ministeriales). Por otra parte, se afecta también a los partidos, ya que en un parlamento débil la coherencia ideológica, la disciplina y el papel de las bancadas tiende a disminuir.<sup>23</sup>

Finalmente, cabe hacer presente los argumentos vertidos por el voto de minoría de los ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona y Gonzalo García, en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que concede el beneficio del postnatal, Rol N° 2025-11.<sup>24</sup> En primer término, los magistrados sostienen que la facultad legislativa queda entregada por el constituyente al Congreso Nacional, siendo que las limitaciones a tal facultad en materias tales como el aumento del gasto público, tienen un carácter netamente excepcional. Dichas limitaciones deben interpretarse restrictivamente y sobre todo teniendo presente el “principio de corrección funcional” en las relaciones entre el Ejecutivo y el Congreso, ya sentado en la sentencia Rol N° 1867-2010 del Tribunal Constitucional, que implica que “se debe respetar el equilibrio diseñado por la Constitución en el sistema de frenos y contrapesos entre ambos órganos del Estado, de modo que nadie tenga más facultades que las que el ordenamiento jurídico le otorga” (considerando N° 6). En la misma línea, los ministros disidentes estimaron necesario recalcar los cambios en el contexto económico y constitucional experimentados por el país en los últimos años, concluyendo, en clara referencia a la evolución histórica de la normativa constitucional y de la doctrina nacional en materia de gasto público, que “producto del robustecimiento de la iniciativa exclusiva del Presidente en materia de gasto, ya no es el Congreso en quien radica la amenaza de un mayor gasto”, por lo que “en un contexto de abundancia de recursos públicos, el contrabalance que pueda ejercer el Congreso frente a una agresiva política de gasto fiscal del Ejecutivo se torna central” (considerando N° 12).

### **III. Elementos del régimen político**

No obstante estas críticas al sistema presidencialista, cabe hacer una analogía entre el diseño constitucional de la forma de gobierno y la arquitectura: se puede pensar en el óptimo edificio desde el punto de vista teórico-técnico y desde la particular visión

---

22 BEETHAM (1979).

23 Para un mayor desarrollo de esta idea, *cf.* VALENZUELA (2011), pp. 16-7.

24 Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2025-11.

del arquitecto, pero desde el punto de vista del diseño y desarrollo de la ciudad, se tiene que pensar en la coherencia de ese edificio con su entorno, su sustentabilidad, el correcto uso de materiales, etc. En este sentido, el debate acerca del régimen político hay que situarlo naturalmente en el contexto de nuestra tradición jurídico-política, la evolución institucional y también el entorno latinoamericano.

La otra razón para considerar estos elementos adicionales del sistema político radica en que el peso del Parlamento en el ejercicio de sus funciones de orientación política, deliberación y fiscalización de la acción del gobierno, no está determinado solo por el tenor de las disposiciones constitucionales, sino que también por las prácticas y la dinámica política que inciden en la interpretación de los textos constitucionales y en donde influyen fuertemente los elementos que se mencionarán más adelante.

De esta forma, si bien mi preferencia teórica es hacia el régimen parlamentario, que es más compatible con una forma deliberativa de democracia, siguiendo la analogía con la arquitectura y la planificación territorial, considero muy importante tener presente que en las condiciones y contexto actual en Chile se vuelve muy difícil la implementación del parlamentarismo. Por tal razón, resulta importante considerar aquellos elementos del sistema político conexos con la forma de gobierno que, dadas las complejidades de un cambio mayor, permitirían acercar el sistema político chileno al ideal deliberativo. Estos elementos son los siguientes.

### **III. 1. Sistema electoral parlamentario de corte proporcional corregido\***

El sistema electoral para la elección de los miembros del Congreso Nacional juega un rol central en cuanto permite a los ciudadanos participar, de manera igualitaria y libre, en la elección de los representantes políticos y en la formación de la voluntad mayoritaria de la comunidad. Además, el mecanismo electoral fuerza a los partidos políticos a volcar sus energías hacia la sociedad y ser más receptivos con esta, siempre que se estimule la competencia entre visiones alternativas de la sociedad y la posterior representación de estas visiones en el parlamento. Finalmente, los sistemas electorales pueden incentivar la participación ciudadana, al generar la oportunidad para la discusión e información política. Habermas hablará, en el contexto de su relectura de las tesis de Hanna Arendt, de la necesidad de una génesis democrática institucionalizada de las decisiones públicas, esto es, que el proceso de producción de normas se efectúe en condiciones institucionalizadas de política deliberativa, mediante los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, uno de cuyos principales dispositivos es el sistema electoral.<sup>25</sup>

\* *Nota de los editores*: a la fecha de recepción de este artículo aún no se había aprobado en el Congreso el nuevo sistema electoral, el cual es precisamente de corte proporcional moderado, en armonía con lo planteado en el presente texto.

25 HABERMAS (1998), pp. 370-4.

---

En el contexto de las sociedades políticas complejas, ello implica la adopción de un sistema electoral que tienda hacia la integración y representación lo más amplia posible de los diversos intereses e identidades político-sociales, por cuanto el autogobierno del pueblo se ejerce principalmente mediante las elecciones. En consecuencia, una forma de asegurar la legitimidad de un gobierno consiste en verificar que se ha configurado un acceso al poder igualitario y plenamente representativo del espectro social. Cabe destacar que si se conciben las elecciones como un mecanismo destinado a producir una asamblea representativa que pueda ser considerada como lo más cercana posible a un espejo de la sociedad, y en el seno de la cual se construyan las coaliciones políticas que formarían los propios ciudadanos si estuvieran gobernados bajo una forma de democracia directa, entonces el método electoral preferido será el sistema proporcional. Se trata, en breve, de que todos los ciudadanos tengan “voces” que articulen sus intereses en la asamblea legislativa. En otras palabras, cuando las preferencias de algún sector social no se ven reconocidas por el sistema político, ese grupo o sector se puede sentir excluido de la comunidad política.<sup>26</sup> Así, por ejemplo, la experiencia empírica comparada muestra que bajo sistemas proporcionales se obtiene una más adecuada representación de género y de sectores tradicionalmente marginados, como los jóvenes o las minorías étnicas. De hecho, se sostiene que las políticas de acción positiva o afirmativa se aplican más fácilmente cuando se trata de lograr un balance en la composición social de las listas partidarias en un sistema proporcional, que en un sistema mayoritario.

Finalmente, una mayor proporcionalidad redundaría en una mayor participación política, en la medida en que se “pierde” un número menor de votos, ya que la mayoría de ellos se convierten efectivamente en escaños parlamentarios, lo que genera un mayor incentivo para votar. Por otra parte, un sistema proporcional tiende a aumentar el número de partidos, lo que incrementa el número de opciones electorales disponibles para la ciudadanía.

En definitiva, cabe recordar las palabras de Hans Kelsen, quien concluía que: “el sistema de la representación proporcional es la mayor aproximación posible al ideal de autodeterminación en una democracia representativa y, por tanto, el sistema electoral más democrático, precisamente a causa de que no exige una lucha competitiva por el voto del pueblo”;<sup>27</sup> ante lo cual Luigi Ferrajoli agrega que “al garantizar la igualdad política en el derecho de voto y la representación de todo el electorado, es el único sistema electoral efectivamente representativo”.<sup>28</sup>

---

26 PRZEWORSKI (2010), pp. 168-9.

27 KELSEN (1998), p. 320.

28 FERRAJOLI (2011), p. 87.

### III. 2. Reestablecer la regla de la mayoría y eliminar los quórum supramayoritarios de aprobación de leyes

El principio democrático, en el seno de sociedades complejas, debe reflejar el respeto a la igualdad democrática, a la voluntad del electorado manifestada a través de sus representantes y al autogobierno del pueblo. Sin embargo, la exigencia de obtener un número de votos superior a la mayoría para aprobar, modificar o derogar ciertas materias legislativas, tal como lo establece la Constitución chilena a través de la figura de las Leyes Orgánicas Constitucionales, constituye una alteración del principio democrático, en la medida en que otorga un poder de veto excesivo a la minoría parlamentaria y tiende a perpetuar el *statu quo*, otorgando una ventaja institucional a quienes se ven favorecidos por él. A lo anterior cabe sumar el efecto agregado del sistema electoral binominal, que sobrerrepresenta a la primera minoría electoral, y del control preventivo obligatorio del Tribunal Constitucional. De esta forma, la operatoria conjunta de estas tres instituciones: quórum agravado de las Leyes Orgánicas Constitucionales, sistema electoral binominal y control preventivo obligatorio ante el Tribunal Constitucional, configura una auténtica triada “antimayoritaria”.

Siguiendo a Ernst Böckenförde se puede sostener que existen dos principios clave para justificar la democracia como legítimo método de resolución de conflictos políticos: el principio de la libertad y el principio de la igualdad democrática. En virtud del primer principio, todos los ciudadanos, y no solo unos pocos, tienen que poder participar del proceso de toma de decisiones, por lo que para establecer el contenido del ordenamiento jurídico vigente se debe exigir, precisamente, el asentimiento de la mayoría. En consecuencia, sostiene el autor, “si se exigiera menos se perjudicaría a quienes se oponen a ese contenido, y si se exigiera más se perjudicaría a quienes lo respaldan”.<sup>29</sup> Por otra parte, en virtud del segundo principio, todos los ciudadanos deben disponer de *iguales* condiciones y derechos para participar en el proceso político, es decir, de iguales posibilidades u oportunidades para influir en el proceso de toma de decisiones políticas, por lo que no cabe establecer distinciones entre los derechos o facultades de participación política de unos ciudadanos, o grupos de ciudadanos, en desmedro de otros.

Un procedimiento que no respeta la igualdad o la libertad puede derivar en serios cuestionamientos a la justicia de las decisiones que se adopten en virtud de él. En otras palabras, “partiendo de la igualdad democrática, los votos —considerados desde una perspectiva jurídica— solo pueden ser contados, y no ponderados”.<sup>30</sup> Sin

29 BÖCKENFÖRDE (2000), p. 94.

30 ATRIA (2009), p. 47.

---

embargo, resulta claro que el mecanismo de quórum supramayoritario se inclina a ponderar los votos, y no simplemente a contarlos, lo que implica otorgar una mayor consideración a la opinión de la minoría. Para graficar esta conclusión, Lucas Sierra realiza un simple ejercicio consistente en contrastar, en el contexto de un cuerpo legislativo de 120 miembros, el valor del voto de la mayoría y el de la minoría en el contexto de un quórum de mayoría absoluta —en este caso cada voto, tanto si se está con la mayoría o con la minoría—, cuenta igual a uno. Sin embargo, en el contexto del quórum supramayoritario de cuatro séptimos de las Leyes Orgánicas Constitucionales, los votos de la minoría (59) valen 1,12, mientras que los votos de la mayoría (61) cuentan 0,88.<sup>31</sup>

Es por esto que el propio Böckenförde, a pesar de valorar el consenso supramayoritario al momento de la aprobación de la Constitución, se manifiesta crítico de la búsqueda permanente de consensos políticos en el plano legislativo, señalando:

El derecho de la mayoría a tomar decisiones vinculantes no puede ser puesto en cuestión tomando pie en la idea de que la democracia debe basarse de modo continuado en el consenso y de que, sobre todo en cuestiones de importancia política, debe estar orientada a lograr el consenso. Desde luego las decisiones democráticas tienen su punto de partida en, y se plantean desde, la participación de todos y el derecho a una igual cooperación política; surgen por tanto a partir de un proceso abierto y público de la formación de la voluntad política y de la búsqueda (parlamentaria) de la decisión, que está asegurado y configurado mediante un procedimiento. Y, de esa forma, están presentes en él también impulsos hacia el acuerdo y el compromiso, hacia una influencia recíproca entre mayoría y minoría. Pero al término de este proceso, sin embargo, resulta necesaria la posibilidad de, e incluso el derecho a, llegar a una decisión [...] En cuántas de estas decisiones pueda aspirarse al consenso y buscarlo, en cuántas de ellas se esté dispuesto a no hacer uso de la propia mayoría a favor del acuerdo y del compromiso, es algo que depende de la cultura política democrática y del espíritu en el que se desenvuelve la democracia.<sup>32</sup>

Por último, McGann construye una interesante defensa del principio de mayoría simple sosteniendo que este tiende a lograr una mejor protección de las minorías que cualquier otra regla de toma de decisiones. Para arribar a esta conclusión el autor formula una serie de argumentos, comenzando por la evidente observación de que en casos de mayoría simple las preferencias de las minorías pueden conseguir más fácilmente una coalición política que les sirva para derogar o repelar aquellas medidas

---

31 SIERRA (2011), p. 15.

32 BÖCKENFÖRDE (2000), p. 94.

que las desfavorezcan. Una regla supermayoritaria, en cambio, hace más difícil para una minoría perjudicada por una cierta política, poder construir la coalición necesaria como para derrumbarla. Por otra parte, y en conexión con la idea anterior, la regla de mayoría simple incentiva a las coaliciones políticas a incluir a las minorías, al menos a aquellas minorías que profesan afinidad con la sensibilidad ideológica de la coalición gobernante, “garantizando que no hayan perdedores permanentes”. Toda vez que el riesgo, más inmediato en caso de mayoría simple que en caso de mayoría basada en un quórum supramayoritario, de una minoría descontenta que abandona la actual coalición gobernante para construir una nueva, incentiva al grupo mayoritario a transar con la minoría e incluirla en su programa de gobierno. Si no hay perdedores permanentes, eso implica que todos los actores tienen incentivos para seguir participando en el proceso político, en la medida en que existe la posibilidad cierta de vencer a los incumbentes en algún momento futuro.<sup>33</sup> En otras palabras, como señala Gonzalo García, “en la medida en que se incrementan los quórum de aprobación de una norma, la minoría define los términos de la decisión pública, con lo cual la democracia pierde poder de representación y reduce su inclusividad”.<sup>34</sup> Como consecuencia de la lógica coalicional previamente expuesta, la regla de mayoría incentiva la moderación y el compromiso entre diferentes grupos políticos, por cuanto aquellos que manifiesten preferencias más intransigentes, serán excluidos del juego político, ya que su presencia no es necesaria para lograr acuerdos y aprobar leyes, con lo cual se verán aún más perjudicados que si transan en cierta medida sus preferencias. Todo lo contrario ocurre con la regla de la supermayoría, en que el negocio del bloqueo y la intransigencia resulta rentable para una minoría, ya que tiene en sus votos el poder de bloquear los cambios favorecidos por la mayoría y con ello mantiene los privilegios o ventajas que le concede el *statu quo*.

### III. 3. Morigerar las reglas sobre iniciativa legislativa exclusiva presidencial

En la actualidad, el art. 65 de la Constitución de 1980, que no ha sido objeto de reforma alguna durante el período de vigencia de la carta fundamental, preceptúa, en lo pertinente, lo siguiente: “Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos”. El inciso cuarto agrega:

Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: [...] 2º.- Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales,

33 MCGANN (2002), pp. 12-4.

34 GARCÍA (2011), p. 176.



---

semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones; [...] 4º.- Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos.

Finalmente, el último inciso del precepto constitucional mencionado dispone: “El Congreso Nacional solo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República”. En otras palabras, el constituyente quiso, en caso de que quedara cualquier duda interpretativa sobre el alcance de las materias propias de iniciativa exclusiva presidencial que involucran presupuestos públicos, clausurar toda posibilidad de que los parlamentarios propusieran dichas normas mediante este inciso.

Al respecto, cabe en primer término sostener que, dada la conocida evolución histórica de esta institución, la progresiva concentración de funciones presupuestarias y de gasto público en el Presidente de la República no necesariamente se tradujo en una mayor responsabilidad fiscal. Es plausible sostener, en consecuencia, que ciertas variables de contexto tales como la polarización política de la época, el analfabetismo y la menor educación del electorado, la inexistencia de una cultura de responsabilidad presupuestaria, el incremento excesivo e incontrolado de las presiones sociales por gasto público, entre otras, influyeron, más que las variables institucionales (o la falta de ellas), en los déficit e ineficiencias fiscales observadas durante el período final de vigencia de la Constitución de 1925.

Por otro lado, cabe mencionar el argumento de que, dadas las características intrínsecas del presidencialismo, el sistema predispone a un tipo de política personalista, centrada en el carisma y las características del sujeto instalado en el sillón presidencial. La naturaleza de la campaña electoral permite al candidato a la Primera Magistratura separarse de los partidos políticos y construir su propia plataforma política. Si resulta electo, el Presidente tiende a distanciarse aún más de los líderes partidarios y de los parlamentarios, buscando interpretar el resultado electoral como un voto de confianza del pueblo en su persona, siendo el partido político nada más que un vehículo de campaña para la proyección de la propia personalidad e ideales del candidato. En el terreno legislativo, esto se traduce en que muchas veces el Presidente buscará apoyo

a sus iniciativas en partidos diferentes, incluso opuestos al suyo, dado que la lealtad de sus propios partidarios no es una condición necesaria para su mantenimiento en el poder, a diferencia de lo que ocurre bajo un régimen parlamentario en que la pérdida de apoyo del propio partido se traduce normalmente en una moción de censura o bien en el fracaso de un voto de confianza intentado por el Primer Ministro.<sup>35</sup> De esta manera, desde la perspectiva de la democracia deliberativa, se critica el hecho de que el pueblo deba situar toda su confianza en la integridad, los ideales y las capacidades individuales de una sola persona, a diferencia de la lógica subyacente en un sistema parlamentario en que la ciudadanía debate acerca de cuál partido político, según su declaración de principios, su programa de gobierno y su trayectoria pasada, expresa mejor los ideales colectivos de la mayoría.<sup>36</sup> Por otro lado, esta ausencia de capacidad de lograr un consenso entre los canales institucionales del Presidente y del Congreso, pueden generar que el primero, en virtud de sus atribuciones, pretenda apelar directamente al pueblo, esquivando o eludiendo la representación parlamentaria, o bien pretenda liberarse de la “carga” de tener que construir consensos en el parlamento, mediante el recurso a la delegación de facultades legislativas, o, por otro lado, intentando desarrollar su programa a través de simples decretos. Ambas situaciones son evidentemente negativas desde la perspectiva de la democracia deliberativa.

### III. 4. Reforzar los partidos políticos

Finalmente, cabe mencionar la importancia de los partidos políticos en el modelo de democracia deliberativa. Quien ha planteado de mejor manera esta cuestión es Pasquino, para quien los partidos realizan tareas socialmente útiles y coherentes con el modelo deliberativo, a saber: (i) presentan candidatos a cargos públicos; (ii) constituyen espacios de participación política y sirven para canalizar la participación en la sociedad; (iii) formulan programas que son la base de las políticas públicas; y (iv) obtienen y detentan cargos de autoridad y gobiernan con el objetivo de ser reelectos, con lo cual articulan una forma responsable y estable de gobierno.<sup>37</sup>

Ahora bien, no parece necesario precisar demasiado el estado de deslegitimación social que sufren los partidos, según dan cuenta las principales encuestas de opinión pública y los datos de participación política de los ciudadanos. No ayuda a superar esta percepción negativa el tratamiento que le da la Constitución a nuestros partidos políticos, en términos de prohibiciones y limitaciones, trasuntando una idea de desconfianza y necesidad de restricciones hacia ellos. En contraste, cabe recordar lo establecido en algunas constituciones europeas. Por ejemplo, el art. 21 de

35 ACKERMAN (2000), pp. 657-9.

36 *Ibid.*, p. 662.

37 PASQUINO (2009).

---

la Ley Fundamental de Bonn establece que los partidos cooperan en la formación de la voluntad política del pueblo; el art. 4º de la Constitución francesa de 1958 dispone que los partidos y las agrupaciones políticas concurren a la expresión del sufragio; y el art. 49 de la Constitución italiana determina que los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente en partidos para determinar democráticamente la política nacional.

Frente a esto, Eduardo Saffirio sugiere las siguientes reformas, que están en línea con el modelo deliberativo de democracia:

1) Establecer un conjunto de reglas e instituciones vinculadas a fiscalizar el rol público de los partidos políticos, mediante la sanción de las campañas negativas y la “publicidad engañosa”, que contribuyen fuertemente a la desafección ciudadana. Esto podría estar fiscalizado mediante una Superintendencia de Partidos.

2) Mejorar la democracia interna y la capacidad de los partidos de interactuar con la sociedad civil, mediante formas de trabajo conjunto con las organizaciones sociales, el fortalecimiento de los derechos de participación y expresión política de los militantes de los partidos, y la estricta fiscalización y control de las autoridades internas de los partidos a fin de evitar los caudillismos.

3) Reducir los montos de límite electoral y establecer mecanismos de financiamiento público a la actividad regular de los partidos políticos, lo cual dificulte que los partidos terminen dependiendo de los grupos de poder y de presión. El financiamiento público debe estar ligado al desarrollo de determinadas tareas de bien público: formación ciudadana, educación cívica de los militantes y adherentes, provisión de servicios de asesoría a dirigentes internos y representantes elegidos en los diversos niveles del sistema político, generación de propuestas programáticas y de políticas públicas, entre otras.<sup>38</sup>

## **Conclusiones**

1. Este trabajo ha aportado a la consideración de la superioridad deliberativa del parlamentarismo respecto del presidencialismo. Siguiendo a Linz, Valenzuela, Nino y Gargarella, entre otros, se puede sostener que el parlamentarismo constituye el mejor diseño institucional desde el punto de vista de la representación reflejo, puesto que aumenta la calidad del debate público, en la medida que el Poder Ejecutivo en un sistema parlamentario está destinado a servir como un fiduciario de los acuerdos políticos construidos deliberativamente en el parlamento, siendo siempre responsable ante él a través de la moción de censura.

---

38 SAFFIRIO (2011), pp. 7-10.

2. Ahora bien, cabe tener presente las complejidades de instalar una forma parlamentaria de gobierno en Chile. El ideal de la democracia deliberativa sirve como estándar regulativo a la hora de reforzar y ratificar las críticas a nuestra particular forma de hiperpresidencialismo, que se podrían sintetizar en las siguientes: la doble fuente de legitimidad democrática, la falta de válvulas de escape en casos de crisis de gobernabilidad, las dificultades para atribuir responsabilidades, la personalización del liderazgo, las críticas desde el punto de vista de las modalidades de representación y la hegemonía del Ejecutivo sobre el Legislativo.

3. Por otro lado, y en consonancia con el punto anterior, la deliberación pública se fortalece en nuestro país mediante el fortalecimiento del Congreso Nacional como espacio e institución central de la deliberación, lo cual implica conducir al debate constitucional al menos las siguientes materias: i) el establecimiento de un sistema proporcional corregido para la elección de los parlamentarios; ii) el restablecimiento de la regla de la mayoría mediante la eliminación de las leyes de quórum supramayoritario; iii) la morigeración de las reglas sobre iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República; y iv) la regulación de las funciones, funcionamiento y actividades de los partidos políticos, en cuanto canales principales de conducción de las demandas ciudadanas.

4. Estas reformas permitirían acercar nuestro sistema político al ideal antielitista, comunicativo y racional de la democracia deliberativa.

## **Bibliografía**

- ACKERMAN, Bruce (2000): “The New Separation of Powers”, *Harvard Law Review*, Vol. 113, N° 3.
- ATRIA, Fernando (2009), “La verdad y lo político (II). Democracia y ley natural”, *Persona y Sociedad*, Vol. XXIII, N° 2.
- BEETHAM, David (1979): *Max Weber y la teoría política moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst (2000): *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Trotta, Madrid.
- CEA, José Luis (1990): “Presidencialismo reforzado. Críticas y alternativas para el caso chileno”, Óscar Godoy (Ed.), *Cambio de régimen político*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
- CHEIBUB, José Antonio (1999): “Divided Government, Deadlock and the Survival of Presidents and Presidential Regimes”, *paper* presentado en la conferencia *Constitutional Design 2000*, Center for Continuing Education, University of Notre Dame.
- CRISTI, Renato & Pablo RUIZ-TAGLE (2006): *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*; LOM, Santiago.

---

FERRAJOLI, Luigi (2011): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid.

GARCÍA, Gonzalo (2011), “Reformas políticas presentas por el Ejecutivo”, Javier Couso (Ed.), *Anuario de Derecho Público 2011*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

GARGARELLA, Roberto (sin fecha): “La democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo”. Disponible en: <<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/la%20democracia%20deliberativa%20en%20el%20análisis%20del%20sistema%20repres.pdf>> [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2012].

GODOY, Óscar (1990): *Hacia una democracia moderna: la opción parlamentaria*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

\_\_\_\_\_ (1992): *Cambio de régimen político*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2003): “Parlamento, presidencialismo y democracia protegida”, *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. XXIII, N° 2.

HABERMAS, Jürgen (1998). *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.

HUNEEUS, Carlos (2005): “¿Por qué ha funcionado el presidencialismo en Chile? Factores institucionales y el liderazgo de Patricio Aylwin”, *Persona y Sociedad*, Vol. XIX, N° 2.

HUNEEUS, Carlos (2012): “El presidencialismo semi-soberano”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol. 21, N° 2.

KELSEN, Hans (1992): *Esencia y valor de la democracia*, Colofón, México D.F.

LINZ, Juan (1990): “Presidencialismo o parlamentarismo. ¿Hace alguna diferencia?”, Óscar Godoy (Coord.), *Hacia una democracia moderna: la opción parlamentaria*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

LINZ, Juan & Arturo VALENZUELA (1989): “Presidencialismo, semipresidencialismo y parlamentarismo”, *Estudios Públicos*, N° 36.

McGANN, Anthony (2002), “The Tyranny of the Super-Majority: How Majority Rule Protects Minorities”, *Center for the Study of Democracy*. Disponible en: <<http://escholarship.org/uc/item/18b448r6>>.

MILLAR, René (1992): “El parlamentarismo chileno y su crisis 1891-1924”, Óscar Godoy, (Ed.), *Cambio de régimen político*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

NINO, Carlos Santiago (1992): “El hiper-presidencialismo argentino y las concepciones de la democracia”, Carlos Nino & Roberto Gargarella et al., *El presidencialismo puesto a prueba*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

\_\_\_\_\_ (1997): *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.

NOGUEIRA, Humberto (2008): “Informe a la Comisión Especial de modernización del régimen político chileno sobre perfeccionamiento del sistema constitucional, con especial énfasis en el tipo de gobierno”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2.

PASQUINO, Gianfranco (2009): *Nuevo curso de ciencia política*, Il Mulino, Bolonia.

PRZEWORSKI, Adam (2010): *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, Siglo XXI, Buenos Aires.

SAFFIRIO, Eduardo (2011): “Los partidos políticos: reformar para institucionalizar”, *Asuntos Públicos*, Informe N° 900.

SIERRA, Lucas (2011): “La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática”, Lucas Sierra & Lucas Mac-Clure, *Frente a la mayoría: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Santiago.

SUNSTEIN, Cass (1985): “Interest Groups in American Public Law”, *Stanford Law Review*, Vol. 38, N° 1.

SZMULEWICZ, Esteban (2014): “Presidencialismo y parlamentarismo a la luz de la teoría de la democracia deliberativa”, Hugo Tórtora y Tomás Jordán (Coords.), *Estudios para una nueva Constitución*, Metropolitana, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2012a): “Democracia, gobierno de la mayoría y leyes orgánicas constitucionales. Parte I”, *Asuntos Públicos*, Informe N° 954.

\_\_\_\_\_ (2012b): “Democracia, gobierno de la mayoría y leyes orgánicas constitucionales. Parte II”, *Asuntos Públicos*, Informe N° 979.

VALENZUELA, Arturo (2004): “Latin American Presidencies Interrupted”, *Journal of Democracy*, Vol. 15, N° 4.

VALENZUELA, Arturo (2011): “Crisis de Representación y Reforma Política en Chile”, Trabajo presentado en el marco del *proyecto para la reforma de los partidos en Chile patrocinado por el Centro de Estudios Públicos y la Corporación de Estudios para Latinoamérica*, Santiago.

### Referencias jurisprudenciales

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 2025-11, de 20 de julio de 2011.

## Anexos

**Tabla 1: Poderes Legislativos del Presidente**

País	Decreto	Presupuesto	Veto	Veto parcial	Iniciativa exclusiva	Plebiscitos
Argentina	0,33	0,45	0,85	0,85	0,00	0,50
Brasil	1,00	0,91	0,15	0,15	0,67	0,00
Colombia	0,67	0,64	0,31	0,31	0,67	1,00
Uruguay	0,17	0,64	0,54	0,54	0,33	0,00
Chile	0,33	0,73	0,85	0,85	0,67	1,00

Fuente: Programas de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), 2004.

Los valores se normalizan en una escala de 0 a 1 basada en los rangos mínimos y máximos de cada índice.

**Tabla 2: Poderes de acción y de reacción del Presidente a nivel comparado**

	Poderes de acción			Poderes de reacción					
	Decreto	Presupuesto	Poderes de acción - Subtotal	Veto	Veto parcial	Iniciativa exclusiva	Poderes de reacción - Subtotal	Poderes de plebiscito	Total poderes legislativos
Chile	0,33	0,73	0,50	0,85	0,85	0,67	0,77	1,00	0,68
Ecuador	0,33	0,73	0,50	1,00	0,69	0,33	0,62	1,00	0,62
Brasil	1,00	0,91	0,96	0,15	0,15	0,67	0,38	0,00	0,60
Colombia	0,67	0,64	0,66	0,31	0,31	0,67	0,46	1,00	0,57
Perú	0,67	0,73	0,70	0,15	0,15	0,33	0,23	1,00	0,49
Argentina	0,33	0,45	0,38	0,85	0,85	0,00	0,48	0,50	0,47
Panamá	0,17	0,55	0,33	0,77	0,77	0,33	0,58	0,00	0,45
Uruguay	0,17	0,64	0,37	0,54	0,54	0,33	0,45	0,00	0,39
El Salvador	0,00	0,82	0,35	0,77	0,00	0,00	0,22	1,00	0,35
Venezuela	0,33	0,64	0,46	0,08	0,08	0,00	0,04	1,00	0,31
Guatemala	0,33	0,18	0,27	0,77	0,00	0,00	0,22	1,00	0,31
Rep. Dominicana	0,00	0,64	0,27	0,92	0,15	0,00	0,31	0,00	0,30
Honduras	0,33	0,36	0,34	0,77	0,00	0,00	0,22	0,00	0,28
México	0,17	0,36	0,25	0,92	0,00	0,00	0,26	0,00	0,26
Bolivia	0,00	0,27	0,12	0,85	0,00	0,33	0,38	0,00	0,24
Costa Rica	0,00	0,64	0,27	0,77	0,00	0,00	0,22	0,00	0,25
Paraguay	0,00	0,64	0,27	0,23	0,23	0,00	0,13	0,00	0,20
Nicaragua	0,00	0,73	0,31	0,15	0,15	0,00	0,09	0,00	0,19

Fuente: Zovatto et al. (2006). La política importa, BID.

## UN PRESIDENCIALISMO RENOVADO

José Antonio Viera-Gallo

La discusión sobre el régimen político en Chile es antigua. Siempre hemos adoptado —como todos los países del continente, siguiendo el ejemplo de EE.UU.— la forma presidencial de gobierno, pero cada tanto tiempo resurgen las críticas y se proponen cambios sustanciales. Así sucedió luego de la ola de dictaduras militares que se instauraron a partir del golpe militar de Brasil contra el Presidente Joao Goulart el año 1964. Un motivo especial de reflexión en este sentido fue el colapso de la democracia en Chile.

En este campo hizo escuela el libro editado por Juan Linz y Arturo Valenzuela titulado *The Failure of Presidential Democracy*<sup>1</sup> del año 1994. La tesis principal de los autores consiste en lo siguiente: los regímenes presidenciales eran incapaces de soportar las crisis políticas, pues carecían de la flexibilidad institucional para adaptarse a las nuevas circunstancias, contribuyendo de esa manera, aunque fuera en forma pasiva, al derrumbe de la democracia. Mientras en los sistemas parlamentarios esas crisis podían ser absorbidas mediante un cambio de gobierno, los autores sostenían que en el presidencialismo el conflicto agudo podía desembocar en un golpe militar.

En ese contexto, estos autores recogían una corriente de análisis político y jurídico dominante en varios países, como es el caso de la Argentina, donde un grupo de juristas convocados por el Presidente Raúl Alfonsín recomendaron en un *Informe para la consolidación de la democracia* la implantación de un sistema mixto en la línea del semipresidencialismo francés de la Constitución del General Charles de Gaulle del año 1958 que dio origen a la V República. También es el caso de Chile donde el denominado “Grupo de los 24” se inclinaba por la misma solución. En ello influía sin duda la aversión a un presidencialismo fuerte que podía continuar con el autoritarismo militar ahora con un sistema civil. Sin embargo, en ninguno de ambos países estas ideas se materializaron. El regreso de la democracia se hizo manteniendo la forma presidencial de gobierno.

En Argentina ha continuado existiendo una corriente crítica, como lo demuestra el artículo de Raúl Zaffaroni “El elogio del parlamentarismo”<sup>2</sup>, y en Chile ocurre otro tanto con escritos de Óscar Godoy<sup>3</sup> y los informes de dos comisiones de la Cámara de Diputados que analizaron el tema, una presidida por Eugenio Ortega

1 LINZ & VALENZUELA (1994).

2 ZAFFARONI (2007)

3 GODOY (1990) y (1992).



---

(Democracia Cristiana) y otra por Marcos Enríquez-Ominami —entonces del Partido Socialista y ahora del Partido Progresista—, que terminaron proponiendo un régimen semipresidencial. También hay que considerar el debate historiográfico sobre la llamada “república parlamentaria” que existió luego de la guerra civil del año 1891 y el derrocamiento del Presidente Manuel Balmaceda hasta la dictación de la Constitución presidencialista de 1925 en el período de Arturo Alessandri.

Ninguna forma institucional de gobierno es perfecta y puede satisfacer todas las aspiraciones ciudadanas. Incluso —como lo señalaron Platón y Aristóteles— estas tienden a degenerar hacia formas “impuras”. Norberto Bobbio<sup>4</sup> ha desarrollado una reflexión política y jurídica acerca de las formas de gobierno, señalando que a lo largo de la historia ha existido una corriente a favor de un “gobierno mixto”, que combine principios e instituciones de diversos tipos de regímenes y que tuvo su primera expresión duradera en la República Romana. Lo importante es que la forma de gobierno de cada país en cada época sea funcional a los intereses generales de la sociedad, que garantice gobernabilidad y estabilidad, y que permita expresar la voluntad soberana para conducir los asuntos de la nación.

Dada la historia de Chile y la experiencia dominante en todos los países de este continente, parece aventurado y riesgoso salirse de la tradición presidencialista. Por algo todas las propuestas que se han formulado en ese sentido no se han materializado. El parlamentarismo, para funcionar, exige la existencia de partidos políticos fuertes y arraigados en la sociedad —como lo revela la experiencia europea—, lo que no ocurre en América Latina. En Chile, que es uno de los países donde los partidos políticos tienen mayor peso, lo que es constante son las grandes corrientes culturales que han dado origen a diversas expresiones políticas más que la permanencia de los partidos en cuanto tales. Esta situación se ha acentuado luego del retorno a la democracia, donde han surgido nuevos conglomerados y se ha producido una creciente personalización de la política.

Proponer la instauración de un sistema parlamentario donde el canal principal de representación pasa por los partidos políticos, sería en la actualidad además altamente impopular, ya que los partidos no gozan de la confianza ciudadana.

Por su parte, la idea del semipresidencialismo a la francesa o como existe en el Perú, si se medita bien y se analiza la experiencia de ambos países, no garantiza continuidad de la acción de gobierno (Perú) y puede dar origen a períodos de cohabitación entre fuerzas políticas contrapuestas en el sistema de partidos, lo que podría paralizar la acción del Estado y desacreditar aún más las instituciones ante la ciudadanía.

---

4 BOBBIO (2008).

Hay que tener en cuenta que en el Estado constitucional moderno el régimen político no puede definirse únicamente en torno al eje Presidente de la República - Congreso Nacional. El sistema institucional se ha vuelto más complejo. Se han multiplicado las instituciones que gozan de autonomía constitucional (Contraloría General de la República, Banco Central, Municipios, Tribunal Constitucional, Ministerio Público, etc.) o de un grado significativo de autonomía dentro de la Administración del Estado (Servicio Civil, Consejo Nacional de Educación, Consejo para la Transparencia, Instituto de Derechos Humanos y Superintendencias); además con la expansión de la colaboración público-privada en la prestación de los servicios del Estado, el cambio es aún mayor. Para no hablar de la inserción del Estado en un proceso creciente de globalización en todos los campos, o de leyes que limitan la forma en que el Presidente de la República puede ejercer sus atribuciones (por ejemplo, Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas).

Se ha sostenido con frecuencia que entre nosotros existiría un presidencialismo exagerado o reforzado. Sin embargo, si bien este fue el diseño original de la actual Constitución, las reformas constitucionales introducidas en estos años, en especial las del año 2005, en varios aspectos inclinaron la balanza en favor del Parlamento.

Teniendo en cuenta lo señalado, me parece que lo más adecuado es continuar la línea de la reforma del año 2005 introduciendo nuevos cambios al régimen político vigente que apunten a un mayor equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislativo.

### **Reforzamiento del Congreso**

Durante la presidencia de Ricardo Lagos tuvo lugar una importante revisión de la Constitución orientada principalmente a poner término a los denominados “enclaves autoritarios”, que permanecían en nuestra institucionalidad pese a las sucesivas reformas a las que había sido sometida la Carta Fundamental desde el año 1989. Se aprovechó también la ocasión para reforzar las atribuciones del Congreso Nacional. Esas reformas obedecieron a un sentimiento compartido entre los parlamentarios.

Los principales cambios alcanzados en esta materia fueron:

a) Acortamiento del mandato presidencial a cuatro años sin reelección, lo que reduce en un menor ascendente del Ejecutivo sobre el Congreso y una mayor autonomía de los parlamentarios afines al Gobierno.

b) Regulación por primera vez en nuestra historia constitucional de las comisiones investigadoras, las que pueden ahora ser convocadas por la minoría.

---

c) Introducción, luego de una prolongada discusión, de la interpelación parlamentaria de los Ministros en la Cámara de Diputados, por iniciativa también de la minoría. Se temía que por esta vía pudiera colarse una suerte de parlamentarismo impropio, como había ocurrido a comienzo del siglo pasado; pero, contrariamente a lo pensado, la institución no ha sido utilizada con frecuencia.

d) Mayores facultades del Congreso para sugerir reservas y declaraciones interpretativas en la tramitación de los tratados internacionales, limitando la facultad del Presidente para revertirlas sin su acuerdo una vez aprobado el tratado.

e) Creciente número de autoridades cuyo nombramiento por el Presidente de la República requieren aprobación del Senado.

f) Mantención de la facultad del Senado para dirimir las contiendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, facultad que en estricto rigor debió ser entregada al Tribunal Constitucional.

Estas reformas dieron paso a otras de rango legal que también contribuyeron a incrementar el papel del Parlamento:

a) Ampliación de los plazos de las urgencias: quince días para la suma y seis días para la discusión inmediata. Algunos parlamentarios querían que las urgencias fueran calificadas por el Congreso, pero no alcanzaron el apoyo necesario.

b) Mayor eficacia para las peticiones de información por parte de los parlamentarios, en especial respecto a las empresas públicas, poniendo fin a un reiterado rechazo a responder positivamente los requerimientos formulados.

En un futuro se podría extender la acusación constitucional a Subsecretarios y Jefes de Servicios, incluidas las Superintendencias. Muchas veces estos funcionarios incurren en irregularidades que producen conmoción pública y resulta fuera de toda lógica que la Cámara, si quiere ejercer sus atribuciones fiscalizadoras en plenitud, tenga que acusar al Ministro respectivo, elevando así la naturaleza del conflicto.

También se podría introducir un cambio significativo en la tramitación de la Ley de Presupuesto en el sentido de que si el Congreso Nacional no la despacha dentro del plazo constitucional, entrara a regir la ley del año anterior y no el proyecto presentado por el Ejecutivo. Ello incentivaría a que se alcanzara acuerdo entre el Congreso y el Ejecutivo, mejorando la posición negociadora del Parlamento.

## **Sobre las atribuciones del Presidente de la República:**

1.- Creemos indispensable revisar el ámbito de la iniciativa exclusiva de ley. No se ve la razón, por ejemplo, de que abarque la negociación colectiva (el art. 65 N° 5 y N° 6 de la Constitución se refieren en forma demasiado amplia a la seguridad social en general).

2.- Definir mejor la relación entre aquellas materias que son propias de ley y la potestad reglamentaria autónoma del Presidente.

3.- Reequilibrar las normas sobre vetos, disminuyendo los quórum para que el Congreso en ciertos casos pueda hacer prevalecer su voluntad: se podría cambiar la exigencia de los 2/3 por mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio.

4.- Establecer una posibilidad real para que el Presidente de la República o un quórum calificado del Congreso Nacional puedan llamar a plebiscito en caso de que se produzca una discrepancia insalvable entre ambos poderes colegisladores, siempre que no incida en materias que son de la iniciativa exclusiva del Ejecutivo.

5.- Dar mayor potestad al Congreso en materia de tratados internacionales, por ejemplo, exigiendo su aprobación para que el Presidente pueda denunciar un tratado. Hoy solo se requiere tal acuerdo para retirar una reserva, pero no para desvincular al país de un tratado. No existe lógica en prohibir lo menos y autorizar la más.

## **¿Es conveniente establecer la reelección del Presidente de la República por una sola vez?**

Este tema fue muy debatido cuando en el año 2005 se acortó el período presidencial. A la luz de lo ocurrido desde entonces, tal vez haya llegado el momento de dar este paso. Sopesando los pro y los contra, parece más importante dar la posibilidad de continuar un determinado proyecto político que cuente con la aprobación ciudadana, que el peligro de que el Presidente en sus primeros años de mandato piense sobre todo en su reelección y trabaje para lograrla.

## **D. Una efectiva descentralización le restaría facultades al Presidente al emerger Gobiernos Regionales con mayor autonomía política y financiera.**

Estos cambios podrían mejorar las relaciones entre los dos poderes políticos. Así se lograría, tal vez, que la crítica académica al presidencialismo se atenuara y la academia hiciera eco con mayor facilidad de la cultura cívica de los ciudadanos, que es indiscutiblemente favorable a la figura del Presidente de la República.

---

## **Un Congreso más robusto ayudaría al buen funcionamiento de nuestro sistema político.**

En esta discusión no se puede obviar la evolución del Estado constitucional en búsqueda de nuevos equilibrios entre los poderes deliberativos y los poderes de garantía o resguardo. No resulta posible ni deseable volver a los primeros tiempos de la democracia moderna donde la ley parecía tener un rol incontestable.

Tampoco resulta posible desconocer el nuevo papel que la ciudadanía está adquiriendo en la deliberación de los asuntos públicos, aprovechando las nuevas tecnologías. La relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo tiene que abrirse a ese nuevo fenómeno, garantizando la transparencia de sus decisiones, acceso a la información pública y participación de los ciudadanos organizados en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas. Es un nuevo tipo de democracia que está naciendo, para el cual no tenemos todavía los conceptos capaces de diseñar las instituciones del futuro, pero sí los principios que deben animar ese esfuerzo creativo.

### **Bibliografía**

BOBBIO, Norberto (2008): *La Historia de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político (Año académico 1975 – 1976)*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.

GODOY, Óscar (1990): *Hacia una Democracia Moderna: la Opción Parlamentaria*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

\_\_\_\_\_ (1992): *Cambio de Régimen Político*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

LINZ, Juan & Arturo VALENZUELA (1994): *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives*, Johns Hopkins University Press, Baltimore.

ZAFFARONI, Eugenio (2007): “Elogio del parlamentarismo”, *Le Monde Diplomatique* (Edición Conosur), N° 98.

## **QUÉ RÉGIMEN POLÍTICO? UNO MÁS PARLAMENTARISTA. Y SI NO, PRESIDENCIALISMO CON SISTEMA ELECTORAL MAYORITARIO, NO PROPORCIONAL**

Lucas Sierra Iribarren

Ante la pregunta ¿qué régimen político implementamos?, la respuesta de este trabajo es: evolucionar desde el presidencialismo que tenemos hacia una forma de gobierno más parlamentaria. En el caso de Chile, esta forma podría ser un semipresidencialismo. Esta es la primera parte de mi respuesta. Hacia el final, la completaré con una alternativa: si no se evoluciona hacia una forma más parlamentaria, el sistema electoral que reemplace al binominal vigente debería ser uno más mayoritario que proporcional. En síntesis: abandonar el presidencialismo. Y si esto no se hace: adoptar un sistema electoral mayoritario, no proporcional.

### **Hacia el parlamentarismo**

Evolucionar hacia el parlamentarismo implica distinguir entre jefatura de Estado y de Gobierno, distinción que permite generar un mecanismo claro de coordinación entre Ejecutivo y Congreso. Si la coordinación entre ambos poderes desaparece y surge en su lugar el conflicto entre ambos, este mismo mecanismo ofrece vías de solución que son fluidas porque son políticas. En el semipresidencialismo, por ejemplo, que es una variedad de parlamentarismo, el mecanismo opera así:

- En un lado, el Presidente de la República, quien es elegido directamente por la ciudadanía.
- En el otro lado, el Congreso, que es elegido de la misma forma.
- En el medio, un Jefe de Gobierno (también llamado Primer Ministro o *Premier*), con un gabinete, designados por el Presidente de la República con el acuerdo expreso o tácito del Congreso. Esta jefatura de Gobierno tiene una doble dependencia: depende de la Presidencia de la República y del Congreso. Esta dependencia se activa mediante distintos instrumentos. Por el lado del Congreso, estos son los votos de confianza y de censura al gabinete gubernamental. Por el lado de la Presidencia de la República, el instrumento es la facultad de disolver la Cámara.

---

Es fundamental, entonces, que exista una distinción institucional entre Jefatura de Estado y Jefatura de Gobierno, que esta última deba contar con la confianza de la Cámara, y que el Presidente de la República tenga la facultad de disolver la Cámara. Todos estos instrumentos deben ir juntos, pues se compensan como contrapesos: el poder del Congreso vía votos de confianza y de censura, se contrapesa con el poder del Presidente de la República para disolver la Cámara. Tienen que ir ambos y no solo uno. Entre el año 1891 y el año 1924 en Chile existió solo uno: el poder del Congreso sobre el gabinete ministerial. Y desde los tiempos del Presidente Jorge Alessandri, se viene proponiendo dar a la Presidencia el poder de disolver la Cámara. De hecho, el texto original de la Constitución de 1980 se lo daba. Por suerte, la reforma constitucional de 1989 derogó la normativa correspondiente.

¿Por qué preferir una forma así de gobierno, antes que el presidencialismo chileno? Porque dicha forma tiene algo que nuestro presidencialismo no tiene: un mecanismo fluido para resolver el potencial conflicto que la literatura llama de las “dos soberanías”.<sup>1</sup> Este potencial conflicto proviene de la legitimidad democrática separada que tienen los poderes ejecutivo y legislativo. Ambos son elegidos directamente por la ciudadanía, mediante elecciones separadas, de ahí las dos soberanías. Estas pueden trabajar coordinadas o entrar en conflicto. Si este es el caso, el orden institucional de la democracia debe contemplar mecanismos que solucionen, que *disuelvan*, mejor dicho, tal conflicto.

Nuestro presidencialismo dispone de un mecanismo para resolver el conflicto cuando se produce: las acusaciones constitucionales. Este no solo es un mecanismo, sino que es uno defectuoso. Por dos razones: una, porque solo está a disposición de una de las partes en conflicto, el Congreso, una de las soberanías, y no de la otra, el Gobierno; la segunda razón tiene que ver con el hecho de que las acusaciones son traumáticas, no proveen una salida puramente política al conflicto político, sino que, también, tienen una connotación jurídica, casi jurisdiccional: suponen, en algún sentido, la imputación de una conducta antinormativa, una infracción de deberes contenidos en premisas normativas. Por esto son traumáticas: un ministro de Gobierno que cae acusado constitucionalmente, cae tras ser *condenado*, y recibe una pena adicional de extrañamiento de la política, por un período considerable de tiempo. Un ministro que cae por efecto de algún instrumento parlamentarista (censurado, por ejemplo), simplemente cae en una jugada normal dentro de las reglas del juego político. Por lo mismo, puede reintegrarse al juego inmediatamente.

---

1 LINZ & VALENZUELA (1989), p. 9.

El presidencialismo, entonces, no está bien equipado para el inevitable riesgo de que se produzca un conflicto entre las dos soberanías. Porque si se produce, dispone de un mecanismo de solución que es escaso e imperfecto. Las formas de gobierno distintas al presidencialismo, las más parlamentarias, están mejor equipadas, porque, si se produce, el conflicto puede ser resultado por distintos instrumentos y, lo más importante, de una manera fluida, de un modo político.

Si el conflicto no se soluciona luego y bien, la marcha del Estado se atasca por la tensión paralizante entre Gobierno y Congreso. Esta parálisis es un caldo de cultivo para la ingobernabilidad. Las experiencias de 1891, 1924 y 1973 en Chile así parecen demostrarlo. No obstante esta historia, seguimos atados al presidencialismo.

### **Un porfiado presidencialismo**

Me parece que en la academia hay un acuerdo bastante extendido —aunque no unánime— sobre la necesidad de reformar el presidencialismo que nos rige. Llama la atención, sin embargo, que a la hora de las propuestas políticas concretas, el presidencialismo en general no se toca.

Pensemos en las elecciones del año pasado en las que varias de las candidaturas tuvieron propuestas de campaña inflamadas de reformas. Sobre la posibilidad de reemplazar el presidencialismo, sin embargo, guardaron sepulcral silencio. Hay una sola excepción: el programa del candidato presidencial Marco Enríquez-Ominami, quien propuso una forma semipresidencial, a la que, sin embargo, agregó Congreso unicameral. Decía este programa presidencial sobre la forma de gobierno:

Proponemos un régimen político semipresidencial o semiparlamentario, donde el Presidente ejerza la jefatura del Estado, de las Fuerzas Armadas y de las relaciones exteriores, en tanto que la jefatura del Gobierno quede en manos de un Primer Ministro con facultades ejecutivas como en un régimen parlamentario o semipresidencial. En ese mismo sentido, consideramos que el ejercicio de la Presidencia por un único período de cuatro años genera un indeseado *statu quo*, por la vía de impedir o dificultar severamente la posibilidad de implementar cambios profundos y reales. Por ello proponemos que las autoridades elegidas de gobierno puedan ser reelegidas por un único período consecutivo.<sup>2</sup>

Los demás programas presidenciales no tocaron la forma de gobierno. El de la Nueva Mayoría, el ganador, no obstante proponer una reforma constitucional completa, no se pronuncia sobre la forma de gobierno. A lo más, propone la eliminación de los

2 ENRÍQUEZ-OMINAMI (2014), p. 4.



---

quórum supramayoritarios para el ejercicio de la potestad legislativa, algo que se relaciona con la forma de gobierno porque vincula al Ejecutivo y al Congreso en tanto colegisladores. Pero sobre la forma de gobierno misma, nada.<sup>3</sup>

Algo parecido ocurrió con el programa de Evelyn Matthei, el que, no obstante reconocer que en Chile hay “un presidencialismo excesivamente reforzado”, solo propone medidas mitigadoras como: reducir la hegemonía presidencial en el proceso legislativo, racionalizando el uso de urgencias por parte del Presidente, con límites (el Presidente de la República no podrá introducir más de diez urgencias mensuales en cada cámara), permitiendo un mecanismo de urgencias complementario que pueda provenir de las propias cámaras; obligar al Presidente de la República a conseguir del Congreso una “autorización para negociar” cuando se trate de avanzar en nuevos tratados complejos que introduzcan cambios significativos a la legislación nacional (como los tratados de libre comercio) o modifiquen los límites fronterizos; o bien, entregar más facultades de control al Congreso sobre el Poder Ejecutivo, facilitando el uso de las interpelaciones de los parlamentarios a autoridades del Poder Ejecutivo y aumentando la transparencia y el nivel de escrutinio del Senado en los nombramientos de distintas autoridades superiores en los que interviene, todas las cuales deberán ser antecedidas de una audiencia pública a la que deberán concurrir el o los candidatos correspondientes.<sup>4</sup>

Como se puede observar se trata de un presidencialismo más atenuado, pero presidencialismo al fin, con el peligro que palpita en su interior intacto: pocos mecanismos de solución en el caso de que la doble soberanía entre en conflicto. Y, además de pocos, mecanismos traumáticos, que producen fracturas.

Me llama la atención el hecho de que en medio de tanto llamado a la reforma constitucional que se oye en estos días, haya solo uno a reemplazar el presidencialismo. Todos lo demás son un ablandamiento de este, pero no su sustitución.

### **Propuestas parlamentaristas**

En cambio, hubo en la década de los ochenta y en la primera mitad de los noventa, un fuerte impulso por el cambio de régimen político, apuntando hacia el semipresidencialismo y otras formas más parlamentarias. También hubo bastante producción académica en tal sentido. La revista *Estudios Públicos* publicó varios artículos. Destaco entre ellos el de Arturo Valenzuela (1985), el de Juan Linz y Arturo Valenzuela (1989) y el de Arend Lijphart *et al* (1991), además del libro de Oscar Godoy (1992) que aborda el tema.

---

3 BACHELET (2014-2018), p. 30 y ss.

4 MATTHEI (2014), pp. 120-121.

En la primera mitad de los ochenta, además, fueron hechas las propuestas del *Grupo de los 24*, las que incluían un esquema constitucional alternativo al que la dictadura impuso en 1980. Este grupo propuso considerar una fórmula semipresidencial, con Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.

Con la vuelta al régimen democrático, los llamados a alejarse del presidencialismo comenzaron a decaer. Solo se redujeron los excesos inauditos con que dicho presidencialismo venía en el texto original de la Constitución de 1980. Se trataba de un verdadero cesarismo, en el que el desequilibrio de poderes respecto del Congreso era grosero. Algo se corrigió en la reforma constitucional del año 1989. Otro poco se corrigió después, con la reforma del año 2005.

Luego, el año 2009, empezando la carrera para volver a ser candidato presidencial, el entonces senador Eduardo Frei propuso nuevos remedios para el presidencialismo. El texto se llamó la *Constitución del Bicentenario*.<sup>5</sup> Para equilibrar mejor el Congreso y el Ejecutivo, aumentando el poder relativo del Congreso, Eduardo Frei proponía que los cargos de parlamentario y ministro de Estado fueran compatibles entre sí. También proponía la posibilidad de que el Presidente de la República pudiera disolver la Cámara por una sola vez durante su mandato. Esto, como ya se apuntó más arriba, estaba en el texto original de la Constitución de 1980, entre otras propuestas, como, por ejemplo, modificar el periodo presidencial cinco o seis años, sin reelección y, alternativamente, mantener el plazo de cuatro años con la posibilidad de reelección inmediata por una sola vez, reforzar las capacidades del Congreso y aumentar las atribuciones legislativas del Congreso.

Como se ve, se trataba solo de paliativos al presidencialismo, sin introducir lo esencial: la separación institucional entre Jefe de Estado y de Gobierno, exigiendo la confianza del Congreso para este último y, además, dando la facultad al Jefe de Estado de disolver la Cámara. Si no, podremos tener una forma atenuada de presidencialismo, pero igualmente incapaz de lidiar bien con el conflicto entre las dos soberanías.

Volviendo a la pregunta ¿qué régimen político?, yo contesto: uno no presidencialista, sino que semipresidencialista. Para esto propongo volver a un proyecto de reforma constitucional de principios de 1924, en los últimos tiempos de la mal llamada época parlamentarista de Chile. Este proponía establecer los dos mecanismos, confianza de la Cámara y posibilidad de disolución, y daba a la Cámara la atribución de “Manifestar si los Ministros merecen o no confianza”. Asimismo, consagraba la atribución de la Presidencia de la República para disolver, por una vez durante los cuatro

5 OCÉANOS AZULES (2009). Para una crítica de esta propuesta véase SIERRA (2009).

---

primeros años de su período, la Cámara de Diputados. Esta facultad solo podía ejercerla dentro de los dos primeros años del período de la Cámara de Diputados. En el mismo decreto en que se disolviera la Cámara de Diputados, se debía convocar a elecciones para después de los treinta y antes de los sesenta días siguientes. La nueva Cámara duraría en sus funciones por todo el tiempo que faltare a la que acaba de disolverse.<sup>6</sup>

Ahí tenemos una base para empezar a evolucionar. A esto hay que agregar lo que propuso en los ochenta el *Grupo de los 24*, al distinguir entre un Presidente como Jefe de Estado, y un Primer Ministro con su gabinete, a cargo del gobierno. Y mirar, por último, ese acuerdo que Renovación Nacional y la Democracia Cristiana firmaron a fines del año 2011 y principios del año 2012, en el que propusieron un régimen semipresidencial, junto con un cambio en el binominal.<sup>7</sup>

Tomada la decisión de cambiar el presidencialismo, podremos luego discutir cómo se dividen las competencias entre ambos, la Jefatura de Estado y la de Gobierno, y de estas con el Congreso. Hay experiencias comparadas de las que aprender. Francia, por lo pronto. Así, por ejemplo, podremos discutir si la designación del Primer Ministro y su gabinete será una facultad privativa del Presidente o este deberá contar con la aprobación expresa de la mayoría parlamentaria —en Francia no requiere acuerdo expreso. O si se permitirá que los miembros del Gobierno puedan ser, al mismo tiempo, parlamentarios —en Francia no. O si para ejercer su facultad de disolución, el Presidente deberá contar con la firma del primer ministro o no —en Francia no. O, en fin, si existirá la posibilidad de que el Presidente de la República llame a *referéndum*, como una herramienta adicional y alternativa a la disolución de la Cámara —en Francia la tiene.

### **La forma de gobierno y el sistema electoral**

He oído decir, en el último tiempo, a algunos profesores de Derecho Constitucional que si no hay un recalibre de las relaciones entre el Ejecutivo y el Congreso —desplazándonos hacia el semipresidencialismo— no podremos hablar realmente de una “nueva” Constitución. Se podrán establecer nuevos derechos, se podrá agregar la posibilidad de referéndum, se podrá pensar en una mayor regionalización, pero sin una redefinición del diseño en el que se enmarcan las relaciones entre Ejecutivo y Congreso, no habrá un cambio de verdad. Me parece que tienen un punto.

La tarea no parece fácil. Como ya se mencionó, el programa de gobierno

---

6 Proyecto de Reforma Constitucional (1924).

7 Para una discusión sobre este acuerdo con sus autores en el Centro de Estudios Públicos, puede oírse su registro en audio disponible en: <[http://www.cepchile.cl/dms/multimedia\\_4963\\_3042#.VCR7ov15N8E](http://www.cepchile.cl/dms/multimedia_4963_3042#.VCR7ov15N8E)>

de la Nueva Mayoría dice poco y nada al respecto. Y al interior del oficialismo hay voces que no quieren discutir la forma de gobierno. José Antonio Viera-Gallo, por ejemplo, publicó una columna de opinión en enero de este año, con algunas sugerencias de cambio para la Constitución. Pero entre estas no estaba la forma de gobierno. Al contrario, Viera-Gallo escribió:

Si esta vez lográramos [estos] cambios, podríamos hablar en propiedad de una ‘nueva Constitución’. Obviamente, como en ocasiones anteriores, se pueden introducir otros cambios relevantes, pero lo importante es priorizar los objetivos y no dispersar energías. Por ejemplo, creo que sería estéril abrir la discusión sobre el régimen presidencial de gobierno o sobre el capítulo que consagra las bases de la institucionalidad.<sup>8</sup>

Si, finalmente, se considera que es una discusión estéril y se mantiene el presidencialismo (aunque atenuado), propongo que sea con un sistema electoral mayoritario, no con uno proporcional.

Como el presidencialismo carece de vías no traumáticas para superar el conflicto entre Ejecutivo y Congreso, hay que tratar por todos los medios que dicho conflicto no se produzca. En esto ayuda el sistema electoral, porque las probabilidades de conflicto aumentan en la medida que el Congreso se fragmenta y la fragmentación del Congreso depende del sistema electoral por el que se elige. Un sistema proporcional corre más riesgos de fragmentar el Congreso que uno mayoritario. Los sistemas mayoritarios comparten el carácter mayoritario del sistema por el que se elige el Ejecutivo (uninominal). Esta analogía reduce la posibilidad de conflicto recíproco entre las dos soberanías.

En síntesis, como lo señalé al principio de esta presentación, la respuesta completa a la pregunta ¿qué régimen político?, es: semipresidencialismo. Y si no hay semipresidencialismo porque mantenemos el presidencialismo —aunque sea suavizado— el sistema electoral para el Congreso debe ser mayoritario, no proporcional.

---

8 VIERA-GALLO (2014).

---

## Bibliografía

BACHELET, Michelle (2014- 2018): *Programa de Gobierno 2014-2018*. [En línea]. [Fecha de consulta: 27 de agosto de 2014]. Disponible en: <<http://michellebachelet.cl/programa/>>

GODOY, Oscar (1992): *Cambio de Régimen Político*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.

GRUPO DE LOS 24 (S/F): El Grupo de los 24 y el reencuentro con la democracia. [En línea]. [Fecha de consulta: 27 de agosto de 2014]. Disponible en: <<http://archivos.bcn.cl/coleccion/v/participacion-politica-y-membresias/el-grupo-de-los-24-y-el-reencuentro-con-la-democracia>>.

LINZ, Juan & Arturo VALENZUELA (1989): “Presidencialismo, semipresidencialismo y parlamentarismo”, *Estudios Públicos*, Nº 3, Centro de Estudios Públicos, Santiago.

LIPHART, Arend *et al* (1991): “Consideraciones sobre alternativas semipresidenciales y parlamentarias de gobierno”, *Estudios Públicos*, Nº 42, Centro de Estudios Públicos, Santiago.

ENRÍQUEZ-OMINAMI, Marcos (2014): *Marco Presidente, Reformas políticas: más democracia, menos abusos*. [En línea]. [Fecha de consulta: 27 de agosto de 2014]. Disponible en: <[http://www.marco2014.cl/programa/images/01\\_reformas\\_politicas.pdf](http://www.marco2014.cl/programa/images/01_reformas_politicas.pdf)>

MATTHEI, Evelyn (2014): *Programa Presidencial 2014 • 2018*. [En línea]. [Fecha de consulta: 27 de agosto de 2014]. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/media/2013/10/Programa-de-Evelyn-Matthei-Un-Siete-para-Chile.pdf>>

OCEANOS AZULES (2009): *La Constitución del Bicentenario: una propuesta del Senador Eduardo Frei*. [En línea]. [Fecha de consulta: 27 de agosto de 2014]. Disponible en: <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4322\\_2415/sem\\_pruiztagle.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4322_2415/sem_pruiztagle.pdf)>

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL (1924). [En línea]. [Fecha de consulta: 27 de agosto de 2014]. Disponible en: (<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=24396&idParte=8926984&idVersion=1924-02-26>)

SIERRA, Lucas (2009): “Comentarios a la propuesta de reforma constitucional del Senador Eduardo Frei Ruiz-Tagle”, *Puntos de Referencia*, Nº 307, [En línea]. [Fecha de consulta: 27 de agosto de 2014]. Disponible en: <[http://www.cepchile.cl/1\\_4324/doc/comentarios\\_a\\_la\\_propuesta\\_de\\_reforma\\_constitucional\\_del\\_senador\\_eduardo\\_freir.html#.VCR\\_6f15N8E](http://www.cepchile.cl/1_4324/doc/comentarios_a_la_propuesta_de_reforma_constitucional_del_senador_eduardo_freir.html#.VCR_6f15N8E)>

VALENZUELA, Arturo (1985): “Orígenes y características del sistema de partidos en Chile: Proposición para un gobierno parlamentario”, *Estudios Públicos*, Nº 18, Centro de Estudios Públicos, Santiago.

VIERA-GALLO, José Antonio (2014). *Una nueva Constitución*. [En línea]. [Fecha de consulta: 27 de agosto de 2014]. Disponible en: <<http://marcatuvoto.cl/2014/01/14/nueva-constitucion-y-participacion-columna-de-jose-antonio-viera-gallo-y-carta-de-respuesta-del-abogado-pablo-contreras/>>

## COMENTARIO

Claudia Sarmiento Ramírez

La pregunta sobre el régimen político nos invita a transitar hacia un espacio que está marcado por nuestro pasado reciente; es decir, abre un debate que nos conduce a reflexionar sobre cómo la distribución del poder puede contribuir a la generación de climas y condiciones políticas que otorguen a los países mayores o menores niveles de estabilidad y de justicia social o, por el contrario, favorezcan los quiebres y la violencia institucional. La respuesta, por tanto, sobre cuál es el régimen político que debiera tener nuestro país no es ajena a una valoración respecto del que hasta ahora ha sido el devenir de nuestra transición, así como tampoco, de cuál estimamos es el derrotero que debiera seguir.

Todos los expositores respondieron cuál es, a su juicio, el *mejor* régimen político para el país. Todos hicieron el razonable ejercicio de imaginarse cuál es la mejor forma y orientación que debía tener el Estado. Nuestros panelistas, además, condicionaron su propuesta al contexto histórico y político del Chile de ayer y de hoy, y no a uno eventual en el que, cual lienzo en blanco, pudieran verter todo cuanto su imaginación creara.

Asimismo, la concepción o el ideal de democracia de cada cual, ya fuese un elemento soterrado o explicitado, también fue un componente de las propuestas que cada uno de los expositores presentó. Claramente, tras la reflexión sobre qué tipo de régimen político y, más específicamente, cuáles formas de gobierno debiéramos o no, como sociedad, asumir, existe una mirada sobre el tipo de democracia. Para ser más clara aún, sobre cuánta participación, cuántos espacios abiertos a la deliberación política, cuánta concentración del poder admite esa democracia de la cual se habla.

Sin mediar acuerdo previo entre los expositores, todos coincidieron en que había que introducir cambios al régimen político en Chile, pero, por supuesto, difirieron tanto en sus percepciones acerca de la magnitud de estos cambios como del diagnóstico que los motivaba. A mayor abundamiento, el elemento común fue la constatación de que el régimen tal y como se encuentra genera *distorsiones*, pero la evaluación de dichas distorsiones y los cambios que estas ameritan, varió también, entra una y otra presentación.

Lucas Sierra señaló que debiéramos avanzar hacia una forma de gobierno más parlamentaria que, en el caso de Chile, redundaría en un semipresidencialismo. Concretamente, él proyectó un sistema de gobierno que distinguiría entre Jefe de

---

Estado y Jefe de Gobierno, siendo el primero elegido directamente por la ciudadanía y el segundo por el/la Presidente/a de la República con el acuerdo explícito o tácito del Congreso Nacional. Este último tendría el voto de confianza para determinar la permanencia en el cargo del Jefe de Gobierno y la Presidencia la posibilidad de disolverlo. En caso de que no se abandone el actual presidencialismo, él preferiría un sistema electoral mayoritario, no proporcional.

Pablo Ruiz Tagle\*, si bien se declaró a favor del parlamentarismo, propuso una serie de cambios más conectados con la generación de mayores equilibrios en la actual distribución del ejercicio del poder entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, que con una transformación radical del régimen político. Los cambios que identificó fueron: (1) la redefinición de las atribuciones del Presidente/a; y (2) la creación *de facto* de un Primer Ministro. En el primer punto, Pablo Ruiz-Tagle ubicó la modificación de la actual normativa en relación a la iniciativa exclusiva del/la Presidente/a, un cambio en el sistema de urgencias, el reconocimiento de mayores facultades de supervisión de la ejecución del gasto público al Congreso y la generación de una mayor capacidad técnica al interior del Congreso. Además de estos cambios legales, señaló que sería conveniente incorporar ciertas prácticas políticas propias de los sistemas parlamentarios, a saber, la instauración de un sistema regular de interpelaciones, un debate abierto y flexible entre el Congreso y el Ejecutivo sobre las políticas públicas que este último espera generar, la existencia de periodos legislativos de la oposición y la existencia de Comisiones parlamentarias por Ministerios que faciliten la fiscalización, entre otras medidas. Respecto de la figura del Primer Ministro, Ruiz-Tagle propuso un Ministro que coordinaría el actuar de otras secretarías de Estado lo que, a su juicio, ya sucede en la política chilena y, por ende, bastaría con que comenzara a ser una práctica consciente. Por último, pero no menos importante, destacó la necesidad de revisar los mecanismos de disolución del Congreso y la eliminación de las leyes de quórum calificado.

La propuesta de José Antonio Viera-Gallo es aún más cauta pues estima aventurado y riesgoso salir de la tradición presidencialista. Su posición parece basarse en un crudo diagnóstico sobre las condiciones necesarias para que tal cambio pueda implementarse, siendo uno de los elementos más llamativos de su análisis el estado actual de nuestros partidos políticos. Viera-Gallo afirmó que, si bien en el contexto regional los partidos políticos chilenos tienen un mayor peso político, desde el retorno a la democracia han surgido una serie de nuevos conglomerados y la política ha tendido a personalizarse. Más aún, estimó que un mayor rol de los partidos políticos sería resentido por la ciudadanía, pues estos, hoy en día, no gozan de su confianza.

---

\* *Nota de los editores*: el comentario refiere a las consideraciones expuestas en forma oral por el profesor Pablo Ruiz-Tagle en el contexto del panel de trabajo sobre régimen político, el día 29 de agosto de 2014, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Con este diagnóstico en mente, su propuesta procura continuar en la senda de las reformas del año 2005 y apunta, hacia un mayor equilibrio en el ejercicio del poder entre el Ejecutivo y el Congreso. Coincidiendo con Pablo Ruiz-Tagle, entre otras medidas, propuso revisar la iniciativa exclusiva de ley del/la Presidente/a de la República, además de otras materias como la modificación del rol de la potestad reglamentaria autónoma, las normas sobre los vetos, la posibilidad de convocar a plebiscitos y el reconocimiento de un mayor protagonismo del Congreso Nacional en materia de tratados internacionales. Igualmente, José Antonio Viera-Gallo relevó el rol de los organismos autónomos como otro elemento de la ecuación de equilibrios en el ejercicio del poder político.

Esteban Szmulewicz contextualizó su análisis dentro del marco teórico de la democracia deliberativa. Para el panelista, este arsenal teórico permite esclarecer las virtudes y defectos del régimen político chileno a partir de ideales políticos antielitistas, que consideren que las personas son capaces de expresar sus preferencias en argumentos intersubjetivamente válidos y que el impacto de estos en la interacción social puede hacer que otros sujetos cambien las suyas en el contexto del proceso deliberativo. A estos dos elementos debe agregarse la racionalidad de la discusión, su publicidad e imparcialidad, para que esta, despojada de errores lógicos y fácticos en el razonamiento, entregue a las y los ciudadanos, la mejor información para decidir entre las distintas alternativas que se les presenten.

Desde la noción de democracia deliberativa, Esteban Szmulewicz analizó una serie de problemáticas que serían propias del presidencialismo —dispersión funcional de la soberanía, impacto en la generación de ciertos tipos de liderazgos, la posibilidad de la expresión de un consenso social mayoritario representado en la figura del/la Presidente/a, las tensiones entre el Congreso y el Ejecutivo y críticas a la democracia representativa *per se*— donde destacan los cuestionamientos a lo que denominó el *neopresidencialismo* en Chile. En relación a este último, señaló que el fuerte aliciente que el Poder Ejecutivo tendría como colegislador, infantilizaría a los congresales, constituyéndose, así, “un Congreso débil, falta de poder y carente de la información necesaria para adoptar decisiones realistas y fundamentadas”. Por último, el expositor coincidió con los restantes panelistas en identificar que elementos tales como el sistema electoral, particularmente si este es proporcional o mayoritario, el rol de los quórum supramayoritarios en la aprobación de las leyes, la iniciativa exclusiva de ley del/la Presidente/a y el reforzamiento de los partidos políticos, son determinantes para efectos de morigerar el presidencialismo.



---

A partir de esta sucinta revisión de las presentaciones de los panelistas, si tuviéramos que enfocarnos en aquellos problemas comunes que es posible identificar, bien podríamos señalar que existe (i) un temor ante la posibilidad de que la excesiva preponderancia del Poder Ejecutivo por sobre el Legislativo nos conduzca hacia un uso arbitrario del poder que deviniera en un quiebre institucional y; (ii) que la falta de diálogo entre los poderes Ejecutivo y Legislativo condujera a una parálisis del régimen político, o bien a un quiebre en su seno. Los autores no señalan que nos encontraríamos frente a un ejercicio arbitrario del poder o frente a un quiebre en la institucionalidad, sino que argumentan que la actual estructura podría, eventualmente, conducir a estas dos situaciones, lo que por supuesto requeriría de un escrutinio cabal del andamiaje institucional.

No es de extrañar que, habiendo coincidido en el diagnóstico de ciertos problemas, existan también algunas propuestas comunes. Los autores parecen coincidir en que, con independencia del sistema de gobierno que se elija, este debe propender hacia un sistema que garantice una fluida relación entre el Congreso y el Ejecutivo. Coinciden también en destacar la necesidad de que exista confianza recíproca para el efectivo gobierno del país, a fin de evitar que se generen escenarios que contribuyan a problemas serios o traumáticos de gobernabilidad.

A partir de las propias reflexiones y diagnósticos de los panelistas, no puedo dejar de preguntarme cuánto del porcentaje de las distorsiones está asociado a lo que Lucas Sierra llamó en su presentación el *cesarismo* heredado de la dictadura militar, cuánto a lo que José Antonio Viera-Gallo denominó “enclaves autoritarios”, cuánto a las expectativas que tenemos respecto de qué democracia queremos —por ejemplo, cuán representativa *versus* deliberativa— y cuánto a nuestra disconformidad con las prácticas de nuestra cultura política o, infelizmente, con nuestra “clase política”. A mi entender, el debate sobre el régimen político no solo debe limitarse a las relaciones entre Poder Ejecutivo y Legislativo, por supuesto tema de primera relevancia, sino que debe habilitarnos para distinguir que la forma en la que se ejerce el poder en nuestro país descansa sobre un entramado de reglas y de prácticas más complejo y, por lo tanto, la mera reflexión sobre cuán parlamentarista o presidencialista es nuestro sistema no es suficiente. En último término, y esto también fue destacado por los expositores, es realmente indispensable una mirada al rol que en esta red desempeñan elementos como el régimen electoral, los quórum de aprobación de las leyes, los mecanismos de participación ciudadana, el control preventivo del Tribunal Constitucional y de otros órganos autónomos, así como la impronta y los límites que nuestra actual Constitución establece a las posibilidades del juego democrático.

Cabe preguntarse: ¿podríamos razonablemente afirmar que la actual forma en la que se ejerce el Poder Ejecutivo ha convertido al Congreso en un “buzón” de proyectos de ley? Probablemente no, pero es posible que esto no se deba necesariamente al diseño del régimen político, al menos no en cuanto a la distribución del ejercicio del poder entre el Ejecutivo y el Legislativo, sino a los amarres que la Constitución Política establece respecto del tipo de sociedad al que ella da forma. Prueba de ello es que, incluso teniendo mayoría de integrantes en el Congreso Nacional y ocupando el sillón presidencial, los gobiernos de la Concertación debieron negociar y distanciar en el tiempo los cambios que deseaban introducir al modelo político, económico y social heredado de la dictadura, situación a la que hizo referencia la presentación de José Antonio Viera-Gallo.

No obstante, comparto la inquietud de los panelistas respecto a las posibilidades de que nuestro régimen político recree las condiciones idóneas para el nacimiento de liderazgos carismáticos, de caudillos y de populismo, fenómenos que no son ajenos a nuestra región. Desde el regreso a la democracia nuestra “clase política” ha mostrado un razonable grado de adhesión al principio del Estado de Derecho y los incidentes de arbitrariedad no han marcado drásticamente nuestras prácticas políticas ni el trabajo de las instituciones. Pero la prudencia hasta ahora expuesta no basta para garantizar que otros actores, en otros momentos y contextos, obren de igual manera.

Luego, ¿es conveniente que el Poder Ejecutivo tenga tanto ascendiente sobre la agenda legislativa? ¿Cuál es el razonable rol que debiera jugar el Congreso en la definición de las leyes y de las políticas públicas? ¿Cuenta actualmente el Congreso con las capacidades para asumir un rol más técnico en materia legislativa? En relación a esta última pregunta, coincido con Esteban Szmulewicz: nuestro Congreso, despojado de mayores grados de responsabilidad en la génesis legislativa, está infantilizado y carece de herramientas para asumir cabalmente los aspectos técnicos de la legislación. Por supuesto, la capacidad para responder a este desafío no se generará si no son convocados a formar parte de esta dimensión del proceso legislativo. Avanzando un paso más allá, la pregunta sobre el régimen político debiera ser una instancia para pensar en la apertura de canales y espacios de representación que crucen las fronteras de la democracia representativa, para avanzar hacia un modelo más deliberativo. Y es que ¿podemos desconectar el debate sobre el régimen político de la noción que cada cual maneja sobre democracia?

Este preámbulo de lo que espero sea un debate social sobre una nueva Constitución debe estar imbuido de la búsqueda de la superación de la ilegitimidad de nuestra actual Carta fundacional. Es en este sentido que debemos pensar, además,

---

cómo la participación política y social amplia permitirá que la política en sí misma se revalide ante nuestra ciudadanía. Conuerdo con José Antonio Viera-Gallo en que, infelizmente, los partidos políticos no son instituciones en las que la ciudadanía confíe. Pero esto no debe ser homologado a una falta de interés en la política o en lo público, sino a una falta de aprecio por las formas en las que actualmente se ejerce el poder y, como consecuencia, por quienes lo ejercen.

Al igual que los panelistas, comparto la importancia que le asignan a los cambios al régimen político para que nuestro andamiaje institucional prevenga eventuales quiebres institucionales. No obstante, creo que además de la estructura, debemos atender al *ethos* social y a que, desde el espacio de la cultura, se valore, promueva y eduque sobre la importancia de la democracia y la participación política. Esta mirada nos sitúa fuera, o al menos en las fronteras de las dinámicas de distribución del ejercicio del poder entre Ejecutivo y Legislativo. En ese contexto, creo que debiera ubicarse el análisis sobre la inclusión de mecanismos tales como el mandato revocatorio, la consulta y la iniciativa popular de ley, aun cuando estos se constituyan en un vector complejo de una ecuación de por sí difícil.

Finalmente, la coincidencia —a grandes rasgos— en el diagnóstico, pero no en la solución, da cuenta de que en la práctica es probable que no existan regímenes políticos puros. Es plausible que cada comunidad política organice su régimen en forma eficiente e, idealmente, ajustada a ciertos principios de justicia compartidos. Es decir, existe una pluralidad de combinaciones que podrían ser relevantes para la definición del régimen político más idóneo para Chile. Lo relevante será, entonces, tener claridad sobre qué intereses debemos resguardar y cómo estos pueden o deben ser sensibles a la historia política de nuestro país.

## II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL



# UNA NUEVA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA

Andrés Bordalí Salamanca

## Introducción

La justicia constitucional chilena centrada no exclusiva pero sí principalmente en manos del Tribunal Constitucional tiene sus orígenes en la reforma de la Constitución de 1925 del año 1969, cuando el Presidente Eduardo Frei Montalva propuso la creación de este órgano para resolver los conflictos jurídicos que surgieran entre el Ejecutivo y el Congreso. Se pretendió también controlar toda aquella legislación de derecho público que no llegaba a instancias jurisdiccionales y por tanto no podía ser controlada vía inaplicabilidad ante la Corte Suprema.

Este nuevo órgano que comenzó a funcionar en el año 1970 tuvo una breve vida, pues el golpe de Estado de 1973 terminó con sus funciones. Se lo repuso casi en iguales términos en la Constitución de 1980.

El modelo de Tribunal Constitucional por el que se optó en Chile tiene como ente inspirador al Consejo Constitucional francés. He aquí el primer desliz, a mi juicio, en la configuración de este órgano. El Consejo Constitucional francés, al menos hasta la década de los setenta del siglo pasado, era el órgano de justicia constitucional más controvertido de todo el derecho europeo, pues basaba sus instrumentos de control en uno de tipo preventivo, para fortalecer así al Ejecutivo que había quedado muy disminuido frente al Congreso después de la Segunda Guerra Mundial. La doctrina europea comparada<sup>1</sup> lo consideraba un verdadero órgano político antes que un tribunal de justicia.

La deslegitimación del Consejo Constitucional en el concierto europeo se debía también a que hasta principios de los años setenta, no tutelaba los derechos fundamentales de los franceses ni admitía el recurso de las minorías políticas. Todo ello acentuaba su carácter esencialmente de órgano político. La crítica al Consejo francés se atenuó desde el año 1971 en adelante. Por ello es curioso que nuestro país, que observaba a este órgano desde mediados de los años sesenta, haya imitado a un ente tan desacreditado por la doctrina comparada de aquél entonces.

El Tribunal Constitucional chileno consagrado luego en la carta de 1980 tenía como competencia principal el control preventivo de las leyes. Sin embargo, hay que

---

1 Véase CAPPELLETTI (1968), p. 5 y ss.

---

señalar que a diferencia de su homónimo francés, el chileno en principio nunca excluyó la tutela de derechos fundamentales ni la legitimación activa de las minorías políticas, aunque hablar de todo ello a fines de los años setenta y 1980 suene a ironía.

Si a lo anterior se agrega la composición totalmente antidemocrática que tenía, pues la mayoría de sus integrantes provenía de la Corte Suprema y en segundo lugar del Consejo de Seguridad Nacional, órganos que no tenían ni tienen legitimidad democrática directa, tenemos como resultado un órgano que raramente podría haber sido validado por la ciudadanía. No obstante, gracias al aporte del ministro del Tribunal Constitucional don Eugenio Valenzuela Somarriva, quien contribuyó a la dictación de la sentencia Rol N° 33 de 1985, este órgano de justicia constitucional ganó cierto respeto por la ciudadanía y aumentó parcialmente su legitimidad. Dicha sentencia exigió el control del plebiscito previsto para el año 1988, así como de toda consulta popular, por el Tribunal Calificador de Elecciones. Ello conllevó por lo demás a la apertura de registros electorales desde el 25 de febrero del año 1985.

El Tribunal Constitucional chileno cambió radicalmente con la reforma constitucional de 2005. Parte de la doctrina constitucional y de la ciudadanía manifestó su beneplácito a su nueva configuración. Sin embargo, sostengo que el modelo pergeñado aún tiene problemas de falta de legitimidad democrática, así como no ha logrado un control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales que pueda decirse contribuya a la seguridad jurídica y a la eficacia del sistema. En este sentido, creo que todavía hace falta diseñar de mejor modo al Tribunal Constitucional y sus competencias.

Una nueva etapa política que implique una reforma constitucional o una nueva Constitución, debería aprovechar de modificar sustancialmente a este órgano constitucional. Si se está pensando en una nueva Constitución en este nuevo ciclo político que al parecer estaría viviendo el país, debemos soñar en grande y aprovechar de mejorar todas las instituciones republicanas de nuestro Estado. Una de ellas es la configuración y competencias del Tribunal Constitucional. Sobre este aspecto trataré en las páginas que siguen.

En primer lugar me referiré al estatuto de los jueces del Tribunal Constitucional, comenzando por el sistema de nombramiento de los jueces constitucionales y los cambios que se necesitan, y luego analizaré el sistema de responsabilidad que deberían tener. En segundo lugar, me referiré a las competencias del Tribunal Constitucional, aludiendo en primer lugar al control preventivo y a su necesidad de limitarlo severamente. A continuación me referiré al funcionamiento de la inaplicabilidad de las leyes y a propósito de esta competencia, que también requiere modificaciones

sustanciales, analizaré la necesidad de articular de mejor forma las decisiones de la justicia constitucional con la ordinaria.

## **I. Estatuto orgánico de los ministros del Tribunal Constitucional chileno**

### **1.- Mejorar el sistema de nombramiento de los jueces constitucionales**

Actualmente, desde la reforma del año 2005, el Tribunal Constitucional se compone de diez miembros, los que son designados de la siguiente forma: a) Tres por el Presidente de la República; b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional, de los cuales dos son designados directamente por el Senado y los otros dos por este mismo órgano pero previamente propuestos por la Cámara de Diputados, y c) tres por la Corte Suprema.

Recordemos que originalmente, en la Constitución de 1980, el Tribunal Constitucional se componía de siete integrantes: a) Tres Ministros de la Corte Suprema; b) Uno designado por el Presidente de la República; c) Dos designados por el Consejo de Seguridad Nacional y d) uno designado por el Senado.

El sistema de designación vigente desde el año 2005 sin duda es mejor que el original pero carece todavía de la necesaria legitimidad democrática que requiere un órgano de este tipo. Hoy en día ya nadie discute que los conflictos constitucionales son conflictos fundamentalmente políticos que se conocen y solucionan por vías jurisdiccionales. Por eso tienen una clara naturaleza político-jurídica<sup>2</sup>. Ello deriva de la escasa densidad normativa de la norma constitucional, de la existencia de normas de principio o cláusulas vagas o muy generales, las que dejan un enorme espacio al órgano que tiene que interpretarlas y aplicarlas. En este sentido, el Tribunal Constitucional, al defender la Constitución, realiza una labor muy política, de creación más que de aplicación del derecho, aunque dicha labor sea realizada bajo la estructura del proceso jurisdiccional que supone un ente imparcial adjudicador.

Es por esta naturaleza política de la justicia constitucional que en la mayoría de las democracias occidentales que tienen tribunales constitucionales, se encomienda al Parlamento la designación exclusiva o mayoritaria de los integrantes de este órgano. El Parlamento es el órgano que mejor expresa y representa a la soberanía popular y es por ello que es este órgano el que debe tener el rol principal en la designación de los integrantes del Tribunal Constitucional.

Una reforma constitucional o una nueva Constitución tienen que mejorar este

<sup>2</sup> Francisco Cumplido señala que el Tribunal Constitucional chileno es un tribunal jurídico-político. CUMPLIDO (1999), p. 105



---

aspecto sustancialmente. De este modo, propongo eliminar el rol que tiene la Corte Suprema en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional. La Corte Suprema en primer lugar no tiene una legitimidad democrática directa y, de otra, no es la representante del conjunto del aparato jurisdiccional del país. No se ve motivo alguno para que designe a una cuota de integrantes. Antes del año 2005, cuando formaban parte del Tribunal Constitucional tres ministros de la Corte Suprema, se señalaba que ellos aportarían su experiencia como jueces. Pero ello hoy en día no es así, ya que no forman parte del Tribunal Constitucional ministros de la Corte Suprema sino que el conjunto de éstos designa a abogados que no son jueces. Y de todos modos, con la experiencia que existe en el Tribunal Constitucional, con sus asesores y relatores, no es necesario que formen parte de él abogados que aporten una experiencia jurisdiccional.

Si se mantuviera la composición de diez integrantes que tiene actualmente este órgano constitucional, una fórmula a explorar en la designación podría consistir en: a) tres por el Presidente de la República; b) cuatro por el Senado y c) tres por la Cámara de Diputados. De esta forma, el Congreso Nacional, como mejor exponente de la representación popular, obtendría mayor gravitación en la conformación del órgano de justicia constitucional.

Sin embargo, para neutralizar lo más posible al órgano desde el punto de vista de la política contingente, se deberían introducir algunas inhabilidades, que complementarían las reguladas actualmente en el artículo 92 de la Constitución. Así se podría agregar que no pueden ser designados en el Tribunal Constitucional aquellas personas que hayan desempeñado cargos de elección popular así como los que hayan sido candidatos a dichos cargos. Del mismo modo estarían inhabilitadas aquellas personas que hayan desempeñado funciones en el Gobierno o Administración del Estado en cargos que sean de exclusiva confianza del Presidente de la República. Lo mismo se podría aplicar a directivos de partidos políticos. En todos estos casos se puede pensar en un período de los últimos 8 años.

Con la inhabilidad propuesta se lograría una mejor legitimidad del órgano. Es difícil que la ciudadanía comprenda y acepte que un órgano que se llama Tribunal Constitucional y que se supone soluciona conflictos constitucionales de una manera jurisdiccional, se lo integre por personas que hace unos años, meses o inclusive días, desempeñaba el cargo de Ministro de Estado, Subsecretario, Intendente, Gobernador, Presidente de partido político, Senador, Diputado o candidato a dichos cargos, etc.

Con estas inhabilidades no se trata de negar la naturaleza política de la labor que desempeña el Tribunal Constitucional, pero sí alejarlo lo más posible de la política

contingente, para incrementar así su legitimidad, que la necesita.

## 2. Responsabilidad de los jueces constitucionales

Al tener el Tribunal Constitucional una estructura fusionada entre órgano político y tribunal de justicia, se hace aconsejable además que estos jueces respondan política y jurídicamente. Se podría idear la figura del *impeachment* respecto de los jueces constitucionales. Asimismo, los jueces constitucionales deben responder civil y penalmente por sus actos jurisdiccionales, como es la situación actualmente vigente. Un Estado Constitucional y Democrático de Derecho no puede tolerar que ningún poder sea ilimitado.

Sin embargo, si vamos a hacer responsables a los jueces constitucionales políticamente, creo que el juicio político requiere una conversión que vaya desde la pura política hacia un juicio de tipo jurisdiccional, al menos cuando se trate de destituir a jueces de la república.

En este sentido, creo que los jueces constitucionales no pueden depender exclusivamente del reproche que le realicen las mayorías políticas de la Cámara de Diputados y del Senado. Experiencias de otros países aconsejan la formación de un tribunal *ad-hoc* que teniendo como *locus* natural y una representación mayoritaria en el Senado, incorpore a sujetos menos políticos de manera de atemperar la politización del juicio.

En este sentido, se podría pensar en formar una comisión en el Senado de cuatro senadores elegidos por sus pares, a los que se podría unir el Presidente de la Corte Suprema, el Contralor General de la República y el Presidente del Tribunal Calificador de Elecciones. Ese tribunal de siete miembros haría efectiva la responsabilidad política de los ministros del Tribunal Constitucional, donde los senadores como representantes del pueblo serán mayoría, pero deberían concordar su voto con los demás integrantes, pues la destitución debería proceder con voto mínimo de cinco integrantes.

También se podría analizar si la causal de notable abandono de deberes podría ser precisada un poco más para alejar los espacios de politicidad y arbitrariedad.

---

## **II. Reforma a las competencias del Tribunal Constitucional**

### **1. Mejorar los problemas que se derivan del control preventivo de constitucionalidad de las leyes**

#### **a) Politización y pérdida de legitimidad del órgano de control de constitucionalidad en el control preventivo**

La primera desventaja que surge con respecto al control preventivo, apunta a que en estos casos se produce una cercanía temporal entre la deliberación entre las Cámaras políticas y el Tribunal Constitucional, con lo que la opinión pública tendería a identificar a este último órgano como un ente político; vería en él una especie de “tercera cámara”. Dificilmente la ciudadanía podrá comprender que la mayoría política en el Parlamento apruebe un determinado proyecto de ley para que luego, días después, un órgano que carece de representación democrática le dé la razón a la minoría política que antes había perdido en la instancia de representación de esos mismos ciudadanos.

No es que con un control de tipo represivo desaparezca la objeción democrática que siempre se le han formulado a los tribunales constitucionales, sino que el hecho que tengan que fallar inmediatamente después a la discusión parlamentaria, en el terreno todavía candente de las pasiones políticas, los hace más vulnerables a este tipo de críticas.

El problema recientemente apuntado obedece a un problema de falta de legitimidad democrática directo del órgano. Pero también hay que señalar que si el control preventivo es obligatorio, como sucede en algunos casos en el derecho chileno, ello comporta una severa limitación a las facultades normativas del ente legislativo y, en definitiva, a la soberanía popular.

A todo ello se agrega el hecho que en este tipo de control, los órganos legitimados activamente sean exclusivamente de carácter político, con la consiguiente exclusión de los ciudadanos, lo cual, obviamente, acrecienta la percepción política en el operar del Tribunal.

Esta crítica puede ser ampliada a todo control de constitucionalidad de tipo abstracto. En efecto, éste en un típico procedimiento que está pensado en clave de las minorías políticas, para que puedan defenderse de las leyes que aprueba una mayoría transitoria. En este sentido, destaca el carácter especialmente político del contencioso constitucional discutido abstractamente. Toda la crítica de la justicia constitucional como alteración de la división de poderes y de la teoría de la democracia adquiere especial relevancia con el control abstracto.

### **b) Dificultad del control preventivo para evidenciar los diferentes aspectos que trascienden al conflicto constitucional**

El control preventivo de constitucionalidad es necesariamente abstracto, puesto que se impugna un precepto de una ley u otra norma antes que comience a regir. Se trata de un juicio en que se compara una norma (constitucional) con un proyecto de norma (generalmente legal). Ello obliga al órgano de control constitucional a anticipar a ciegas las posibles inconstitucionalidades que podría comportar el proyecto analizado.

A este respecto, hay que señalar que los problemas de constitucionalidad de una determinada disposición legal nacerán, con mayor probabilidad, de la aplicación práctica y reiterada de la misma. Todo ello redundará en que el control preventivo no es capaz de mostrar todos los aspectos que trascienden al conflicto constitucional.

Tampoco debería existir un control preventivo para los proyectos de reforma constitucional. Eso limita severamente la soberanía popular.

Ahora bien, el control preventivo es el mejor camino posible para realizar un control de constitucionalidad de los tratados internacionales, pues una vez vigentes éstos, ningún órgano del Estado unilateralmente podría dejarlos sin efecto, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

En este sentido, el control preventivo de constitucionalidad podría reservarse para normas sobre tratados internacionales. También podría utilizarse para controlar a los Decretos con Fuerza de Ley y decretos, entre otras normas, tal como aparece hoy en día configurado en el texto constitucional vigente. Quizás si existiese una justicia administrativa mejor organizada, como podría ser la existencia de tribunales de lo contencioso administrativo, podría confiarse a ellos la decisión de cuestiones constitucionales en el control de la Administración del Estado. Confiar hoy en día tal labor a la multiplicidad de órganos que conocen de contenciosos administrativos, solo puede aumentar la dispersión jurisprudencial y el caos en la defensa de la Constitución.

El control no debería operar obligatoriamente sino a petición del o los órganos que se encuentren legitimados.

### **2. Fin de la inaplicabilidad en manos del Tribunal Constitucional. Hacia un control difuso de constitucionalidad vía inaplicabilidad**

Para que funcione la inaplicabilidad de las leyes como una herramienta verdaderamente jurisdiccional, debería ser encomendada a los tribunales de la instancia o del fondo, pues son éstos los que conocen de todos los aspectos fácticos a los cuales se les aplica el Derecho.

---

El sistema de la inaplicabilidad de las leyes, propio del derecho estadounidense, funciona correctamente en una lógica de control difuso de constitucionalidad y no en un control concentrado como ocurre actualmente ante el Tribunal Constitucional. En los Estados Unidos todo tribunal de justicia está facultado para inaplicar un precepto legal cuando en la aplicación en una causa judicial resulte contrario a la Constitución.

Por mucho que nuestro Tribunal Constitucional se haya encargado por años de hacer explícito que hace un control concreto y no abstracto de constitucionalidad, si uno examina sus sentencias, en la mayoría de ellas hay un control general, abstracto, donde no se toman en consideración todos los aspectos de los hechos invocados y probados, así como el derecho aplicable a ellos. El control de constitucionalidad concentrado lleva la mayoría de las veces a realizar un control abstracto, por mucho que sea el esfuerzo de los jueces constitucionales de adentrarse a los hechos de que conoció el tribunal de primera o segunda instancia.

En algunos casos, sobre todo cuando se interpone un recurso de inaplicabilidad en aquellos casos en que se está conociendo un recurso de apelación por una Corte de Apelaciones o en la etapa de casación ante la Corte Suprema, nuestro Tribunal Constitucional al enjuiciar cómo interpretaron y aplicaron la ley los jueces de la instancia, realizan un control en algún sentido más concreto.

La inaplicabilidad como control concentrado y generalmente abstracto en manos del Tribunal Constitucional debería modificarse. Se debería acercar la institución de la inaplicabilidad a las raíces del sistema. Así, los tribunales de la instancia, de oficio o a petición de parte, deberían poder inaplicar todo precepto legal que de aplicarse pueda resultar contrario a la Constitución, en la medida que no sea posible realizar una interpretación del precepto legal conforme a la Constitución. Este control concreto debería poder realizarse respecto de todo precepto legal de carácter sustantivo y procesal. El carácter concreto del control debería excluir controles sobre la forma en que se aprobó la ley así como los preceptos de carácter orgánicos, que no admiten particularidades del caso concreto lo que es propio de la inaplicabilidad.

Los jueces ordinarios y especiales se implicarían así de una mejor manera en la defensa de la Constitución. Todos los tribunales de justicia deben interpretar la ley de conformidad con la Constitución y si una interpretación conforme a ella no resulta posible, ese tribunal debe estar facultado para inaplicar el precepto legal que de aplicarse en la causa resultare contrario a la Constitución. La Constitución, de esta manera, además de un texto político, asume una característica de norma jurídica que hay que aplicar y a la cual debe subordinarse el resto del ordenamiento jurídico.

De ese acto de inaplicación realizado por un tribunal de justicia, sea que se contenga en la sentencia definitiva de primera o segunda instancia, o en el fallo de casación, o en otra resolución judicial, las partes involucradas en la gestión judicial deberían poder reclamar ante el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, para que funcione correctamente este poder de inaplicabilidad conferido a los jueces de la instancia en un marco de un Estado de Derecho regido por los principios de supremacía constitucional, de respeto de la igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, así como de servicialidad del Estado y eficiencia en el ejercicio del poder público, el Tribunal Constitucional debería jugar un rol de unificador de la jurisprudencia que se vaya consolidando al respecto.

Es evidente que el precedente que contribuye a consolidar en este caso el Tribunal Constitucional no puede tener una naturaleza formalmente vinculante. Nuestro ordenamiento jurídico no autoriza a ningún tribunal de justicia para crear normas jurídicas paralelamente al Congreso Nacional o al Presidente de la República. Y no creo que nuestro sistema jurídico deba cambiar en este sentido.

El precedente que configuraría el Tribunal Constitucional debería tener una vinculación en la medida que goce de *auctoritas*, que sugiera a los demás tribunales a seguirlo, pero que no los obligue como si fuese una norma jurídica más.

El camino a seguir por los tribunales de la instancia, en mi concepto, consiste en que éstos deben en principio acatar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pero si el razonamiento y criterio del Tribunal Constitucional no les parece correctos, entonces la carga de la argumentación se traslada al tribunal, quien para alejarse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional deberá fundar su decisión, debiendo tomar en consideración todos los argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional de modo de contrastarlos. Un diálogo entre cortes se hace aconsejable a este respecto. En esta propuesta se haría del Tribunal Constitucional una especie de nuevo tribunal de casación.

La idea de hacer del Tribunal Constitucional una especie de tribunal de súper casación<sup>3</sup> no es peregrina. En efecto, ello ya opera en algunos ordenamientos comparados, como en España. Un sector de la doctrina española considera que el Amparo Constitucional de derechos fundamentales, competencia del Tribunal Constitucional español, es en su esencia un recurso de casación. Es la tesis de Manuel Aragón<sup>4</sup>, la

3 En algún sentido vía recurso de inaplicabilidad de las leyes el Tribunal Constitucional ya funciona como tribunal de casación, ya que en algunas hipótesis enjuicia la manera en que los tribunales de la judicatura interpretan la ley en relación a la Constitución.

4 Véase ARAGÓN (2004), pp. 148 y ss.

---

que Francisco Rubio Llorente<sup>5</sup> rechaza toda vez que el Amparo Constitucional, a su juicio, no tiene como razón de ser fijar la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos fundamentales, aunque también sea instrumento para ello. La función principal del amparo, expresa este último autor, “es la protección de derechos, restableciendo en su ejercicio a aquél que se ha visto privado de él. Sólo cuando ese restablecimiento se logra simplemente con la retroacción, será ésta la medida a adoptar. Cuando no baste con ello porque se trata de derechos sustantivos o, aun tratándose de derechos procesales, se han producido sentencias contradictorias, la retroacción de las actuaciones, la devolución del asunto al juez ordinario, no es la medida adecuada para restablecer al amparado en su derecho, y es este restablecimiento el que el tribunal ha de asegurar”<sup>6</sup>.

Sin embargo, la práctica del Tribunal Constitucional español en materia de tutela de derechos fundamentales de contenido procesal parece indicar una lógica *casacional*, toda vez que en las sentencias estimatorias de amparo generalmente se procede a declarar la nulidad de la resolución judicial que provocó dicha vulneración, así como a retrotraer las actuaciones al órgano jurisdiccional ordinario competente para que dicte una nueva resolución, respetando esta vez las garantías de contenido procesal<sup>7</sup>.

Constituya o no el Amparo Constitucional español materialmente un recurso de casación por violación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, lo cierto es que se ve como una alternativa bastante plausible a los fines de unificar las decisiones jurisdiccionales en materia de derechos fundamentales.

Sin embargo, la introducción del recurso de Amparo Constitucional en el orden jurídico español ha ocasionado un verdadero incordio, atascando la actividad del Tribunal Constitucional por años, lo que atenta contra una justicia que debe dar respuesta dentro de plazos razonables. Por otro lado, ha generado en más de una ocasión serios enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, el que ha visto anuladas algunas de sus sentencias y criticado su actuar jurisdiccional por parte del primero. La relativa mayor seguridad jurídica que ha logrado obtener el sistema español de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales se ha logrado a unos costos muy elevados, por lo que no creo que sea una alternativa a considerar en el Derecho chileno.

Si se ha de crear un recurso procesal en manos del Tribunal Constitucional

---

5 Cfr. RUBIO LLORENTE (1995), p. 166.

6 RUBIO LLORENTE (1995), p. 166.

7 Véase CARMONA (2005), p. 70.

chileno a fin de contribuir a la mayor unidad en la interpretación jurisdiccional de la Constitución y de los derechos fundamentales, creo que debe ser concebido en términos claramente *casacionales* puros, es decir, con un marcado acento público y sin mirar los intereses particulares de los litigantes. Esto quiere decir que la solución al caso concreto en materia de tutela de la Constitución deben darla los tribunales de la judicatura ordinaria. El Tribunal Constitucional no debería revisar esa actuación, salvo que afectara su doctrina o jurisprudencia. De este modo, ese recurso debería ser un recurso de casación para la unificación de la doctrina constitucional.

Un recurso de este tipo no estaría predispuesto como mecanismo de control de la interpretación judicial o de defensa del ordenamiento, sino a los fines de evitar la dispersión jurisprudencial que puede producirse por la multiplicidad de tribunales que tutelan e interpretan los derechos fundamentales. El antecedente de un recurso semejante es el Derecho español y hoy también en Chile el recurso para la unificación de la jurisprudencia laboral.

Valorando como antecedente esa experiencia española y también chilena, un recurso de casación para la unificación de la doctrina constitucional en manos del Tribunal Constitucional chileno, para que pudiera contribuir adecuadamente en evitar la dispersión jurisprudencial, debería contemplar los siguientes aspectos:

a) En primer lugar, El tribunal Constitucional no debería enjuiciar en general las interpretaciones que sobre alguna parte de la Constitución han realizado los tribunales de justicia. Sólo debe determinar si los fallos de esos tribunales de justicia contradicen su doctrina previamente establecida.

b) En segundo lugar, el Tribunal Constitucional podría imponer a todos los tribunales sus interpretaciones constitucionales, con la posibilidad manifiesta de anular las decisiones de la judicatura ordinaria que se aparten de su doctrina jurisprudencial.

Que la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de las normas constitucionales debe primar sobre el resto de la judicatura ordinaria es algo que se deriva de las propias competencias que la Constitución entrega a dicho tribunal (art. 93 Constitución Política) y está en el “ADN” de un tribunal que defiende el principio de supremacía constitucional.

Ahora bien, se debe agregar a lo anterior que cuando no haya jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre una determinada materia, éste podría pronunciarse en recurso presentado cuando considere que la supremacía constitucional lo amerite.



---

Todo lo anterior indica que en estas materias debería reconocerse una facultad al Tribunal Constitucional tipo *certiorari* o de selección de casos, como la tiene la Corte Suprema estadounidense y algunas cortes europeas. Es decir, el Tribunal Constitucional podrá elegir las causas que debe conocer y fallar, cuando considere que hay necesidad de unificar jurisprudencia o bien cuando se hace necesario fijar una posición en materia de respeto de la Constitución.

En estos casos, el Tribunal Constitucional estaría facultado para anular un fallo que se aparte de su jurisprudencia o bien cuando considere que los tribunales de la judicatura se han apartado de lo que ordena la Constitución. Estaría facultado por lo demás para dictar una sentencia de reemplazo en estos casos.

Cuando ya exista una jurisprudencia asentada por el Tribunal Constitucional en una materia, que es la que ha afirmado el juez del fondo o de la instancia, y una parte presente un recurso o cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, éste desde luego lo podrá declarar inadmisibile, pero también podrá condenar en costas al recurrente si es que se considera que no había motivos plausibles para recurrir. Así se velaría por un uso no abusivo del instituto.

Junto con la inaplicabilidad de las leyes como competencia de los tribunales de la instancia, con una facultad de revisión en manos del Tribunal Constitucional, se podría pensar en una competencia en manos del Tribunal Constitucional para derogar un precepto legal que sea contrario a la Constitución, similar a la que reconoce hoy en día el texto constitucional en el art. 93 N° 7. Este recurso se debería utilizar cualquiera sea el precepto legal impugnado, sustantivo, procesal u orgánico, y por razones de fondo o forma.

En esta última competencia, la experiencia tenida en consideración en materia de inaplicabilidad podría ser un indicador para que se termine por derogar el precepto, pero no debería haber una relación necesaria entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad, pues obedecen a lógicas y fines diversos. Un precepto legal podría ser declarado inconstitucional sin que previamente haya sido declarado inaplicable y, en igual sentido, un precepto declarado inaplicable, aunque sea en varias oportunidades, podría no ser considerado contrario a la Constitución en términos generales.

En materia de inconstitucionalidad vía recurso directo, deberían tener la legitimación activa los poderes políticos, es decir Presidente de la República, las Cámaras o una parte de ellas y también podría pensarse en una acción pública.

**Bibliografía**

ARAGÓN, Manuel (2004): “Problemas del recurso de amparo”, Pablo Pérez Tremps, (Coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CAPPELLETTI, Mauro (1968): *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Giuffrè, Milán.

CARMONA, Encarna (2005): *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, Alcalá.

CUMPLIDO, Francisco (1999): “El Tribunal Constitucional chileno”, Gastón Gómez (Ed.), *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*, Universidad Diego Portales, Santiago.

RUBIO, Francisco (1995): “El recurso de amparo constitucional”, AA.VV., *La jurisdicción constitucional en España. La ley orgánica del Tribunal Constitucional: 1979 – 1994*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.



# UN MODELO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES EN UNA NUEVA CARTA FUNDAMENTAL PARA CHILE

Rodrigo Pica Flores

## Introducción

El presente trabajo busca elaborar una propuesta acerca del sistema de resolución de conflictos constitucionales, tomando como base la experiencia de nuestro orden jurídico y la teoría general.

## Configuración del sistema de jurisdicción constitucional

En primer lugar, cabe señalar que hoy resulta difícil concebir una Constitución sin su dimensión de justiciabilidad, dado que esta es la garantía jurídica del régimen democrático que se establezca. En ese sentido, más allá de la objeción democrática al concepto de justicia constitucional —cuestión que innegablemente es relevante— debe tenerse presente una lapidaria reflexión de García de Enterría, que recuerda los fantasmas de la República de Weimar: “una Constitución sin Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados, es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder”,<sup>1</sup> dejando el sistema democrático a merced de la autotutela y también de sus destructores y pervertidores.

En efecto, la existencia misma de un sistema constitucional implica la potencial existencia de conflictos constitucionales, lo que llama a establecer mecanismos de resolución de los mismos, marco en el cual el proceso judicial surge como el de mayor grado de civilización frente a la autotutela, que en materia de derecho público se traduce en quiebres institucionales. Esta reflexión trasunta un razonamiento que puede resultar vergonzoso para más de alguien: es probable que en el funcionamiento del sistema político no todo sea color de rosa, y que el concepto originario de separación de poderes no sea suficiente ni eficaz para resolver conflictos.

Por otra parte, debe tenerse presente que la faz dinámica del proceso democrático, guiada por vectores de deliberación y consenso, no tendrá por eje el conflicto, que será de suyo excepcional, en la medida en que la deliberación y el consenso fallen, por lo cual el recurso al derecho procesal constitucional, en materia de conflictos entre poderes, será de última *ratio*. Así, conceptualmente hablando, se

1 GARCÍA DE ENTERRÍA (1981), p. 186.

---

puede decir que estamos en presencia de lo que Andrés Bordalí llamaría “un poder incómodo”.<sup>2</sup>

Dicho ello, la primera opción configurativa en la reflexión sobre el sistema de control nos acerca a la elección entre un modelo concentrado de matriz europea o uno difuso de matriz estadounidense.

Cabe tener presente que nuestro sistema jurídico es de matriz codificada, europea continental, legalista, regido por la inexcusabilidad y sin un sistema de precedentes como el que rige el derecho estadounidense. En nuestro derecho, no debe perderse de vista que el juez ordinario es parte del conflicto de constitucionalidad concreto en sede de inaplicabilidad, que emerge como control de aplicación. Se constata que el juez es destinatario de dos sumisiones básicas: una por la Constitución y otra por la ley, de manera tal que no parece ser el indicado para determinar por sí y ante sí, que se anule alguno de sus propios deberes de obediencia. En modelos como el nuestro, sin sistemas de precedentes, el control difuso es un riesgo, pues dependería de la sola voluntad del juez su vinculación a la ley, en el marco de un sistema judicial sin conformación de precedentes, y haciendo hablar a *placer* normas de principios de alto grado de abstracción y múltiple significado político, como son las normas de derechos fundamentales, existiendo siempre el riesgo y la tentación de que sean las opciones valóricas subjetivas de los jueces las que se transmitan como contenido de las normas de principios cada vez que el texto de la ley no sea de su agrado.

De hecho, para cualquier demócrata la ley es relevante, pues es una fuente del Derecho que *per se* va asociada a la legitimidad democrática, en la medida en que es la expresión de la voluntad del pueblo soberano y deliberante representado en el Congreso, por lo cual puede decirse que la ley importa tanto como para que los jueces sean destinatarios de obediencia a ella, motivo por el cual no resulta sensato que sean los propios jueces los que determinen por sí y ante sí mismos cuando la desobedecen.

Es menester señalar que constatado el conflicto de constitucionalidad, no se le puede pedir a la judicatura ser irrestricta aplicadora de la ley y al mismo tiempo ser juez de la ley en nombre de la Constitución, por ser incompatible el incumplimiento concreto de ambos deberes a la vez. En el marco del paso del viejo Estado liberal al Estado constitucional el principio de omnipotencia del legislador se ve debilitado, de manera tal que el juez deja de ser un mero esclavo de la ley y de estar sometido total y exclusivamente a ella como horizonte único de obediencia, al punto de que “la vinculación del juez a la ley se debilita, porque una norma más alta le autoriza a cuestionar su validez o incluso a negarla y a extraer consecuencias necesarias de esta

---

2 BORDALÍ (2008), pp. 47-72

negación, inaplicando la ley que estima inválida o, en el sistema europeo, expulsándola del ordenamiento”<sup>3</sup>, en el paso del juez esclavo de la ley al juez obligado por ella, pero —al mismo tiempo— promotor de la supremacía constitucional.

Es por ello que, a mi modesto juicio, el dilema del juez frente a la Constitución, en sistemas jurídicos codificados y continentales como el nuestro, se configura de la mejor forma con la concentración de la jurisdicción constitucional, con control concreto (con iniciativa judicial) y con amparo constitucional extraordinario, con garantías expresas de la última *ratio* del ejercicio de la jurisdicción en conflictos constitucionales.

Hoy, el rol del juez visto desde la Constitución ha cambiado, por lo que debe abordarse el marco de la articulación sistémica entre la judicatura ordinaria y la judicatura constitucional, propia de todo sistema de control estructurado en la matriz concentrada europea, en la cual se inserta el deber del juez de obedecer a la Constitución.

En este sentido, vale la pena observar la estructura del sistema constitucional español, de control concentrado e iniciativa judicial, en el cual es posible sostener que existe un “monopolio (auxiliado) del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley”<sup>4</sup> que se traduce en que “la actuación de la jurisdicción constitucional implica la resolución por esta de un problema constitucional suscitado, precisamente, por los órganos judiciales a través de la cuestión de inconstitucionalidad”<sup>5</sup>, de manera tal que puede perfectamente plantearse que en este aspecto el juez común cumple la misma función colaborativa de la labor depurativa del Tribunal Constitucional (En adelante, TC).

Estamos en presencia, entonces, de un monopolio auxiliado porque el modelo concentrado exige que sea solo el TC quién tenga competencia en el asunto, pero en un contexto normativo en el cual el juez ordinario también está sometido a la norma fundamental, motivo por el cual colabora al ejercicio de la potestad de depuración de normas planteando requerimientos, recordando que es el juez quién formula la cuestión en España. En el caso chileno, este monopolio propio del sistema concentrado es extrapolable por la vía del art. 7 de la Constitución, —norma de vieja data en el constitucionalismo chileno y que puede ser el sostén de la propuesta— en relación a los actuales numerales 6 y 7 del art. 93 de la misma, pues si bien el proceso de inconstitucionalidad abstracta y *erga omnes* puede ser iniciado de oficio o por acción

3 RUBIO (1997), p. 282

4 PÉREZ (2010), p. 155.

5 *Ídem*.

---

pública, tiene como presupuesto una sentencia estimatoria de inaplicabilidad, que, a su vez, presupone un requerimiento, por lo cual el monopolio de control de normas en Chile se encuentra auxiliado no solo por los jueces ordinarios, sino también por las partes de los procesos seguidos ante cualquier tribunal.

En este orden, la propuesta es mantener el monopolio auxiliado de control de normas *ex post*, con algunas modificaciones esenciales: última *ratio* y filtros de selectividad de causas, vinculación a los poderes públicos del contenido de las sentencias del TC y eliminación del control preventivo.

El planteamiento del monopolio auxiliado puede sustentarse también en que el tribunal ordinario en Chile, en tanto órgano del Estado, se encuentra obligado por el art. 6 de la Constitución, que le exige “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella” y, por otra parte, debe “garantizar el orden institucional de la República”, normas de interés público y de orden abstracto que probablemente cualquier texto constitucional nuevo mantendría en su esencia y a partir de las cuales se puede conceptualizar en nuestro sistema lo que Manuel Aragón ha denominado “la doble sumisión” por parte de los jueces ordinarios, consistente en que estos están sometidos a la Constitución, que han de cumplir y, por lo mismo, no pueden ignorar o inaplicar, y a la ley, a la que están sometidos y de la que no pueden disponer, lo que significa que no pueden inaplicarla por razón de invalidez. La solución de esta aparente contradicción estará en la cuestión de inconstitucionalidad, que permite [que] los jueces, no pudiendo disponer de la ley, no estén obligados tampoco a aplicarla cuando la consideren inconstitucional. Por medio de esta cuestión se hace posible la supremacía jurídica de la Constitución en todos los ámbitos del ordenamiento sin que se rompa el principio de la sumisión de los jueces a la ley.<sup>6</sup>

Se exigiría al mismo tiempo algún mecanismo de resolución de este conflicto de obediencia, que es en realidad un conflicto del sistema de fuentes, que el juez constatará cuando tenga que hacer uso del mismo.

A partir del deber de doble sumisión ya enunciado, el TC español, en una época tan temprana como 1981, sostuvo que el sometimiento a la Constitución, superior a la sumisión al legislador, no podía ser una excusa para eludir esta última y dar pie al control difuso; en efecto, sostuvo que el constituyente “ha preferido, para evitarlo, sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad”, según

---

6 ARAGÓN (2004), p. 183.

razonó en la sentencia N° 17/81,<sup>7</sup> del 01 de junio de 1981. En Chile, tras la reforma constitucional del año 2005, lo que planteó hace casi 30 años el joven tribunal español, parece plenamente extrapolable al caso chileno, sea en lo conceptual o bien en el texto de las normas, al introducirse el planteamiento de la cuestión de inaplicabilidad a iniciativa judicial.

Es por ello que en el sistema constitucional español es posible sostener que el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad “es un auténtico deber para el juez, fundado en un interés público”,<sup>8</sup> que no es otro que la supremacía constitucional. Esta conceptualización será tomada como base de esta propuesta y constatará la necesidad de un sistema concentrado.

Dentro de las ventajas de un modelo concentrado de jurisdicción constitucional bien conformado, al compararlo con el de jurisdicción difusa, encontramos las siguientes:

- Mantiene la obediencia y subordinación de los jueces a la ley, dando la opción y los mecanismos para hacer valer al mismo tiempo la supremacía constitucional.

- En la medida que se reconoce a un solo órgano el carácter de intérprete supremo de la Constitución, unifica la interpretación constitucional y da certeza acerca del significado de esta.

- Tiene carácter de última *ratio*, lo que debe ser reconocido a través de diversos mecanismos, cuestión que constituye un freno al activismo judicial en cuestiones políticas.

### **Primeras propuestas: configuración orgánica**

- Última *ratio* de la declaración de constitucionalidad. Debe tenerse presente la experiencia de ya casi diez años en materia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la que el control concreto de constitucionalidad ha devenido, como era totalmente esperable, en control de aplicación y de interpretación, que ejercido de acuerdo al principio de presunción de constitucionalidad lleva a que más que declarar inconstitucionalidades se dicten sentencias desestimatorias por existir la posibilidad de realizar interpretación de la norma conforme a la Constitución. En este orden, las interpretaciones que el TC

7 Tribunal Constitucional de España, 01 de junio de 1981, Rol N° 17/1981, cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado Juez de Primera Instancia N° 7 de Barcelona, sobre el art. 252.2 y 3 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, de 21 de julio de 1960, en relación con el art. 39.2 de la Constitución”. Disponible en: <[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1981-0017](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1981-0017)> [Fecha de visita 23 de septiembre de 2010].

8 PÉREZ (1985), p. 127.



---

ha realizado de preceptos legales no han sido bien recibidas, ni menos seguidas, por los tribunales ordinarios.<sup>9</sup> Desde esta perspectiva, resulta sensato establecer como principio general de control de normas en la Constitución la presunción de constitucionalidad de la ley y el deber del TC de no declarar la inconstitucionalidad existiendo la posibilidad de verificar interpretación conforme, para dejar establecido el carácter de última *ratio* de la actuación depuradora de la jurisdicción constitucional.

Cabe agregar que no obstante el carácter de última *ratio* de toda declaración de inconstitucionalidad, sorprende que desde el año 1981 el art. 3 de la Ley Orgánica Constitucional del TC (En adelante, LOCTC) establezca el imperativo del deber de inexcusabilidad, al disponer que “Reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión”, en una norma que es justamente lo contrario de la última *ratio*, al obligar a conocer todos y cada uno de los asuntos si se cumple con las normas de competencia y las formalidades legales.

Es un hecho que el aumento de causas acarrea mayor demora en su resolución y que en esas condiciones un proceso de inaplicabilidad sumado a la suspensión del procedimiento, hoy puede significar casi un año adicional de espera en la resolución jurisdiccional de un conflicto. Resultado: justicia tardía e inoportuna, a lo cual la inexcusabilidad puede contribuir en una materia que conceptualmente es de última *ratio*.

Con la finalidad de evitar saturación del tribunal y el uso del proceso constitucional como una herramienta dilatoria, surge la necesidad de introducir mecanismos de selección de causas. Algunos institutos similares al *certiorari*, en cuanto factor de selectividad, pueden ser de utilidad en el sistema concentrado, exigiendo justificar la especial relevancia constitucional y/o la necesidad de un pronunciamiento sobre la materia formulada en cada requerimiento, “relevancia constitucional del asunto”, “necesidad de cambio de líneas jurisprudenciales”, “asunto nuevo”, todo lo cual evitaría una judicialización miscelánea en materia de conflictos constitucionales.

- Vinculación a los demás poderes públicos de lo razonado en las sentencias.

A reglón seguido surge la necesidad de escriturar el deber de la vinculación a los demás poderes públicos de la interpretación del TC, cierre del modelo concentrado que permite unificar y dar certeza al sentido de la Constitución, y que se encuentra vigente, por ejemplo, en Alemania y España, por el que todos los órganos de Estado

---

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, sentencias roles N° 1244 y 1394, en las cuales se rechazaron inaplicabilidades por existir interpretaciones conforme a la Constitución, entendiéndose de forma amplia el art. 186 del Código Procesal Penal, interpretación que no fue seguida por la judicatura en las gestiones invocadas.

deben acatar y seguir la interpretación que de la Constitución y la ley haga el TC, para evitar episodios de incerteza jurídica y falta de articulación con otros órganos, como los acaecidos a propósito del art. 186 del Código Procesal Penal.

En el modelo chileno este punto es de especial necesidad, pues nuestro sistema orgánico de control parece concentrado, mas la Corte Suprema en tanto tribunal de derechos fundamentales de última instancia, y la Contraloría General de la República son también órganos de control de constitucionalidad, sin que exista procedimiento o mecanismo de cierre que los englobe y someta a la concentración del modelo.

- Introducción de algún parámetro objetivo de juicio en materia de afectación de derechos.

En ese marco, y en el carácter de última *ratio*, más allá de no ser yo un convencido cultor del principio de proporcionalidad, su introducción como parámetro del juicio de constitucionalidad en el derecho comparado, con estándares ciertos y escriturados en la Constitución, puede ser vista como una necesidad, si se le asume como una técnica vigente y aceptada comúnmente como deseable, que al mismo tiempo permite encajar mejor las potestades de la judicatura constitucional, estableciendo un parámetro de juicio específico y cierto a la hora de determinar el enjuiciamiento al legislador, con un marco conocido y no disponible por el órgano controlante.

A la hora de enjuiciar limitaciones a derechos fundamentales bajo este estándar, no obstante existir diversas fórmulas, el TC alemán, artífice de la metodología de la proporcionalidad en esta área, realiza este examen en cuatro pasos que deben ser superados favorablemente para que una limitación a derechos sea admisible:<sup>10</sup>

- Si la medida es o no permitida.
- Si es o no idónea para el objetivo que busca cumplir.
- Si es o no necesaria la limitación.
- Si es o no proporcionada en sentido estricto, en tanto la ventaja de restringir el derecho es mayor que su disminución.

Con matices y modificaciones, a partir de la sentencia Rol N° 790, de 11 de diciembre de 2007, y asumiendo que la Constitución chilena no reconoce los estándares de este examen como parámetro de juicio, se invoca por el TC como elemento de juicio, justificándolo por su uso en el derecho de otros Estados. Se comienza a utilizar con

<sup>10</sup> Véase en este sentido, HARTWIG (2010)

---

ocasión de conflictos derivados de la garantía de la igualdad ante la ley,<sup>11</sup> en términos que “...el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el español y el alemán, da cuenta de que no basta, sin embargo, que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. La Suprema Corte de Justicia de México concuerda con este criterio cuando señala que: ‘Si bien el emisor de la norma puede prever situaciones fácticas que requieren un trato diferente, este debe sustentarse en criterios razonables y objetivos que lo justifiquen, sin dejarlo al capricho o voluntad del legislador’”.<sup>12</sup> De igual forma, a pesar de introducirse este examen como parámetro en materia de igualdad ante la ley, se alude en realidad como una evaluación de legitimidad general en cuanto a la afectación de derechos, en tanto se agrega que “la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, [...] debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma” (considerando N° 22); nótese que se usa el término “intervenir” el derecho fundamental, mas no las nociones de limitar ni regular.

Continuando con la referencia al derecho extranjero, nuevamente en materia de igualdad, la jurisprudencia del TC agrega que

[...] El *Tribunal Constitucional* de España ha señalado, específicamente, que para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos [...]<sup>13</sup>

Así, en materia de igualdad ante la ley, esta doctrina acerca de la proporcionalidad como parámetro de juicio de igualdad ante la ley se verá reiterada expresamente en las posteriores sentencias roles N° 755, 1046, 1061, 1138, 1140, 1182, 1234, 1276, 1361, 1968 y 1710 en adelante. Así, se establecen los tres juicios sucesivos que el TC chileno entenderá como propios de su examen de proporcionalidad para someter a escrutinio la “intervención” legislativa de derechos fundamentales:

- Exigencia de una finalidad objetiva y constitucionalmente válida para la afectación del derecho.

---

11 En estos términos y en cuanto a la jurisprudencia de igualdad ante la ley, esta sentencia sin duda constituye un cambio jurisprudencial que debe ser visto como un avance en esa particular área.

12 Sentencia N° 1629-2004 (considerando N° 22).

13 Sentencias N° 76-1990 y N° 253-2004. (Considerando N° 22).

- Exigencia de racionalidad o adecuación de la limitación en función del fin buscado.
- Proporcionalidad entre el medio y el fin.

Se observa que sin texto expreso, el TC ha introducido su versión propia del examen de proporcionalidad, que ha ido cambiando rápidamente. Esta tendencia ha devenido en un aumento anómalo de un espacio de discrecionalidad jurisdiccional, pues el parámetro de proporcionalidad fue creado por el propio Tribunal Constitucional a partir de derecho extranjero y no de normas constitucionales, pudiendo rigidizarlo o flexibilizarlo según lo estime (cuestión que desde ya se advierte como anómala, pues el margen de escrutinio de la ley se aumenta, mientras que la motivación legislativa era vista como un tema de mérito excluido del control de constitucionalidad hasta el año 2007 y hoy es sometida a escrutinio por esta vía). Es claro el llamado que se hace a la necesidad de escriturar y objetivizar el parámetro, que unido a la última ratio y a la presunción de constitucionalidad, puede ser usado como una limitante objetiva de la intervención de la judicatura constitucional.

- Integración impar del pleno del Tribunal, para evitar el fenómeno del empate.

Las sentencias en empate tienen, *per se*, cuestionamientos de legitimidad. Más aún cuando se han referido a principios y cuestiones tan importantes como el *non bis in idem*, las jornadas especiales en el Código del Trabajo, la prisión por deudas en materia tributaria y el derecho al recurso, entre otros.

Al mismo tiempo debe darse cobertura constitucional suficiente a la figura de los Ministros suplentes y establecerse la obligación de integrarlos siempre que sea necesario para completar el número impar y evitar el empate.

Parece sensato también que el Presidente de la República y la judicatura nombren menos magistrados y que el resto vengan del Congreso Nacional.

Dicho lo anterior, en términos de modelo ideal para Chile, la experiencia de 80 años, la inaplicabilidad en la Corte Suprema y su desarrollo a casi 10 años de la reforma de 2005, la actual inaplicabilidad y la consecuente inconstitucionalidad de efectos *erga omnes* han mostrado los cambios de nuestro sistema y han justificado de sobra la necesidad de un modelo concentrado, reconociendo que el nuestro no es el mejor y que hay mucho por enmendar.

---

## Propuestas de reformas al catálogo de atribuciones del Tribunal Constitucional

A continuación, utilizando el análisis de atribuciones actualmente vigente, se proponen reformas a las potestades del TC, identificando problemáticas y justificando la propuesta.

- Eliminación del control preventivo obligatorio por ser una rémora política, por fenómeno de tercera cámara y por su inutilidad operativa (no produce cosa juzgada respecto de la inaplicabilidad).

Se observa en Chile una dicotomía de controles. Existe, por una parte, el control preventivo-abstracto y, por otra, el control represivo-concreto, teniendo presente al mismo tiempo que el último es, en los hechos, la mayor parte del actual trabajo del TC (80 % aproximadamente).

La coexistencia de ambos controles como ejes simultáneos del sistema y los problemas derivados de ella no fueron advertidos por el constituyente de 2005, y las anomalías que de ello derivan saltaron a la vista solo al adecuarse la LOCTC a sus nuevas atribuciones por medio de la Ley N° 20.381.

Por de pronto, la comunicabilidad de la cosa juzgada desde el control preventivo abstracto al represivo concreto es hoy un imposible, pues la causa de pedir no será nunca la misma, resultando imposible configurar el efecto de cosa juzgada. En el control preventivo obligatorio (art. 93 numeral 1° de la Constitución) la causa de pedir es imposible de identificar, al no existir conflicto a resolver y en el control preventivo contencioso (art. 93 numeral 3° de la Constitución) se está en presencia de un control abstracto, es decir, de un contraste entre ley y Constitución o entre una actuación del *iter legis* y la Constitución como motivo de pedir. En el control concreto las circunstancias de hecho y derecho de la gestión y el resultado que ha de producirse en ella son parte de la motivación del requerimiento de inaplicabilidad y por ende jamás habrá similar causa de pedir entre un control preventivo y un control concreto represivo.

De esta forma, aunque se quiera, conceptualmente la sentencia de control preventivo no tiene cosa juzgada respecto de posteriores inaplicabilidades. Se concluye que la sentencia de control preventivo, incluso para quienes defiendan dicha modalidad de control, es ineficaz e inútil, pues no blindada la norma controlada de posteriores cuestionamientos, argumento que debiera hacer fuerza incluso en un defensor purista de la Carta del 80.

Para constatar la incompatibilidad operativa de ambos controles, basta observar que el legislador orgánico constitucional, en la Ley N° 20.381 quiso ajustar y armonizar los controles preventivos con la inaplicabilidad, esfuerzo que conceptualmente es vano e ineficaz. El art. 84, numeral 2° de la LOCTC, establece que procederá declarar la inadmisibilidad de un libelo de inaplicabilidad, “cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”, norma que debe relacionarse con otros artículos de la LOCTC referidos a efectos de sentencias:

Art. 51, referido a control preventivo obligatorio, en tanto “resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva”.

Art. 71, referido al control preventivo contencioso, en tanto “declarado por el Tribunal que un precepto legal impugnado de conformidad a este párrafo es constitucional, no podrá ser declarado posteriormente inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva”.

Es necesario precisar que el conflicto de constitucionalidad en materia de controles abstractos y de controles concretos no es el mismo en nuestro sistema. El control abstracto aparece como un contraste entre una norma de la Constitución y una norma de inferior rango, desprovisto de elementos de hecho y de toda hipótesis de aplicación. El control concreto, en cambio, aparece como un examen de los efectos contrarios a la Constitución que genera la aplicación de un precepto legal. En el control abstracto el objeto de control es la norma aisladamente considerada; en el control concreto el objeto de control va más allá de la norma y exige ponderar los resultados de su aplicación para calificarlos de inconstitucionales.

Así, en el control abstracto, el vicio de constitucionalidad es de derecho estricto y en principio carente de elementos de hecho, en cambio, en el control concreto es la disposición en aplicación, con un resultado contrario a la Constitución, cuestión que es un elemento de hecho, por lo que el “vicio” de inconstitucionalidad en materia de inaplicabilidad tiene los siguientes elementos:

- Precepto legal.
- Acto de aplicación.
- Resultado de la aplicación, tachado de inconstitucional.

---

De tal forma, es del todo coherente que al configurar el conflicto de inaplicabilidad, el art. 80 de la LOCTC exija al requirente de inaplicabilidad “una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional”, pues de no ser así jamás podrá entenderse planteado un conflicto concreto de constitucionalidad, al punto que solo después, y diferenciando del resultado de infracción constitucional, se exige “indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”. Hecha esta precisión conceptual, debe agregarse que el control preventivo obligatorio, al no recaer en requerimientos ni en vicios específicos, no queda dentro del numeral 2° del art. 84 en comentario.

Posteriormente, cabe preguntarse ¿puede haber “mismo vicio” en control preventivo abstracto y en un requerimiento de inaplicabilidad? La respuesta solo puede ser no, ya que en el control abstracto el vicio serán solo las disposiciones constitucionales infringidas<sup>14</sup> y en el control concreto tiene elementos adicionales que son bastante más que ello.

Se observa que la causa de pedir en controles preventivos y en control de inaplicabilidad es diferente. No podrá existir el “mismo vicio”, en la medida que el control concreto implica más que la sola invocación de normas constitucionales, de forma tal que el sistema de controles preventivos y represivos a la vez ha quedado sin sentido, pues el control *a priori* no podrá tener efecto de cosa juzgada respecto de controles *a posteriori* de inaplicabilidad.

Por otra parte, más allá de lo procesal, en lo sustantivo el surgimiento de los controles preventivos, obligatorios y abstractos de constitucionalidad (art. 93 numeral 1° Constitución Política) en el derecho chileno viene de la mano de la democracia tutelada y del debilitamiento del legislativo en aras del presidencialismo reforzado, creándose las leyes orgánicas constitucionales, con una mayoría reforzada para dar poder de veto a la minoría, que después será subsidiada hasta el empate con los senadores designados y el sistema electoral binominal. En este orden, este tipo de control, ligado a los enclaves autoritarios y hoy contenido en el numeral 1° del art. 93 de la Constitución, es inseparable de la eliminación —o a lo menos reforma profunda— del instituto de las leyes orgánicas constitucionales.

De otra suerte, la inutilidad de la sentencia de este tipo de control, al existir el control concreto de inaplicabilidad, hace que la eliminación del control preventivo sea la crónica de una muerte anunciada si se busca coherencia conceptual y una visión democrática de la justicia constitucional, pues los controles preventivo-obligatorios en

---

14 Acerca del control preventivo y sus efectos, véase VERDUGO (2009), pp. 57-82.

ausencia de conflicto representan un tutelaje a priori sobre el legislador. Sí puede resultar justificable la mantención eventual o parcial de un control preventivo sobre tratados internacionales, en tanto su posterior ratificación en conflicto con la Constitución generará inevitablemente responsabilidad internacional del Estado.

### **Eliminación del control preventivo contencioso**

En cuanto al control preventivo contencioso recaído en “cuestiones de constitucionalidad”, suscitadas “durante la tramitación” de un proyecto de ley, debe tenerse presente que este es el origen del TC creado en 1970, y radica en la necesidad de resolver conflictos derivados del reparto de potestades en el proceso legislativo en el presidencialismo chileno, por factores que subsisten hasta el día de hoy: la iniciativa exclusiva y su resguardo, las indicaciones misceláneas, aumento de gastos por el congreso y el posterior conflicto derivado del veto presidencial y la facultad de insistir. Este control preventivo tiene sus orígenes en circunstancias que nada tienen que ver con el legado testamentario de la dictadura militar, y ello no debe omitirse al analizar su subsistencia o eliminación.

De mantenerse la estructura del proceso legislativo —cuestión que de seguro no debiera ocurrir, pues el debate y propuestas sobre una nueva Constitución incluyen profundos cambios en materia de régimen político—, este control podría tener justificada su existencia y, en el improbable evento de mantenerse la estructura del proceso legislativo, quizás la reforma a proponer debiera referirse a precisar conflictos determinados del *iter legis*, establecidos como causales específicas restringidas, por ejemplo la invasión de la iniciativa exclusiva (si dicha atribución subsiste) y las indicaciones misceláneas, a efectos de reducir el riesgo de transformar al TC en una tercera cámara anómala.

Si el reparto de potestades en el proceso legislativo es objeto de reforma, este control quedará fuera de contexto y sin justificación conceptual, lo que anuncia su eliminación.

### **Modificación al control de Autos Acordados**

En cuanto al control de constitucionalidad de Autos Acordados creado en el año 2005, es menester diferenciar los efectos de las sentencias en ambas hipótesis contenidas en el art. 93 numeral 2° de la Constitución.

En primer lugar se constata la existencia de un control de Auto Acordado a requerimiento de parte en juicio, motivado por la aplicación de la norma al caso concreto generando en él efectos de infracción de derechos fundamentales, no obstante lo cual la sentencia tiene la anomalía conceptual de generar efectos *erga omnes* a pesar de ser el caso concreto elemento de juicio, siendo necesario reconducirlos hacia un efecto inter partes. Por otro lado, esta diferenciación conceptual lleva a plantear que sería sensato



---

asimilar a la inaplicabilidad este control de autos acordados a requerimiento de parte, pues sus diferencias conceptuales se reducirían al rango de la norma impugnada. En cuanto al control abstracto de Auto Acordado a requerimiento de órgano colegislador, no se ha iniciado ningún proceso, actuando básicamente como un disuasivo.

### **Eliminación del control de Decretos Supremos**

En cuanto a esta atribución, cabe mencionar que los Decretos Supremos están regidos por el principio de impugnabilidad judicial del art. 38 de la Carta Fundamental, y pueden ser objeto de acciones de protección y nulidad de derecho público, mas el texto original de la Constitución estableció el control de Decretos Supremos ante el TC como un verdadero contencioso administrativo “VIP” (en el sentido peyorativo de “*very important person*”, ya que el acceso a esta jurisdicción es restringido: sólo un grupo de parlamentarios puede acceder a este tipo de control ante el Tribunal Constitucional), calificable como innecesario al ser impugnable por vías ordinarias el decreto y ser de difícil justificación el establecer una vía extra, ante tribunal especial y con legitimación activa parlamentaria.

Puede decirse que este control obedece en gran medida a los defectos y carencias de la consagración del principio de reserva de ley en el derecho chileno,<sup>15</sup> que acarrea conflictos entre la reserva del art. 63, numeral 20, y la potestad reglamentaria autónoma, por lo que resulta paradójico ver escasa jurisprudencia al respecto.

Cabe mencionar que la existencia de este control inutiliza las funciones de la Contraloría General de la República al respecto, pues ya examinó y tomó razón del Decreto, que además está acogido a presunción de juridicidad, agregando que se puede llegar a enjuiciamientos concurrentes del mismo decreto, en el poder judicial y en el TC con caracteres y resultados diferentes a la hora de analizar su constitucionalidad, sea por las diferencias de los controles o por divergentes interpretaciones de la Constitución, —como en los casos Colonia Dignidad y píldora del día después, en los que se plantearon acciones de protección por vía paralela— con distintas perspectiva acerca del significado de la misma norma constitucional involucrada.

Este enjuiciamiento de constitucionalidad genera problemas como la posición y valor del apego a la ley habilitante en el acto de control a la hora de determinar su juridicidad (la llamada doctrina de la ley pantalla,<sup>16</sup> cuestión casi insoluble), a lo que se agrega que, si los tribunales ordinarios están dotados de competencia suficiente para enjuiciar actos administrativos, no se ve por qué debieran someterse al conocimiento extraordinario del TC por esta vía, cuando, más aún, los criterios jurisprudenciales no son uniformes. Cabe resaltar que varios de los fallos más conflictivos del Tribunal en el orden político han sido emitidos por esta vía: píldora del día después, Transantiago, publicidad caminera, estero Carén, etc.

---

15 Véase CAZOR & PFEFFER (2009), pp. 191-227.

16 Véase al respecto SILVA (2006), pp. 201-219.

## **Trasladar todas las contiendas de competencia jurisdiccional-político-administrativas al TC**

Es una tendencia el observar que la resolución de cuestiones de competencia pasa a ser una rama habitual de la jurisdicción constitucional, a propósito de la descentralización (Véase por ejemplo los casos español, alemán e italiano). En nuestro medio, con Estado unitario, la cuestión es diferente, pues las contiendas de competencia que son objeto del sistema de jurisdicción constitucional son aquellas entre “autoridades político administrativas” y tribunales inferiores de justicia, las que estaban entregadas a la Corte Suprema y pasaron al TC en el año 2005, habiéndose consolidado ya algunas líneas jurisprudenciales al respecto, en un mecanismo de control jurídico, que resuelve estos conflictos mediante el proceso, en una sentencia motivada y con parámetro jurídico.

En el esquema anterior a 2005, las contiendas de competencia entre los tribunales superiores y los órganos político-administrativos no podían ser resueltas por la Corte Suprema porque ella podía ser parte, motivo por el cual se le asignaban al Senado, en un mecanismo de control político. Curiosamente ello se mantuvo en el año 2005, y parece ser sensato unificar los medios de resolución de estas contiendas, con todas las ventajas que el proceso jurisdiccional ofrece.

## **Crear un amparo extraordinario de última ratio en contra de sentencia por grave lesión a derechos fundamentales en el ejercicio de la función jurisdiccional**

La reforma constitucional del año 2005 finalmente no innovó en este punto pues surgieron los fantasmas del enfrentamiento entre el TC y el poder judicial, la saturación de causas y temores conexos que reflejaban la situación del amparo extraordinario en la España del año 2004. En 2007 se reforma el régimen del amparo extraordinario en España, con miras a evitar su uso dilatorio o como recurso ordinario, y configurarlo como una tutela estrictamente constitucional y de notorio carácter extraordinario, con exigencia adicional de justificar la relevancia jurídica del tema y preparar oportunamente el recurso. Es cierto que todavía es temprano para observar qué ocurrió con ello, pero en nuestro continente esta figura tiene operatividad en el modelo concentrado, siendo reconocidamente un aporte y una necesidad, en sistemas jurídicos como los de Perú y Colombia.

En efecto, en el ejercicio de la función jurisdiccional es de suyo posible infringir derechos fundamentales, como los integrantes del debido proceso y la tutela judicial efectiva, los elementos de la igualdad, los derechos asociados a la *lex decisoria litis*, etc., motivo por el cual poco a poco se han creado tutelas constitucionales recursivas respecto de las sentencias (por ejemplo, el recurso de nulidad por infracción de derechos fundamentales, en materia penal).

No deja de resultar curioso que en el sistema concentrado chileno no exista amparo extraordinario y que el control de constitucionalidad de resoluciones judiciales

---

quede entregado solo al poder judicial existiendo TC de matriz concentrada, que —al menos conceptualmente— tiene la función de unificar la interpretación constitucional, cuestión que resulta imposible si los conflictos constitucionales de mayor ocurrencia —amparos de derechos— no llegan nunca a ser conocidos por él por carecer de competencia.

En este sentido se propone un amparo extraordinario y residual, por causa de denegación de tutela de derechos fundamentales una vez agotada la vía judicial, sujeta a selectividad de causas por calificación de relevancia jurídica por los factores ya aludidos en el presente trabajo.

En coherencia con esta propuesta, es necesario transformar la acción de protección en un amparo directo de derechos fundamentales, eliminando presupuestos de ilegalidad y arbitrariedad, para dar así a la Corte Suprema el carácter de tribunal de amparo directo de segunda instancia, separando la constitucionalidad de la legalidad y, por esa vía, armonizando la relación de la inaplicabilidad con la acción de protección, facilitando la separación de las cuestiones de derechos fundamentales de las contencioso-administrativas de legalidad ordinaria.

### **Traslado de la declaración de indemnización por error judicial al Tribunal Constitucional**

La acción de indemnización por error judicial en el derecho chileno<sup>17</sup> se ha revelado inútil, sea por no adecuarse al nuevo sistema de enjuiciamiento penal, dado que la figura del “auto de procesamiento” ya no existe, sea porque la hipótesis de condenado posteriormente absuelto suele no ocurrir, sea porque la prisión preventiva sin condena posterior es frecuente o sea porque el estándar exigido por la Corte Suprema la hace casi un fantasma<sup>18</sup> al constatar el error pero decir que no es injustificado, todo ello en vulneración, además, del derecho internacional de los derechos humanos.

Ver a la Corte Suprema juzgándose a sí misma en tanto cabeza del Poder Judicial acarrea problemas conceptuales y una obvia reticencia. Una idea sensata puede ser modificar el estatuto de esta acción, para adecuarla al derecho internacional y traspasarla al TC, más aún si se declaran centenares de detenciones ilegales al año y hoy es común ver imputados sometidos a prisión preventiva que después son sobreseídos,

---

17 El art. 19 N° 7°, letra i), de la Constitución, dispone que “Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”.

18 Para un sintético desarrollo de la problemática. Disponible en: <<http://bloglegal.bcn.cl/el-derecho-a-ser-indemnizado-por-privacion-de-libertad-basada-en-falsas-imputaciones-penales>>

sin que el obsoleto estatuto constitucional les permita ejercer derecho a indemnización por el mal causado.

### **Mantención de la inaplicabilidad y de la inconstitucionalidad sucesiva**

La llegada del control concreto al modelo concentrado ha acercado la justicia constitucional al juez ordinario y al ciudadano que litiga ante él, lo cual es un avance, considerando que la propuesta originaria de Hans Kelsen entregaba solo controles abstractos a iniciativa de órganos dotados de potestades normativas.

Así, es dable señalar hoy que “La tendencia general en la Europa occidental se mueve en la dirección de un sistema en que el control de constitucionalidad se suele efectuar en el contexto de casos concretos (a través de cuestiones de inconstitucionalidad, recursos de amparo o recursos del tipo portugués). El control abstracto promovido a través de recursos de inconstitucionalidad es menos frecuente en la práctica”,<sup>19</sup> motivo por el cual, siendo hoy el ciudadano el gran usuario del derecho procesal constitucional, el control concreto parece ser el eje correcto, teniendo presente que además su efecto inter partes atenúa considerablemente las objeciones al control de actividad legislativa.

### **Eliminación del control de constitucionalidad de la reforma constitucional**

Esta particular y conceptualmente cuestionable atribución tiene su origen en un trauma particular: la sentencia recaída en un control de constitucionalidad de la reforma constitucional de las áreas de la propiedad en el año 1972<sup>20</sup>, y tiene por finalidad evitar que el tribunal se declare incompetente nuevamente en un episodio de ese tipo.

La Constitución no señala si este control contencioso se refiere a cuestiones de constitucionalidad de proyecto de reforma constitucional, solamente a elementos de forma o también tiene elementos sustantivos, cuestión que por cierto es importantísima y desnudará la función que se le asigne: o mantener la rigurosidad del procedimiento de reforma o petrificar el texto y negar su reforma sustantiva si abarca también el control de los aspectos sustantivos, transformando la Constitución en un testamento indeleble. Por donde se le mire, en ambas opciones se constata que los cerrojos y camisas de fuerza de una reforma constitucional están en esta atribución, que reconduce el procedimiento de reforma indefectiblemente al quórum de 2/3 o 3/5 dependiendo del capítulo. Cabe resaltar la ambigüedad del concepto de “control de constitucionalidad de reforma constitucional”, con la consecuente petrificación de la norma constitucional, incluso en lo procedimental, lo cual no puede entenderse fuera del contexto de rigidez

<sup>19</sup> FERRERES (2011), p. 35.

<sup>20</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 15-1973.

---

de la Constitución de 1980, siendo este uno de los puntos críticos para un ejercicio constituyente, ya que será una de las normas que usarán quienes busquen amagarlo.

En cuanto a su alcance, en tanto si abarca o no control de constitucionalidad de fondo, en nuestro medio ello ha sido fuertemente discutido, sin consensos ni certezas en la dogmática (en tesis contrarias “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, de Francisco Zúñiga y *Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile*, de Humberto Nogueira Alcalá).<sup>21</sup>

Una reflexión sobre el tema llama a eliminarlo, para que el cerrojo del capítulo de reforma pueda abrirse y no aparezca denegada la noción originaria de poder constituyente radicado en el *demos*, en el pueblo soberano, que se amaga al no estar contemplada en el último capítulo por la vía de una reforma integral de ejercicio constituyente originario, a lo que se agrega que si se quiere hacer de todas formas, esta atribución habilita a declarar inconstitucional el proceso, lo que evidencia la necesidad de abordar su eliminación o a lo menos su reforma.

Incluso a quien le agrade esta facultad y desee su mantención, le surgirá la necesidad de precisar su contenido y parámetro de juzgamiento, en cuyo caso se debe precisar, al menos, que el control de constitucionalidad de reforma constitucional, si subsiste, se refiera solo a aspectos de forma. En este tema debe tenerse particularmente presente que esta atribución no debe entenderse descontextualizada: en una carta de cuestionable origen y excesivamente rígida, sin mecanismos de revisión integral, este mecanismo constituye el cerrojo final o las amarras de la camisa de fuerza, pues aparece como un impedimento formal a cualquier intento de reforma que no se plantee dentro del difícil procedimiento de reforma planteado por la propia Constitución.

- Introducción de un procedimiento de generación de precedentes *erga omnes*, similar al que tiene el Tribunal Constitucional peruano.

Como el eje del sistema es el control concreto de efectos particulares, es sensato establecer un sistema de creación de precedentes *erga omnes* similar al del TC peruano, cuestión que hay que entender a la luz de lo señalado respecto de los efectos vinculados a los poderes públicos de la interpretación del TC.

---

21 Ambos trabajos publicados en *Estudios Constitucionales* (2006), Año 4, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

## Conclusiones

La reflexión acerca de una nueva Constitución puede ser la oportunidad para repensar el modelo concentrado chileno, fortaleciendo las funciones y caracteres que un régimen democrático asigna a un TC, reforzando su última *ratio*, uniformando la interpretación constitucional y creando un sistema de precedentes.

Profundizar la concentración puede ser una solución para falencias específicas de nuestro sistema, llevando al TC la problemática de la indemnización por error judicial, uniformando la resolución de contiendas de competencia y creando un amparo extraordinario.

Por otra parte, es una excelente oportunidad para reflexionar y concluir la eliminación del control preventivo, sea por motivos procesales o sustantivos. En la misma línea, aparece la necesidad de eliminar los controles de reforma constitucional y de decretos supremos.

## Bibliografía

ARAGÓN, Manuel (2004): “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad” Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro & Rodolfo Vázquez (Coords.), *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, UNAM-Porrúa, México D.F.

BORDALÍ, Andrés (2008): “Jueces constitucionales: Un poder incómodo”, AA.VV, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en homenaje Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Librotecnia, Santiago.

CAZOR, Kamel & Emilio PFEFFER (2009): “La Búsqueda de Criterios Orientadores en la Configuración de las Potestades Normativas en Chile”, *Ius et Praxis*, Vol. 15, N° 1.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981): “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, N° 1.

FERRERES, Víctor (2011): *Una Defensa del Modelo Europeo de Control de Constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid.

HARTWIG, Matthias (2010): “La ‘proporcionalidad’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania”, Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Eduardo Mariela Morales Antoniazzi (Coords), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?*, Tomo I, UNAM, México D.F.

---

PÉREZ, Pablo (1985): *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

\_\_\_\_\_ (2010): *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas, Madrid.

RUBIO, Francisco (1997): “La interpretación constitucional”, en *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

SILVA, Luis (2006): “El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla”, *Ius et Praxis*, Vol. 12, Nº 2.

VERDUGO, Sergio (2009): El sello de constitucionalidad de los preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Universidad San Sebastián, Nº 13.

# ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL CAMBIO CONSTITUCIONAL

Enrique Navarro Beltrán

## 1. Surgimiento de la justicia constitucional

Como se sabe, los inicios de la justicia constitucional<sup>1</sup> se remontan a principios del siglo XIX, en el clásico fallo “Marbury v. Madison”, en 1803, en la recordada afirmación del juez Marshall, en cuanto a que “una ley contraria a la Constitución es nula”.<sup>2</sup> Ciertamente pueden encontrarse antecedentes más remotos en el propio mundo anglosajón<sup>3</sup> y en el derecho hispano e indiano, en que se desobedecía las normativas contrarias a la razón y justicia.<sup>4</sup>

En Chile, durante la vigencia de la carta de 1833,<sup>5</sup> tanto la doctrina como la jurisprudencia estuvieron contestes en cuanto a que los tribunales carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puesto que solo el Congreso Nacional podía resolver las dudas acerca de la inteligencia de las disposiciones, tal como en las anteriores leyes fundamentales.<sup>6</sup> Por lo mismo, Jorge Huneeus hacía presente que los tribunales no podían dejar la ley sin aplicación “aun cuando a juicio de ellos fuera inconstitucional”.<sup>7</sup>

1 Una visión histórica del mundo anglosajón en PEREIRA (2006), pp. 216 y ss. Para una perspectiva europea continental véase CAPPELLETTI (2007). Sobre el sistema alemán, véase STERN (2009).

2 El texto completo en BELTRÁN & GONZALEZ (2006), pp. 93-121. Sobre la materia véase ZAPATA (2008).

3 A principios del siglo XVII, el juez Edward Coke sostiene la doctrina de que si “una ley del Parlamento está contra la razón o el Common Law, o repugna o es imposible su realización, el Common Law lo debe controlar y considerar como sin vigencia”. Véase GONZÁLEZ (2009), p. 20.

4 Así, existía al derecho a suspender la ley injusta, ya sea por vicios en la dictación de la misma (obrepción y subrepción) o por sus efectos (daño irreparable o escándalo) Sobre la materia véase BRAVO (1986), p. 48 y ss.

5 Dicho texto constitucional, que rigió durante gran parte del siglo XIX, precisaba que “...sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos...”.

6 El Reglamento para el arreglo de la autoridad provisoria de Chile, de 1811, y que fuera calificado como el primer bosquejo de Constitución, no contenía referencia alguna a la materia, sin perjuicio de que se precisa en su introducción que uno de sus propósitos es “la necesidad de dividir los poderes” a la vez que “fijar los límites de cada uno”. Por su parte, el Reglamento constitucional provisorio de 1812, para algunos la primera Constitución chilena, comienza a esbozar la separación entre los poderes, remarcando el principio de soberanía popular (art. 6) y el respeto de los derechos fundamentales. Posteriormente, la Constitución Provisoria de 1818 le otorgará al Senado el velar por la “puntual observancia de esta Constitución” (Capítulo III, art. 1º). Similar disposición incluye la Constitución de 1822 respecto de la Corte de Representantes, en tanto debe “cuidar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes” (art. 67, 1ª). La Carta de 1823 confiere al Senado Conservador y Legislador el “cuidar de la observancia de las leyes”, a la vez que “proteger y defender las garantías individuales” (art. 38 N° 1). Por último, la Constitución de 1828 le entrega al Congreso la “protección de todos los derechos individuales” (art. 46 N° 2), a la vez que la Comisión Permanente, que sesiona estando en receso el Congreso, le atribuye especialmente “velar por la observancia de la Constitución y de las leyes” (art. 92 N° 1). Una visión panorámica histórica en ZÚÑIGA (2002), especialmente el Tomo II.

7 HUNEEUS (1880), Tomo II, p. 252.



---

La Corte Suprema, en 1848, reiteraba que ninguna magistratura gozaba de prerrogativas para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.<sup>8</sup> Sin embargo, en un oficio de 1867, recuerda a las autoridades encargadas de aplicar las leyes el dar preferencia en el asunto a la Constitución “si estuvieren en clara y abierta pugna con ellas”.<sup>9</sup> En tal sentido, una sentencia de 1875, desconoció el carácter de una ley al no haber sido aprobada por el Congreso Nacional.<sup>10</sup>

La Constitución de 1925, siguiendo el modelo norteamericano, otorgará a la Corte Suprema la atribución de declarar inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución, teniendo efecto la sentencia solo entre las partes del juicio. El tema fue ampliamente debatido en la subcomisión de reforma, donde incluso hubo un primer rechazo.<sup>11</sup> José Guillermo Guerra afirma que el art. 86 de la carta de 1925 “...es completamente nuevo para nuestro país. Ha sido tomado, en su fondo, de la Constitución de los Estados Unidos y, aunque de procedencia extranjera, consideramos que corresponde a una necesidad nacional que se había hecho sentir varias veces”.<sup>12</sup> Por lo mismo, agrega, “esta disposición es de suma importancia y de gran utilidad, pues importa un correctivo contra los posibles desvaríos del Poder Legislativo, y una apreciable garantía para los habitantes de la República”.<sup>13</sup> Por último, hace presente que si bien su efecto es de carácter particular “se supone que el legislador, en vista de que la Corte Suprema ha declarado una o más veces la inconstitucionalidad de su precepto, se apresurará a derogarlo por

---

8 Citado en HUNEEUS, *ob. cit.*, Tomo II, p. 253.

9 Oficio dirigido a las Cortes de Apelaciones, de fecha 02 de enero de 1867. Véase También CARVAJAL (1940), en la que el autor señala que “...la práctica de nuestros tribunales, siguió una línea jurisprudencial variada en la materia y asilándose en la idea de que ante la pugna de la Constitución con una ley cualquiera, era deber dar preferencia a la Carta Fundamental de la Nación, hubo mayor número de resoluciones que en el hecho expresaban la inconstitucionalidad de la ley citada que se discutía...”.

10 Señala la Corte Suprema, en sentencia de 01 de marzo de 1876, que habida cuenta que “...los dos últimos incisos del numeral 3º del art. 95 de la lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales no han sido aprobados por el Congreso Nacional i por consiguiente no tienen el carácter de una verdadera lei, el Tribunal, de unánime acuerdo, resuelve que la sentencia en la presente causa se pronuncie en conformidad al mencionado art. 95 i sin tomar en cuenta los dos últimos incisos del numeral 3º del predicho artículo....”. Corte Suprema, 1º de marzo de 1876. Sobre la materia, véase NAVARRO (2009), p. 427 y ss.

11 En tal sentido, se planteó “la conveniencia que habría en establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dicten, van o no contra los principios constitucionales”, facultad que se estima podría entregarse a la Corte Suprema (Luis Barros Borgoño, en Actas de las sesiones, 12 de mayo de 1925, p. 81). De esa forma, en la misma instancia, el Presidente Arturo Alessandri hizo ver su preocupación por una declaración con efectos generales, dado que “habría un grave peligro porque se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo”. Con posterioridad, en el marco de la discusión, puntualizó incluso que “no hay conveniencia en dar a la Corte Suprema amplia facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley fuera de casos concretos y determinados, porque así se crearían *continuamente conflictos entre el Poder Legislativo y el Judicial*” (Sesión N° 28, 09 de julio de 1925, p. 366). Con posterioridad, en la Comisión se discute acerca de la facultad de la Corte Suprema de “*declarar sin efecto cualquier precepto legal contrario*” a la Constitución haciendo presente el Ministro de Justicia de la época que debe referirse a “*casos particulares en que se pretenda aplicarla*” (José Maza, Sesión N° 19, de 08 de junio de 1925, p. 254).

12 GUERRA (1929), p. 457.

13 *Ibid.*

medio de otra ley”.<sup>14</sup> En todo caso, anota que ya en algunos países, como Austria, existe un órgano “llamado Tribunal Constitucional” a quien se concede la “facultad de anular leyes inconstitucionales”.<sup>15</sup>

Durante 80 años dicha facultad residió en dicho órgano jurisdiccional.<sup>16</sup>

## 2. Antecedentes del Tribunal Constitucional en el Derecho Comparado

Los Tribunales Constitucionales surgen en Europa en 1920, a partir de la creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen, quien en su famosa controversia con Carl Schmitt —acerca del defensor de la Constitución— insiste en la necesidad de una “jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un tribunal independiente”.<sup>17</sup> Agregando, luego, que dicho tribunal funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada.<sup>18</sup>

Explicando su funcionamiento señala Hans Kelsen que dicho tribunal “aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que —tal como lo he señalado— oficia de ‘legislador negativo’”.<sup>19</sup>

A partir de la Constitución de Austria de 1920<sup>20</sup> y, en particular después de la Segunda Guerra Mundial, los Tribunales Constitucionales se expanden por el continente: Italia (1947),<sup>21</sup> Alemania (1949),<sup>22</sup> Francia (1958)<sup>23</sup> y España (1978),<sup>24</sup> por mencionar algunos.<sup>25</sup> En Latinoamérica también se establecen, siguiendo el modelo español. Hoy, además, se aprecia su presencia en la Europa Oriental, Asia y África. Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado.

14 *Ibid.*, p. 460.

15 *Ibid.*, p. 460.

16 Sobre la materia véase BERTELSEN (1969); NAVARRO (2002), pp. 7-26

17 KELSEN (1995), p. 14.

18 *Ibid.*, p. 14-15.

19 *Ibid.*, p. 36-37.

20 En 1885 Jellinek había señalado la necesidad un Tribunal Constitucional. Sobre la materia véase CRUZ (1987).

21 Véase PIZZORUSSO (2005). En cuanto a la jurisprudencia, GROPPI (2008).

22 Véase el reciente estudio colectivo, AA.VV. (2010). Acerca de la labor jurisdiccional, véase SCHWABE (2009).

23 PARDO (1990).

24 En España, ya el Tribunal de Garantías Constitucionales del año 1931 conoció de las acciones de inconstitucionalidad.

25 ROUSSEAU (2002).

---

Como se sabe, el control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado tiene características disímiles.<sup>26</sup> En algunos casos existen controles de carácter preventivo (Consejo Constitucional de Francia, aunque recientemente modificado en el año 2008)<sup>27</sup> y en otros *a posteriori* (Alemania y España). Ciertamente también los hay mixtos (Tribunal Constitucional de Italia). En cuanto a su forma, el control puede ser concentrado o radicado en un órgano (modelo constitucional kelseniano de Tribunal Constitucional) o entregado a diversos entes (modelo constitucional de Estados Unidos). Respecto a los efectos del control, ellos también pueden ser diversos. Así, en algunos sistemas la sentencia tiene efectos de carácter general, como es el caso típico de las sentencias de los tribunales constitucionales (España, Alemania o Italia) o solo en el caso concreto (Corte Suprema en Chile desde 1925 a 2005). Por su lado, en América del Sur existen variadas experiencias en materia de control. Así, ciertos países le entregan su conocimiento a los tribunales de justicia en general (Argentina) o específicamente a la Corte Suprema (Uruguay) o al Tribunal Constitucional (Bolivia) o a los tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional (Perú y Ecuador).<sup>28</sup>

Hoy también se aprecia su presencia en Europa Oriental. Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado. En Estados Unidos, ha sido la Corte Suprema desde el siglo XIX la que ha velado por la supremacía constitucional.<sup>29</sup>

### 3. El Tribunal Constitucional en Chile

Los antecedentes remotos en Chile los encontramos en las palabras pronunciadas por el ex Presidente José Manuel Balmaceda, el 20 de abril de 1891, esto es, iniciada la cruenta guerra civil, tres décadas antes de Hans Kelsen, al sostener que, teniendo en consideración las cuestiones de competencia entre los poderes y los conflictos de constitucionalidad de las leyes “sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de tres personas nombradas por el Presidente de la República, de tres nombrados por el Congreso y de otras tres nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y forma que la Constitución establezca”; puesto que “no es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de estos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno solo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte”.<sup>30</sup>

---

26 Una obra clásica sobre la materia véase FAVOREAU (1994). Una visión como juez en ZAGREBELSKY (2005).

27 La reforma constitucional francesa de 2008 incorpora un control a posteriori, aunque a requerimiento del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación (art. 61.1). Sobre la materia véase CARILLO (2010), pp. 587-600.

28 NOGUEIRA (2005).

29 BIANCHI (2008).

30 Discurso del Presidente José Manuel Balmaceda, efectuado ante el Congreso Nacional, el 20 de abril de 1891. Véase BALMACEDA (1991-1992), p. 369.

La Constitución de 1925 no contempló originalmente dicha institución, la que fue establecida posteriormente por reforma constitucional del año 1970, otorgándosele la facultad para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley.<sup>31</sup>

El ex Presidente Eduardo Frei Montalva señaló al efecto que todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política.<sup>32</sup>

Dicho Tribunal,<sup>33</sup> que sesionó por cerca de dos años, y que fuera presidido por el profesor de derecho administrativo Enrique Silva Cimma dictó 17 sentencias,<sup>34</sup> algunas de las cuales no estuvieron exentas de críticas. Incluso, la oposición al gobierno del Presidente Allende calificó una de ellas como “nula de derecho”, agregando que nadie se encontraba en deber jurídico de acatarla y cumplirla.

En 1973, la Junta Militar disuelve el Tribunal por estimar que su existencia era “innecesaria”, lo que solo puede entenderse en un contexto institucional en el que el Congreso Nacional había sido clausurado.<sup>35</sup>

#### **4. Rol en la transición política**

En 1981 se restablece su funcionamiento, siendo del caso destacar las sentencias pronunciadas con motivo de las leyes políticas, que obligaron a que el plebiscito de 1988 se efectuara con la participación de órganos electorales.

Como se recordará, el proyecto de ley supeditaba la entrada en funciones del Tribunal Calificador de Elecciones a la realización de la primera elección parlamentaria. Sin embargo, el TC, tomando en consideración una interpretación sistemática de la Constitución,

31 La ley de reforma constitucional de 1970 establece que al Tribunal Constitucional, entre otras materias, le corresponde resolver “las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”, como también aquellas “que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley” y “de los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda”.

32 FREI (1970), p. 33.

33 Sobre los antecedentes históricos véase SILVA (2008).

34 La totalidad de las sentencias se encuentran en la página web del Tribunal Constitucional ([www.tchile.cl](http://www.tchile.cl)).

35 Al efecto, el Decreto Ley N° 119, publicado en el Diario Oficial de 10 de noviembre de 1973, disuelve el Tribunal Constitucional, señalando entre sus fundamentos: “la disolución del Congreso Nacional dispuesta por el Decreto Ley N° 27, de fecha 21 de septiembre en curso”, la circunstancia que el Tribunal Constitucional “tiene por función primordial resolver conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que no pueden presentarse por estar disuelto el Congreso Nacional”, de modo que “todo lo anterior demuestra que la existencia del mencionado Tribunal Constitucional es innecesaria”.

---

esto es, como un todo armónico, concluyó que dichos órganos jurisdiccionales electorales debían encontrarse en vigencia antes de la realización de la referida elección parlamentaria, esto es, con ocasión de los plebiscitos, relativos a la proposición de candidato en 1988 y de reformas constitucionales de 1989.<sup>36</sup>

Por su parte, en el año 1987 el Tribunal también revisó la constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos. Se trataba de una ley fundamental para el régimen político y respecto de la cual existía una solicitud de ciudadanos abogados relativa a la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales.<sup>37</sup> El TC declaró la inconstitucionalidad de diversos preceptos en atención a que importaban restricciones al derecho de asociación política, invadían la autonomía de los mismos o infringían el debido proceso. Además, en el año 1988, previno la necesidad de legislar respecto de la propaganda y publicidad y de la igualdad entre los candidatos.<sup>38</sup>

Dichas resoluciones judiciales fueron fundamentales para la transición política hacia la democracia. Y es que, como lo ha señalado la Corte Suprema americana, “una Constitución debe ser interpretada por el espíritu, que vivifica, y no por la letra, que mata”.

## **5. El Tribunal Constitucional y el restablecimiento del régimen democrático (1990-2005)**

Durante este período, además de conocer de las leyes orgánicas constitucionales, al TC le correspondió resolver ciertos requerimientos presentados por minorías parlamentarias, tanto respecto de decretos como de proyectos de ley.

Así, por ejemplo, en relación a la potestad reglamentaria presidencial se efectuaron requerimientos sobre materias tan disímiles como decretos vinculados a vivienda,<sup>39</sup> publicidad caminera,<sup>40</sup> texto aprobatorio de la ley,<sup>41</sup> tarifas y peajes,<sup>42</sup> planos reguladores de una ciudad,<sup>43</sup> cancelación de personalidad jurídica,<sup>44</sup> acceso a playas,<sup>45</sup> transporte,<sup>46</sup> restricción vehicular,<sup>47</sup> procedimiento de fijación de líneas de alta mar,<sup>48</sup> acuerdo complementario con Bolivia<sup>49</sup> o ejecución presupuestaria.<sup>50</sup>

En cuanto a proyectos de ley, los requerimientos presentados se refirieron a diversas

---

36 Tribunal Constitucional Rol N° 33-1985 (De aquí en adelante, será utilizada la sigla “TC”, para individualizar el Tribunal Constitucional y sus sentencias).

37 TC, Rol N° 43-1987.

38 TC, Rol N° 53-1988.

39 TC, Rol N° 1167-1990, 253-1997, 370-2003, 373-2003 y 450-2005.

40 TC, Roles N° 146-1992 y 167-1993.

41 TC, Rol N° 209-1995.

42 TC, Rol N° 183-1994.

43 TC, Rol N° 153-1993 (aceptado por vicios de forma).

44 TC, Rol N° 124-1991.

45 TC, Rol N° 245-1996.

46 TC, Roles N° 362-2003 y 388-2003.

47 TC, Rol N° 325-2002.

48 TC, Rol N° 305-2000.

49 TC, Rol N° 282-1998.

50 TC, Rol N° 245-1997.

materias, como, por ejemplo, Ley de Pesca,<sup>51</sup> Ley de Bancos,<sup>52</sup> estado empresario,<sup>53</sup> plantas de la Contraloría General de la República,<sup>54</sup> plantas municipales,<sup>55</sup> juntas de vecinos,<sup>56</sup> rentas municipales,<sup>57</sup> municipios,<sup>58</sup> libertad de información y ejercicio del periodismo,<sup>59</sup> donación de órganos,<sup>60</sup> capitalización de dividendos,<sup>61</sup> remuneraciones de la judicatura,<sup>62</sup> sede del Congreso,<sup>63</sup> primarias presidenciales,<sup>64</sup> Código de Aguas,<sup>65</sup> jornada escolar,<sup>66</sup> traspaso de liceo,<sup>67</sup> urbanismo<sup>68</sup> o pensiones.<sup>69</sup>

En materia de decretos con fuerza de ley debe destacarse una presentación respecto de plantas y remuneraciones del sector público<sup>70</sup>.

También los hubo respecto de tratados internacionales, como es el caso de rebajas arancelarias,<sup>71</sup> acuerdos con Argentina —tanto limítrofes<sup>72</sup> como de integración—<sup>73</sup> pueblos indígenas,<sup>74</sup> Corte Penal Internacional<sup>75</sup> y desaparición forzada.<sup>76</sup>

En todo caso, entre el año 1981 y el 2005 se dictaron menos de 500 fallos.

## 6. Reforma constitucional del año 2005

La reforma constitucional de 2005, texto suscrito por el Presidente Ricardo Lagos, modificó la composición y atribuciones de este Tribunal. Así, sus integrantes ahora son designados por el Presidente de la República, el Congreso Nacional y la Corte Suprema, en un modelo similar al establecido en la Carta italiana de 1947 y al propuesto por el ex Presidente Balmaceda.

- 
- 51 TC, Rol N° 115-1990.  
 52 TC, Rol N° 259-1997.  
 53 TC, Rol N° 134-1991, 246-1996 y 427-2004.  
 54 TC, Rol N° 160-1992.  
 55 TC, Rol N° 159-1992.  
 56 TC, Rol N° 126-1991 y 200-1994.  
 57 TC, Rol N° 203-1994 y 215-1995.  
 58 TC, Rol N° 141-1992 y 228-1995.  
 59 TC, Rol N° 226-1995.  
 60 TC, Rol N° 220-1995.  
 61 TC, Rol N° 207-1995.  
 62 TC, Rol N° 147-1992.  
 63 TC, Rol N° 242-1996.  
 64 TC, Rol N° 297-1998.  
 65 TC, Rol N° 260-1997.  
 66 TC, Rol N° 410-2004, 413-2004 y 423-2004.  
 67 TC, Rol N° 352-2002.  
 68 TC, Rol N° 437-2005.  
 69 TC, Rol N° 334-2001.  
 70 TC, Rol N° 394-2003.  
 71 TC, Rol N° 280-1998.  
 72 TC, Rol N° 288-1999.  
 73 TC, Rol N° 312-2000.  
 74 TC, Rol N° 309-2000.  
 75 TC, Rol N° 346-2002.  
 76 TC, Rol N° 383-2003.

---

La reforma constitucional del año 2005 radicó exclusivamente en el TC el control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este no solo revisará eventualmente la constitucionalidad de las leyes durante su tramitación sino que además conocerá de la acción de inaplicabilidad de las leyes.

La nueva acción no es en todo caso idéntica a la que anteriormente conocía la Corte Suprema,<sup>77</sup> desde el momento en que ahora corresponde declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución Política, por lo que se trata de un control concreto.<sup>78</sup> Además, la inaplicabilidad no solo la pueden solicitar las partes de una gestión sino el propio juez de la causa.<sup>79</sup>

Como se ha expresado, la aludida reforma constitucional facultó al TC para resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.<sup>80</sup> En efecto, el art. 93, inciso primero, N° 6 de la Constitución Política señala expresamente que es atribución del TC “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. El mismo art. 93 antes citado, en su inciso décimo primero, explicita aquella atribución —en cuanto a sus presupuestos procesales— añadiendo que “...la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”, agregando que le corresponderá a cualquiera de las salas del tribunal declarar la admisibilidad de la cuestión “siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”.<sup>81</sup> Por su parte, el art. 84 de la Ley Orgánica del Tribunal señala las causales de inadmisibilidad.<sup>82</sup>

Para dimensionar la expansión de esta nueva acción constitucional, debe tenerse presente que en durante los primeros ocho años de funcionamiento del nuevo TC ingresaron

---

77 Véase NAVARRO (2002), pp. 7-26.

78 NAVARRO (2011).

79 NAVARRO (2010), [en prensa].

80 En relación a los antecedentes de la acción de inaplicabilidad véase NAVARRO (2006), p. 11 y ss.

81 Sobre la historia véase SENADO DE LA REPÚBLICA (2006). En idéntico sentido, PFEFFER (2005).

82 “Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto; y 6° Cuando carezca de fundamento plausible”.



casi dos mil presentaciones, lo que equivale al 85% de las causas.<sup>83</sup>

Son muy diversas las materias que han motivado los pronunciamientos del TC. Piénsese solamente en las resoluciones que han ido configurando el debido proceso, que no solo resulta aplicable en los procesos jurisdiccionales sino también en los de carácter administrativo y sancionatorio. En ese mismo contexto, se configuró también el derecho a revisar lo resuelto por un órgano jurisdiccional superior, la motivación de las decisiones y la tutela judicial efectiva.<sup>84</sup>

En relación a la igualdad ante la ley se han declarado que determinados preceptos legales carecen de razonabilidad.<sup>85</sup> Del mismo modo, en el ámbito penal, se han ido configurando los límites del principio de tipicidad, de manera de determinar de qué forma debe encontrarse configurada la conducta sancionada.<sup>86</sup> Respecto del principio de legalidad tributaria,<sup>87</sup> se estimó inconstitucional la remisión a un reglamento en materia de exención de impuesto territorial para los estadios. También pueden citarse decisiones en relación al derecho a la honra,<sup>88</sup> en particular como consecuencia de la falta de adecuada indemnización del daño moral,<sup>89</sup> e igualmente inaplicabilidades fundadas en la infracción al derecho de propiedad,<sup>90</sup> al privarse a quien ha depositado dinero en una cuenta de ahorro del derecho a recuperar su dinero, por una disposición legal que extinguió al sujeto obligado, disponiendo que el Fisco sucediera en los bienes al extinguido y asumiera sus deudas, pero esto último sujeto a una condición meramente potestativa que ha decidido no cumplir.<sup>91</sup> Por último, cabe destacar que en algunas sentencias se han reconocido derechos que derivan de otros constitucionalmente tutelados, como el “acceso a la información”<sup>92</sup> y el “derecho a la identidad”.<sup>93</sup> Adicionalmente, la reforma del año 2005 facultó al mismo TC para resolver la inconstitucionalidad de la ley, esto es, con efectos generales y derogatorios, para lo cual es menester que previamente se haya declarado su inaplicabilidad. Dicha resolución debe ser adoptada por cuatro quintos de los miembros.<sup>94</sup>

Se trata de un mecanismo excepcional que a la fecha solo ha motivado cuatro decisiones relativas a: a) el art. 116 del Código Tributario que contemplaba la delegación

83 Véase Cuentas Anuales del año 2006 al 2012 en página web del Tribunal Constitucional ([www.tcchile.cl](http://www.tcchile.cl)).

84 Recientemente en NAVARRO (2011).

85 Así, por ejemplo, la inadecuada asimilación del sistema tributario respecto de un trabajador independiente (TC, Rol N° 1399-2009) o la presunción de trabajo a honorarios (TC, Rol N° 767-2007) o la exclusión injustificada de beneficios (TC, Rol N° 1615-2010).

86 En el caso de incumplimiento de deberes militares (TC, Rol N° 781-2007). Un análisis sobre tipicidad en NAVARRO (2010), pp. 241-265.

87 TC, Rol N° 718, 759 y 773, del año 2009. Véase NAVARRO (2008); pp. 77-87.

88 Véase NAVARRO (1998-1999), pp. 205-210.

89 TC, Rol N° 943-2007.

90 Véase NAVARRO (2005), pp. 517-531.

91 TC, Rol N° 944-2007.

92 TC, Rol N° 634-2006, de 09 de agosto de 2007. Sobre la materia véase NAVARRO (2010).

93 TC, Rol N° 1340-2008.

94 NAVARRO (2012), pp. 363-394.



---

de la jurisdicción en materia tributaria,<sup>95</sup> b) el art. 171 del Código Sanitario, en lo relativo a la consignación previa para recurrir judicialmente,<sup>96</sup> c) la expresión “gratuidad” del turno de los abogados, establecida en el art. 595 del Código Orgánico de Tribunales,<sup>97</sup> y d) parte del art. 38 ter de la Ley N° 18.993, relativo a las facultades de la Superintendencia de Salud respecto de la tabla de factores en el contrato de salud previsual.<sup>98</sup>

Asimismo se le ha entregado también la revisión de la constitucionalidad de los autos acordados de ciertos tribunales superiores, determinando si ellos se ajustan o no a la Carta Fundamental,<sup>99</sup> a la vez que ha fijado el sentido que tiene la facultad informativa de la Corte Suprema respecto de los proyectos de ley sobre organización y atribuciones de los tribunales.<sup>100</sup> Por último, también le ha correspondido conocer las contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia.<sup>101</sup>

Finalmente, cabe señalar que en materia de requerimiento de parlamentarios respecto de proyectos de ley, a partir del año 2005, el TC ha ido fijando ciertos requisitos procedimentales,<sup>102</sup> teniendo sí presente que durante dicho período los requerimientos parlamentarios acogidos han sido esencialmente formales (iniciativa, ideas matrices o forma de votación).<sup>103</sup>

## 7. Fortalecimiento del rol del Tribunal Constitucional

Como puede apreciarse, se trata de una institución fundamental para resolver los

---

95 TC, Rol N° 681-2006.

96 TC, Rol N° 1345-2008.

97 TC, Rol N° 1254-2009.

98 TC, Rol N° 1710-2010.

99 A la fecha solo un auto acordado, emanado de la Corte de Apelaciones de Santiago y referente al procedimiento disciplinario, fue declarado inconstitucional (TC, Rol N° 783-2007). Sobre la material véase NAVARRO (2013).

100 Como consecuencia de lo anterior, se estimó que se había vulnerado la Carta Fundamental al solicitar la opinión de la Corte Suprema respecto de un proyecto que ya había sido aprobado por ambas Cámaras, razón por la cual “no puede considerarse cabalmente cumplida la exigencia establecida” (TC, Rol N° 1651-2010, considerando N° 15).

101 De acuerdo a lo señalado recientemente por el TC, en nuestro ordenamiento fundamental, no puede sustentarse la tesis de que la contienda de competencia se genera única y exclusivamente en la hipótesis de ejercicio o abstención de ejercicio de competencias análogas y no en el caso de un conflicto de funciones (TC, Rol N° 2656-2014). Se trata de conflictos de atribuciones (TC, Rol N° 1531-2009).

102 La revisión de la jurisprudencia del TC, después de la reforma constitucional de 2005, en materia de requerimientos realizados por parlamentarios durante la tramitación de las leyes, permite concluir la concurrencia de ciertos requisitos procedimentales: a) formulación por un órgano legitimado; b) suscitación previa de cuestión de constitucionalidad; c) que se trate de un proyecto de ley; d) que la discrepancia sea precisa y concreta; e) que el conflicto se produzca durante la tramitación de la ley; f) que se precise con claridad el conflicto; y g) que se cumplan las demás exigencias procesales formales. Véase NAVARRO (2012), pp. 191-206.

103 En materia de iniciativa exclusiva presidencial cabe citar los casos de posnatal (TC, Rol N° 2025-2011); ley de presupuesto (TC, Rol N° 1867-2010) y subcontratación (TC, Rol N° 534-2006). En relación a las ideas matrices (TC, Rol N° 1005-2007, ley de presupuesto) y forma de votación (desaparición forzada de personas, TC, Rol N° 1410-2009 y N° 1504-2009).

conflictos de constitucionalidad entre los diversos órganos, teniendo una vida ya casi centenaria, en Occidente, y algo menos de la mitad en Chile. Como ha dicho un autor, el mejor instrumento para medir la existencia vigorosa de un verdadero Estado de Derecho es la respetabilidad y estabilidad de que goza el TC de un país. Y es que, como nos lo recuerda el tratadista francés Louis Favoreu, el TC es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, particularmente de la sujeción a la Carta Fundamental de las leyes, debiendo velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución Política, lo que también forma parte sustancial de todo régimen democrático. Por lo mismo, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y adecuado equilibrio de los diversos órganos públicos y, por sobre todo, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Como ha dicho el propio TC en uno de sus recientes pronunciamientos, su “jurisdicción debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete”<sup>104</sup>.

En todo caso, nos parece importante estudiar algunos de los siguientes aspectos para profundizar sus competencias:

a) Control de constitucionalidad de otros actos, como por ejemplo los reglamentos de las cámaras. La reforma del año 2005 solo se circunscribió a ciertos autos acordados, excluyéndose —entre otras— las instrucciones del Ministerio Público y los propios reglamentos de las cámaras.<sup>105</sup>

b) Todas las contiendas de competencia. Ciertamente que parece más conveniente que todas las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales sean entregados al conocimiento del TC.<sup>106</sup>

c) Revisión del mecanismo de acción popular que establece la actual normativa y que solo lo permite cuando se trata de denunciar movimientos o partidos que sean contrarios al régimen democrático y constitucional<sup>107</sup>, y en el caso de resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones.<sup>108</sup>

104 TC, Rol N° 1254-2008 (Considerando N° 23).

105 NAVARRO (2006). Más recientemente, NAVARRO (2013).

106 El art. 53 N° 3 le otorga competencia al Senado para conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia. Por su lado, el art. 93 N° 12 le confiere la competencia residual al TC. Ya el propio Presidente Salvador Allende proponía entregarle la “*facultad para conocer de las contiendas de competencia entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales de justicia*”. Véase ALLENDE (1993), p. 29.

107 Art. 93 N° 10 de la Constitución Política.

108 Art. 93 N° 13 de la Constitución Política.

---

## Bibliografía

AA.VV (2010): *La Ley Fundamental Alemana y la Constitución Política Chilena*, Editorial Jurídica, Santiago.

ALLENDE, Salvador (1993): *Mi propuesta a los chilenos* (Póstumo), Centro de Estudios Políticos Simón Bolívar/Fundación Presidente Allende (España).

BALMACEDA, José (1991-1992): *Discursos de José Manuel Balmaceda: Iconografía*, Vol. II, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Santiago.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel & Julio GONZÁLEZ (2006): *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

BERTELSEN, Raúl (1969): *Control de constitucionalidad de la ley*, Editorial Jurídica, Santiago.

BIANCHI, Alberto (2008): *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires.

BRAVO, Bernardino (1986): *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Editorial Jurídica, Santiago.

CAPPELETTI, Mauro (2007): *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa/UNAM, México D.F.

CARILLO, Marc (2010): “La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos, en la reforma de la Constitución francesa, según la Ley Constitucional de 23 de julio de 2008”, *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 2.

CARVAJAL, Horacio (1940): *La Corte Suprema*, Memoria de Licenciatura, Universidad de Chile, Santiago.

CRUZ, Pedro (1987): *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1919-1939*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

FAVOREAU, Louis (1994): *Los Tribunales Constitucionales. Una visión como juez*, Ariel, Barcelona.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2009): *Crónica de Tribunales Constitucionales en Latinoamérica*, Marcial Pons, Madrid.

FREI, Eduardo (1970): “La Reforma Constitucional en su Contexto Histórico-Político”, *La Reforma Constitucional de 1970*, Editorial Jurídica, Santiago.

GONZÁLEZ, Miguel (2009): *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, México.

GROPPI, Tania (2008): *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional Italiana*, México.

GUERRA, José (1929): *La Constitución de 1925*, Establecimientos Gráficos Balcells, Santiago.

HUNNEUS, Jorge (1880): *La Constitución ante el Congreso*, Tomo II, Imprenta de los Tiempos, Santiago.

KELSEN, Hans (1995): *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid.

NAVARRO, Enrique (1998-1999): “Derecho a la privacidad y libertad de información”, *Revista de Derecho Público*, N° 61.

\_\_\_\_\_ (2002). “El recurso de inaplicabilidad, revisión de 20 años de jurisprudencia”, *Gaceta Jurídica*, N° 267.

\_\_\_\_\_ (2005): “Constitucionalización del Derecho Civil: la protección sobre las cosas incorporales”, *150 años del Código Civil*, Lexis Nexis, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2006): “El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005”, *Revista de Derecho Público*, N° 68.

\_\_\_\_\_ (2008): “Notas Sobre principios de Derecho Constitucional Tributario”, *Revista de Derecho Público*, N° 70.

\_\_\_\_\_ (2009): “La Corte Suprema de Justicia y don Manuel Montt”, en *Manuel Montt. Educador, legislador, gobernante y magistrado (1809 – 2009)*, Tomo I, Fundación Manuel Montt/Centro de Estudios Bicentenario, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2010): “Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia chilena”, en *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, Homenaje a grandes penalistas chilenos, Universidad Finis Terrae, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2010): “Bases constitucionales del principio de transparencia”, *Revista de Derecho Público*, N° 73.

\_\_\_\_\_ (2011): “Debido Proceso y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Litigación Pública*, Abeledo Perrot, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2011): “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 43, Santiago.

---

\_\_\_\_\_ (2012): “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39.

\_\_\_\_\_ (2012): “Requerimiento de parlamentarios en el control de constitucionalidad de las leyes”, *Homenaje Alejandro Silva Bascuñán*, Editorial Jurídica, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2013). Control de constitucionalidad de los autos acordados, Humberto Nogueira (Coord.), *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005*, Librotecnia, Santiago.

NOGUEIRA, Humberto (2005): *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur*, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba.

PARDO, Javier (1990): *El Consejo Constitucional Francés*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

PEREIRA, Antonio-Carlos (2006): *Teoría Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago.

PIZZORUSSO, Alessandro (2005): *Justicia, Constitución y Pluralismo*, Palestra, Lima.

PFEFFER, Emilio (2005): *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes—Debates—Informes*, Editorial Jurídica, Santiago.

ROUSSEAU, Dominique (2002): *La justicia constitucional en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer, México.

STERN, Klaus (2009): *Jurisdicción Constitucional y Legislador*, Dykinson, Madrid.

SENADO DE LA REPÚBLICA (2006): *Reformas constitucionales 2005, Historia y tramitación*, Valparaíso.

SILVA, Enrique (2008): “El Tribunal Constitucional 1971-1973”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 38, Santiago.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2005): *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, (traduc. Manuel Martínez Neira), Trotta, Madrid.

ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia Constitucional, Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*, Editorial Jurídica, Santiago.

ZÚNIGA, Francisco (2002): *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, Tomo II, Universidad Central, Santiago.

### **III. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**



# **LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: SU NECESARIA RECONFIGURACIÓN ORGANIZATIVA Y DEL CONTROL EN UN NUEVO MODELO DE ESTADO**

Juan Carlos Ferrada Bórquez

## **Introducción**

La Administración del Estado constituye el aparato público que tiene mayor cercanía y contacto con el ciudadano, relacionándose con él desde la cuna hasta la tumba, en la conocida expresión de Lloyd George. Así, a diferencia de otras organizaciones estatales, en que su vínculo con el ciudadano es solo episódico o eventual, en el caso de la Administración del Estado la relación es intensa y permanente, afectando de forma sensible sus derechos e intereses, ya sea para satisfacerlos o darles contenido, ya para limitarlos por razones de interés público, de acuerdo a las opciones políticas que defina el legislador en cada momento.

En este contexto, la Administración del Estado, como complejo orgánico, deberá estar dotada de los poderes jurídicos necesarios para cumplir con estos requerimientos, poderes que estarán presididos, desde luego, por el respeto irrestricto al principio de juridicidad, como elemento integrante y configurador del Estado de Derecho. Así, toda la actuación administrativa estará rodeada por la juridicidad de su contenido, la que le impondrá fines, deberes, potestades y procedimientos, a los que deberá sujetarse la Administración para satisfacer los intereses públicos puestos a su cargo.

Precisamente, para hacer efectivo este principio de juridicidad, el ordenamiento jurídico debe establecer los órganos e instrumentos destinados a, por un lado, satisfacer las exigencias que le impone el legislador en cada momento, atribuyendo a sus órganos las potestades específicas requeridas para ello y, por otro, controlar el ejercicio regular de estas mismas potestades, siendo el control judicial el más relevante y pleno, manifestación también, en el ámbito administrativo, de la cláusula del Estado de Derecho.<sup>1</sup> De este modo, solo un diseño efectivo y eficiente de control judicial dará satisfacción a las exigencias que impone el Estado de Derecho en este ámbito, siendo una contrapartida y garantía necesaria de las potestades exorbitantes atribuidas a los órganos de la Administración del Estado.

---

1 SOMMERMANN (2009), pp. 2-4.



---

Sin embargo, junto a este control judicial se pueden establecer, evidentemente, otros instrumentos o mecanismos de control de la actividad administrativa, particularmente controles que operan al interior de la propia Administración del Estado, los que en el ordenamiento jurídico chileno aparecen fortalecidos, producto probablemente, de la debilidad endémica de la justicia administrativa. Así, el establecimiento de controles intra e inter orgánicos que, *prima facie*, resguarden la juridicidad de la actuación administrativa, además de un control de oportunidad, mérito y conveniencia —en el caso de los controles jerárquicos por las autoridades y jefaturas— permitirá configurar un buen sistema de control administrativo, el que será complementado por el control jurídico más estricto que desarrollan los tribunales de justicia.

En este contexto, parecen muy relevantes las normas que una futura Constitución Política disponga sobre esta materia, no solo en cuanto al control mismo de la Administración del Estado, sino también en cuanto al diseño institucional de esta, principalmente en cuanto a sus fines, su organización básica y sus prerrogativas. Ello permitiría definir un marco constitucional de la actividad administrativa, reconociendo en forma clara su calidad de poder público, estableciendo los parámetros básicos de su acción y relación con los particulares, y diseñando el sistema de control idóneo para regular su ejercicio, superando así el modelo decimonónico que presenta la Constitución actual, que mira la actividad administrativa desde la perspectiva de la mera ejecución de la ley, delimitando su actividad principalmente a la conservación del orden público y la garantía de la seguridad interna. Es evidente que una Administración del Estado moderno no se ajusta a tales parámetros, ni aún la Administración chilena, lo que exige un marco constitucional que se haga cargo de la nueva realidad y se ajuste a los nuevos cometidos y funciones que el propio legislador ha ido configurando para aquella.

## **I. La regulación constitucional actual de la Administración del Estado**

Como ya se señaló, uno de los elementos capitales de una Constitución moderna, es un diseño claro y consistente de la Administración del Estado, en cuanto complejo orgánico que forma parte del poder público y que, por tanto, con su actividad afecta de forma sensible los derechos e intereses de los ciudadanos. Así, las constituciones contemporáneas, abordan de forma decidida las cuestiones básicas relacionadas con la Administración del Estado, tanto en sus aspectos orgánicos, como en los principios que regulan su actividad.

En el caso de la Constitución chilena de 1980, las normas sobre Administración del Estado en general son escuetas y confusas, lo que parece ser consecuencia de la tradición constitucional en esta materia y de la opción ideológica de Estado

mínimo, subsidiario y atomizado que los redactores de la actual Carta quisieron dar al tratamiento de esta materia. Así, esta Carta, siguiendo muy de cerca el articulado de la Constitución de 1833, radica la Administración del Estado en el Presidente de la República,<sup>2</sup> haciendo depender de este todo el aparato administrativo, con la sola excepción de la administración territorial descentralizada y desconcentrada, y los órganos administrativos dotados de cierta autonomía funcional.

De este modo, se aprecia en las normas constitucionales vigentes una falta de regulación sistemática en esta materia, especialmente en cuanto a la organización administrativa y su vinculación con los intereses generales y la (in)definición de potestades y principios que deben guiar su actividad material y jurídica. Aún más, la Constitución actual no identifica los fines de la Administración del Estado, sus objetivos y potestades básicas —solo hace algunas referencias al Estado en general—, siendo labor de la doctrina la construcción de los principios básicos de su organización y funcionamiento, incluidos los relacionados con las notas identificadoras del sistema administrativo en su conjunto.<sup>3</sup>

En este marco, se puede apreciar que si bien se contempla en la Constitución un número apreciable de preceptos relacionados con la Administración del Estado, su impacto en la configuración de los principios y notas esenciales de su organización, funcionamiento y fines es más bien escaso, salvo en cuanto estos preceptos enuncian algunos límites generales a su actividad y definen reglas organizativas de algunos órganos administrativos específicos de especial trascendencia, en opinión de los redactores del texto de 1980, para la estabilidad del sistema político.

De este modo, siguiendo la tipología de Parejo,<sup>4</sup> se puede apreciar que la Constitución vigente contiene, en primer lugar, algunas normas básicas que enuncian ciertos principios generales aplicables a la Administración del Estado, particularmente en el capítulo destinado a las Bases de la Institucionalidad, las que se relacionan con la servicialidad del Estado, las técnicas de reparto de las potestades administrativas —descentralización y desconcentración— la supremacía constitucional, el principio de juridicidad y el principio de probidad administrativa (arts. 1, 3, 6, 7 y 8 de la Constitución de 1980). Estas normas, si bien están previstas para todo el aparato estatal, y no solo para la Administración del Estado, es evidente que también la afectan, constituyendo en la práctica el núcleo esencial de la delimitación jurídica de su actividad formal.

2 Como se sabe, el art. 24 de la Constitución de 1980 señala que “El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”. Ello es muy similar a lo que establecía la Carta de 1833 que señalaba en su art. 59 que “un ciudadano con el título de Presidente de la República administra el Estado, i es el Jefe Supremo de la Nación”.

3 Véase, en este sentido, FERRADA (2007), pp. 99 y ss.

4 PAREJO (2003), pp. 68-70.

---

A las normas anteriores, deben añadirse las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, las que han tenido especial incidencia en materia administrativa. En efecto, como estos derechos se construyen por la doctrina como límites privilegiados de la actividad de los poderes públicos, condicionan la existencia y el ejercicio de sus potestades públicas, afectando de forma decisiva la operatividad de estas en la relación entre los sujetos privados y la Administración del Estado. Tómese en este sentido como referencia solamente la intensa utilización que han hecho los operadores jurídicos de los derechos de propiedad o de igualdad ante la ley como límites a la actividad administrativa, lo que ha afectado la configuración de potestades administrativas clásicas, como la invalidatoria o revocatoria, o determinado su contenido mismo.

Por último, no pueden dejar de mencionarse las normas constitucionales que contienen reglas organizativas, tanto respecto de la Administración del Estado en general, como de algunos órganos de relevancia constitucional. En cuanto a lo primero, es probablemente donde la Constitución de 1980 presenta una mayor debilidad. Solo se contempla una disposición (art. 38) que reenvía al legislador la regulación de la organización básica, sujeta a unos principios generales dispuestos para la función pública, además de una precisión que parece innecesaria —explicable solo por la funesta historia del art. 87 de la Constitución de 1925— del derecho general a la tutela judicial o derecho a la acción de los ciudadanos frente a la actividad administrativa, lo que ya está reconocido, en términos generales, ante todo tipo de controversias, en el art. 19 N° 3 de la Constitución.

En relación a lo segundo, esto es, la regulación de órganos administrativos específicos de relevancia constitucional, la Carta de 1980 es mucho más prolífica, contemplándose normas precisas para el Presidente de la República (arts. 24 al 32), los Ministros de Estado (arts. 33 al 37 bis), la Contraloría General de la República (arts. 98 y 99), el Banco Central de Chile (arts. 108 y 109), las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (arts. 101 al 105), las Intendencias y los Gobiernos Regionales (arts. 111 al 115), las Gobernaciones provinciales (arts. 116 y 117) y las Municipalidades (arts. 118 al 122). Esta regulación pormenorizada y episódica se explica, por un lado, por las motivaciones que ha tenido el constituyente para configurar constitucionalmente ciertos órganos de control y contrapeso al Gobierno, limitando el poder regulatorio ordinario del legislador; y, por otro, por las exigencias que impone la organización del Gobierno central y la distribución territorial del poder administrativo, especialmente en cuanto esta última tiene ciertas características de excepcionalidad en la configuración de la Administración del Estado en general.

Esta última regulación ha planteado algunas dificultades en la interpretación doctrinal y jurisprudencial acerca del alcance de la Administración del Estado y su estatuto jurídico, ya que pareciera excluirse de la primera, al menos parcialmente, a estos órganos especializados. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de dar un contenido amplio y extensivo al complejo organizativo denominado “Administración del Estado”,<sup>5</sup> lo que no ha impedido establecer ciertas restricciones a algunas de las normas que regulan sus potestades en ciertos ámbitos de acción.<sup>6</sup>

## **II. Una nueva concepción del Estado y de su administración en la nueva Constitución**

En el marco antes descrito, es evidente que un nuevo texto constitucional debería, en primer lugar, superar la concepción mínima, episódica y desestructurada de la Administración del Estado que se plantea en el texto vigente, propia de un paradigma ideológico de la segunda mitad del siglo XX, en el contexto de la guerra fría y la victoria militar de un grupo político sobre otro. Lo anterior queda en evidencia si se analizan las actas de la comisión redactora de la Constitución de 1980, en que las concepciones neoliberales y autoritarias se expresan como el ideario del nuevo texto constitucional,<sup>7</sup> superando la visión más social y democrática de la Carta de 1925.

Pues bien, en este contexto, una primera propuesta para una nueva Constitución para nuestro país es redefinir el Estado de Chile, no desde una perspectiva limitada y subsidiaria como la vigente sino, como lo plantea la mayoría de los Estados europeos de referencia y algunos latinoamericanos, como un Estado de Derecho, democrático y social. Así, un Estado moderno se define no solo por su vinculación formal con el Derecho sino, en un sentido material, cuyos valores y principios deben estar contenidos en el texto constitucional, pero al que también se incorporan la democracia y la realización social.<sup>8</sup>

Especialmente relevante en esta nueva definición del Estado es la incorporación de la dimensión “social” a la definición institucional del Estado de Chile, lo que le permite superar la perspectiva meramente liberal del Estado de Derecho clásico, cuyas únicas garantías son de libertad personal e individual del ser humano, imponiéndole

5 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 39-1986.

6 Ejemplo paradigmático de esto son las restricciones y modalidades que establece la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, en que en las disposiciones adicionales finales, señala diversas formas de aplicar la transparencia y el acceso a la información pública. Algo similar ocurre con la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos y la Ley N° 19.886 sobre Bases de los Contratos de Suministro, excluyendo expresamente de su aplicación a ciertos órganos de la Administración del Estado.

7 Véase VIERA (2013), pp. 146 y ss.

8 BÖCKENFÖRDE (2000), p. 40.

---

además obligaciones efectivas de configuración del orden social. De este modo, este nuevo Estado social no solo debe respetar las libertades de los seres humanos —premisa básica y fundamental de cualquier Estado constitucional—, sino también contribuir a crear las condiciones materiales que hagan posibles esas libertades, restringiendo en algunas ocasiones aquellas para la realización espiritual y material de todas las personas que conforman esta comunidad política. En efecto, como señala Parejo, toda primera aproximación al concepto de Estado social ha de consistir precisamente en la simple comprobación de que su formulación constitucional es una consecuencia de las profundas transformaciones inducidas en el orden político, económico y social por la evolución misma de la sociedad industrial hasta su estado avanzado actual; transformaciones que se pueden sintetizar en la precisión tanto por el individuo aisladamente considerado como por los grupos sociales y finalmente el cuerpo social en su conjunto del Estado como instrumento corrector, configurador y prestador en la vida social y económica —en definitiva, la total interpenetración del Estado y sociedad, de modo que la cuestión no se centra tanto en la defensa del ámbito de libertad propia frente al Estado cuanto en la exigencia a este de la resolución positiva de problemas y conflictos sociales.<sup>9</sup>

En este sentido, la experiencia alemana y española pueden ser muy relevantes para entender los alcances que tendría esta nueva definición institucional del Estado chileno, y los efectos que ello generaría en la configuración del orden jurídico y social, lo que está muy lejos de constituir una opción ideológica específica,<sup>10</sup> como sí lo hace, a mi juicio, la Constitución de 1980.<sup>11</sup> En efecto, la amplitud ideológica de la fórmula constitucional europea ha permitido en esos países la adopción de distintas políticas públicas, las que inspiradas en la satisfacción de los intereses generales se articulan como medidas políticas y administrativas incluso contrapuestas en el tiempo, pero todas ellas constitucionalmente válidas, fruto de la denominada “libertad de configuración normativa” que tiene el legislador en esta materia.<sup>12</sup> Así, el contenido preciso del Estado democrático, de derecho y social lo van definiendo los propios poderes públicos, siendo el legislador democrático el principal actor —aunque no exclusivo— en esta tarea.

Ello afecta la propia configuración constitucional de la Administración del Estado, ya que esta no es una organización instrumental de mínimos o subsidiaria de la actividad de los sujetos privados, sino un agente activo en la configuración del orden social, como ya ha quedado expuesto. Así, esta nueva Administración del Estado debería estar habilitada constitucionalmente de potestades amplias para actuar en el orden social,

---

9 PAREJO (1983), p. 82.

10 *Ibid.*, pp. 29 y ss.

11 FERRADA (2000), pp. 47-53.

12 GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ (1996), pp. 115-118.

en el marco del ordenamiento jurídico, operando sobre la base de los intereses públicos definidos por el legislador en cada momento como finalidad básica de la actuación administrativa. Dichas potestades, evidentemente, deberían estar configuradas por la ley, la que debería actuar más como marco habilitante y de programación para su ejercicio, que como límite y protección de los derechos individuales.<sup>13</sup>

### III. La nueva regulación constitucional de la Administración del Estado

En el marco antes descrito, la nueva regulación constitucional que se proyecta debiera hacerse cargo de las deficiencias que plantea la regulación vigente antes expuesta, principalmente desde dos perspectivas: por un lado, definiendo un diseño institucional general para toda la Administración del Estado, y no solo como habilitación constitucional para órganos específicos, vinculando esta con el Gobierno como órgano legitimado popularmente y portador de la potestad de dirección política de aquella; y, por otro, enunciando los principios y reglas básicas a las que deberá someterse la actividad administrativa, especialmente en cuanto a las potestades atribuidas y a las garantías de los ciudadanos frente a estas.

En este sentido, en cuanto a lo primero, en mi opinión parece imprescindible que el nuevo texto constitucional considere un capítulo especial relativo a la Administración del Estado o al menos una sección específica dentro de uno más general relativo al Gobierno y la Administración del Estado —y no solo al Gobierno, como aparece actualmente en la Constitución de 1980—, en el que enuncie la organización básica de esta, los órganos que forman parte de ella y los principios que articulan esta organización. Así, no solo debería haber un reenvío al legislador de los principios que configurarían su organización básica —como lo hace imperfectamente el texto actual—, sino que deberían enunciarse estos, en el marco de una organización general.

Esto implicaría utilizar, en primer lugar, una fórmula genérica para la Administración estatal, que vinculara toda su organización con la tutela o protección de los intereses públicos, desde la perspectiva del ejercicio de la función administrativa, sin llegar a enunciar los órganos específicos que formarían parte de aquella, tarea que evidentemente le corresponde al legislador. Así se podría hablar de una Administración del Estado civil y militar, integrada por los órganos que disponga la ley, los que estarían encargados de ejercer las funciones administrativas que se le atribuyan, teniendo como objetivo o finalidad principal la satisfacción de los intereses públicos específicos que el legislador ha puesto bajo su ámbito de competencia. Es evidente que la Administración del Estado en su conjunto está incardinada en la protección de los intereses públicos en general, pero cada uno de sus órganos está atribuido de las potestades específicas para

13 PAREJO (2012), pp. 51 y ss.

---

satisfacer un interés público determinado, que el ordenamiento jurídico ha elevado a este carácter.<sup>14</sup>

En este contexto, pareciera que lo razonable es que no existiera en el nuevo texto constitucional una regulación constitucional específica y separada para cada órgano de la Administración del Estado, sino que una regulación general de esta, dándole una unidad y sistematicidad que explique su existencia y características principales. Ello no impediría, desde luego, que el texto constitucional contuviera referencias específicas sobre ciertos órganos de relevancia constitucional que el constituyente considerara, por excepción, elevar a la Carta Fundamental su reconocimiento, pero esto debe hacerse sin entrar a definir sus concretas funciones y atribuciones. Así, el Banco Central de Chile, la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y el Consejo para la Transparencia podrían ser mencionados en el texto constitucional, como órganos específicos de la Administración del Estado —y contenidos en esta misma sección y capítulo general— pero solo para los efectos de enunciar constitucionalmente su existencia e identificar su función o funciones básicas o esenciales dentro del ordenamiento jurídico.

De este modo, la fórmula seguida por el constituyente de 1980 se superaría materialmente, evitando una visión desarticulada e inconsistente de la Administración del Estado. Además, el constituyente habilitaría directamente al legislador democrático la configuración de los órganos que integrarían la Administración del Estado, disponiendo también una habilitación constitucional para la configuración de órganos o unidades autónomas instrumentales para la tutela de algunos intereses públicos relevantes, en conformidad a la ley.

En cuanto a la vinculación de la Administración del Estado con el Gobierno, el nuevo texto constitucional debiera contribuir a precisar el rol que cumple cada uno de estos complejos orgánicos en el ordenamiento jurídico, superando la confusión conceptual que hay en esta materia en el derecho chileno,<sup>15</sup> diferenciándolos ahora convenientemente y atribuyendo a cada uno de ellos un rol y unas potestades específicos. En este sentido, la Constitución debiera señalar con precisión el sometimiento de la Administración del Estado al Gobierno, ya que es este último el que está legitimado democráticamente y define las políticas públicas que aquella debe implementar y servir con objetividad y de forma instrumental<sup>16</sup>.

---

14 PAREJO (2003), pp. 772-773.

15 FERRADA (2001), pp. 7-23.

16 PAREJO (2003), pp. 89-91.

Esta afirmación expresa de la dirección política del Gobierno de la Administración del Estado se justifica sobre la base de la legitimidad democrática de aquel y el carácter burocrático de esta última, configurando de forma clara los ámbitos de actuación y los poderes asignados a cada uno.<sup>17</sup> Ello permitiría además reforzar el carácter profesional y técnico de la Administración del Estado y de sus funcionarios, impulsando su consolidación como una estructura permanente y estable al servicio de los intereses públicos.

Excepción a toda esta regulación constitucional sería lo referente a los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y otras entidades territoriales autónomas, órganos legitimados directamente por la ciudadanía, con competencias exclusivas y compartidas en ciertos ámbitos, y cuya relación con el Gobierno y Administración del Estado se desarrollaría a través de los mecanismos de coordinación y cooperación que defina el legislador. Estas entidades territoriales deberían gozar de una autonomía que le permita desarrollar sus competencias sin sujeción a instrucciones de las autoridades nacionales, aunque en coordinación con estas, especialmente en las materias relacionadas o en las que comparten con aquellos ámbitos de actuación.

Por otro lado, en cuanto a los principios y reglas que deben guiar la actividad desarrollada por los órganos de la Administración del Estado en general, la Constitución debiera avanzar decididamente en la enunciación de estos, especialmente desde la perspectiva de la actividad jurídica formal. Así, la Constitución debiera señalar expresamente que los órganos de la Administración del Estado, como integrantes del poder público, están dotados de poderes jurídicos finalizados o potestades destinadas a la satisfacción de los intereses públicos, lo que les permite dictar actos que se presumen válidos y gozan de imperio y exigibilidad respecto de sus destinatarios, lo que eleva a rango constitucional las notas características de la actividad formal y que hoy reconoce la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.<sup>18</sup> Estas potestades debieran ejercerse eso sí —y así lo debiera establecer el mismo texto constitucional— con estricto apego al ordenamiento jurídico y sujetas además a los principios de objetividad, no arbitrariedad, eficacia, transparencia y control.

Esta enunciación de los principios básicos de la actuación administrativa, que pudiera parecer excesiva, tiene por objeto establecer en el mismo texto constitucional los poderes especiales o exorbitantes de los órganos de la Administración del Estado como poder público y su vinculación concreta con los intereses públicos, lo que le

<sup>17</sup> BÖCKENFÖRDE (2000), pp. 47 y ss.

<sup>18</sup> Como se sabe, el art. 3° de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos establece en este sentido que “los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa...”.



---

permite desarrollar atribuciones de forma unilateral e imperativa. Lo anterior, unido a la configuración del Estado chileno como Estado constitucional, democrático y social, según ya se indicó, llevaría a situar a la Administración del Estado como un actor relevante en la configuración del orden social, desplegando todas las potestades atribuidas por el legislador para ello.

## **V. La posición constitucional y el rol de la Contraloría General de la República como órgano de control en una futura Constitución**

Un rediseño de la Administración del Estado como el antes apuntado, debiera tener también, evidentemente, un impacto en la configuración del sistema de control de esta. Así, el diseño de este sobre la triada clásica de control político, administrativo y judicial<sup>19</sup> debería tener un ajuste que diera cuenta de la distinta entidad de cada actividad y de los mecanismos dispuestos para su control y corrección en su caso. De este modo, el control político del quehacer de la Administración del Estado debería quedar radicado claramente en los órganos de dirección política y los órganos colegiados representativos en el nivel nacional, regional y local, concentrando el control jurídico en los tribunales de justicia y residualmente en la Contraloría General de la República, la que, por el contrario, se consolidaría como el órgano más relevante del control administrativo externo de la actividad administrativa.

En la actualidad, como se sabe, la Contraloría General de la República desempeña un rol clave en el control de la actividad administrativa, extendiendo su rol al control jurídico, contable y financiero.<sup>20</sup> Ello ha permitido que la Contraloría desarrolle una labor intensa de control sobre toda la actuación administrativa, llegando a configurar una especie de “control contencioso administrativo informal”, de la mano de su amplia potestad dictaminadora y del ejercicio del trámite de “toma de razón”.<sup>21</sup> Así, es frecuente que la Contraloría General de la República, como órgano de control administrativo, resuelva controversias entre particulares y órganos de la Administración del Estado, lo que se explica probablemente por la falta de un sistema fuerte de justicia administrativa en nuestro medio.<sup>22</sup>

En este contexto, una primera reforma esencial en esta materia debiera ser una reconfiguración de la Contraloría General de la República como un órgano de control externo de la propia Administración del Estado, y donde la centralidad estaría dada por la auditoría contable y jurídica de los procedimientos y actos administrativos, limitando su intervención en las controversias entre el Estado y los privados. Así, el control

---

19 FERRADA & BORDALÍ (2008), pp. 7-8.

20 AYLWIN (2001), pp. 605-613.

21 ALDUNATE (2005), pp. 26-29.

22 FERRADA (2011), pp. 125-126.

administrativo desarrollado por la Contraloría sería un control previsto al interior de la Administración del Estado, que operaría *ex post*, no paralizando ni entabando la actividad administrativa, sino auditándola.

Esto implicaría suprimir de la nueva Constitución toda referencia al control preventivo de juridicidad —más conocida como “toma de razón”— como mecanismo general de control de legalidad de los actos administrativos, conteniendo solo una mención general a sus funciones constitucionales y habilitando al legislador la determinación de los instrumentos precisos para el ejercicio de su actividad. En todo caso, y en el plano de la legalidad ordinaria, el control preventivo de juridicidad debiera ser un mecanismo excepcional de control, previsto solo para los actos reglamentarios y algunos otros de singular relevancia atendida la cantidad de los recursos públicos comprometidos o su impacto en los derechos de los ciudadanos, suprimiendo de paso la habilitación legislativa para la exención de la “toma de razón” a través de resoluciones administrativas dictadas por el propio Contralor.

Además, en el mismo plano legislativo, debiera ser este el que definiera con precisión los otros instrumentos de control de la actividad administrativa, los cuales operarían siempre *ex post*, de oficio o a petición de parte, pero siempre como una instancia administrativa de control, fundamentalmente en materias contables y financieras, pero sin reconocimiento directo de derechos para los particulares y ajena, por cierto, a las controversias jurídicas que se suscitan habitualmente entre estos y los órganos de la Administración del Estado.

Lo anterior podría ser reforzado con el reconocimiento en el texto constitucional de una función consultiva de la Contraloría General de la República, la que se desarrollaría a petición de algunos órganos políticos especialmente legitimados y tendría carácter vinculante o informativo, dependiendo de la materia de que se trate. Evidentemente correspondería al legislador establecer los casos precisos en que se podría hacer uso de una función consultiva y el carácter de esta, así como de los efectos que ella tendría para el Gobierno y la Administración del Estado

Además, debiera suprimirse de la Constitución toda referencia a la Contraloría General de la República como órgano encargado de juzgar las cuentas públicas, ya que dicha tarea debería estar encomendada a un Tribunal de Cuentas, independiente de la Contraloría y de la Administración del Estado, sin perjuicio que el examen de las mismas siga radicado en aquella. Así, el legislador debería diseñar un procedimiento judicial específico de examen y juzgamiento de cuentas, cuya fase administrativa estaría entregada a la Contraloría General de la República, dejando la fase judicial ante el Tribunal de Cuentas, previa interposición de la demanda del Consejo de Defensa del

---

Estado. En todo caso, esto exigiría una reconfiguración legal de esta materia, reduciendo el examen y juzgamiento de cuentas a las situaciones de pérdida o deterioro de bienes o recursos públicos en calidad formal de cuentadante, lo que no sería extensible a los casos de pérdida por utilización ordinaria de los bienes públicos, en ejercicio de sus actividades administrativas.

Por otro lado, en el plano orgánico, parece razonable replantear la posición institucional de la Contraloría General de la República en el marco de los poderes públicos. En efecto, la concentración de su actividad en el ámbito de la auditoría — contable y jurídica— podría hacer necesaria un reposicionamiento de este órgano de control, vinculándola más fuertemente con el Congreso Nacional, en términos funcionales, aunque manteniendo y resguardo su autonomía institucional. Esto podría reforzar el rol fiscalizador que desarrolla la Cámara de Diputados respecto del Gobierno, proveyendo a esta de mayores elementos de juicio para desarrollar una buena labor de control del uso de los recursos públicos.

Además, una segunda cuestión en el plano orgánico que me parece indispensable propiciar es un cambio en el diseño institucional de la dirección superior de la Contraloría General de la República. Como se sabe, actualmente esta dirección está encomendada a un órgano unipersonal de designación presidencial, con acuerdo del Senado, en el que está radicado todo el poder jurídico de control y dirección interna de la organización. Pues bien, dicho modelo descansa en una confianza excesiva en una sola persona acerca de la prudencia y justicia en el ejercicio de la potestad pública de control, lo que parece excesivo en un Estado constitucional tan moderno y complejo como el Estado chileno. Los riesgos de captura y falibilidad, que afortunadamente no se han presentado aún en el caso chileno, son una amenaza a la institucionalidad, lo que exige un replanteamiento de este modelo.

En este contexto una propuesta razonable, a mi juicio, es promover el establecimiento de un órgano colegiado de dirección, siguiendo el modelo del Banco Central de Chile, que integre visiones distintas en el ejercicio de la labor de auditoría, fortaleciendo su rol de control administrativo en el sistema chileno. Ello, creo, reforzaría la autonomía institucional de la Contraloría General de la República, además de mejorar considerablemente la gestión directiva interna del servicio.

Por último, una reforma a la Contraloría General de la República requiere con urgencia, aunque en el plano legal, el establecimiento de un modelo de funcionario y profesional que otorgue dignidad y seguridad a las personas que trabajan en esta organización. Ello implica establecer un sistema de función pública profesional y técnica de alta calificación, con cargos de carrera permanentes e inamovibles, que

permita superar la precariedad e inestabilidad actual que genera el carácter de “personal de exclusiva confianza” que tiene todo el personal que trabaja actualmente en este órgano contralor. Solo un sistema funcional que resguarde a los funcionarios en el ejercicio de su actividad de control, permitirá la independencia en el desarrollo de este, lo que de otro modo se verá condicionado por la inestabilidad laboral.

#### **IV. El control jurisdiccional de la Administración del Estado**

Una última cuestión que parece imprescindible de abordar en una futura Constitución Política para nuestro país es el diseño de un sistema de control jurisdiccional de la Administración del Estado que permita corroborar el cumplimiento de la legalidad por la actuación administrativa y tutele eficazmente los derechos e intereses de las personas.

Actualmente, la exigencia de una justicia administrativa se considera como uno de los elementos configuradores del Estado de Derecho,<sup>23</sup> lo que impone la necesidad de construir un sistema apropiado de tribunales y procedimientos judiciales que hagan efectivo este resguardo de los derechos de los ciudadanos frente al poder público. De este modo, la justicia administrativa se mira como la contrapartida necesaria de las prerrogativas exorbitantes de que se dota a los órganos de la Administración del Estado para cumplir sus cometidos, impidiendo que ellas sean utilizadas con contravención al ordenamiento jurídico o para fines distintos de los establecidos en el ordenamiento.

Pues bien, en el caso chileno es muy conocido que el control jurisdiccional ha sido configurado de una manera deficiente, dando cuenta la doctrina de una compleja historia de desencuentros, negaciones y opciones legislativas desafortunadas durante gran parte del siglo XX,<sup>24</sup> lo que trajo como consecuencia una debilidad de este y una falta de protección efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos. Ello probablemente explica el rol que jugó la Contraloría General de la República en el siglo pasado, no configurándose sino de una forma episódica y parcial una justicia administrativa en ciertos ámbitos muy acotados.

Esto cambia parcialmente en la década de los años 70' del siglo XX, con las primeras sentencias judiciales que empiezan a declarar la competencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer los asuntos administrativos, ante la falta de creación de tribunales administrativos especializados, como estaba previsto en la Constitución de 1925.<sup>25</sup> Este proceso se consolida un poco más con la aparición de la nulidad de derecho público como proceso general de impugnación de la validez de los actos administrativos

23 SOMMERMAN (2009), pp. 2 y ss.

24 PANTOJA (2001), pp. 11 y ss.

25 *Ídem*, pp. 39 y ss.

---

y el Recurso de Protección como contencioso subsidiario, procedimientos ambos que presentan algunas deficiencias en su configuración, ya sea por la lentitud o sumariedad de su tramitación, ya por la falta de especialidad de los jueces llamados a resolver las controversias ventiladas a través de dichos mecanismos.<sup>26</sup>

Precisamente, ante este panorama, el legislador chileno ha optado consistentemente por crear procedimientos y tribunales especiales para conocer de ciertas controversias entre particulares y órganos de la Administración del Estado,<sup>27</sup> especialmente en ámbitos económicos relevantes, dando lugar a una especie de “justicia boutique” o de “alfombra roja”, que contrasta con la existente para el resto de los particulares afectados por una decisión administrativa.<sup>28</sup> Esto constituye una evidente anomalía en el sistema jurídico, ya que configura un sistema atomizado e incoherente de justicia administrativa, lo que refleja una asimetría evidente en la protección jurisdiccional de los derechos e intereses de los ciudadanos.

En este contexto, la futura Constitución Política debiera avanzar en la construcción de un sistema de justicia administrativa general más articulado y coherente, dependiente e integrado en el Poder Judicial, y constituido como una jurisdicción especializada de este. Así, la creación de tribunales especiales dentro del Poder Judicial, con jueces especializados en materia administrativa, con un procedimiento común o general, permitiría el sometimiento y resolución de todas las controversias jurídicas que se susciten entre la Administración del Estado y los ciudadanos, lo que configuraría una garantía efectiva de estos frente al poder público.

Evidentemente lo anterior no impedirá que se establezcan mecanismos especiales de resolución de algunas controversias administrativas específicas, sobre todo de naturaleza arbitral o de mediación, lo que sin embargo no debiera afectar la consolidación de un sistema general de control jurisdiccional de la actividad administrativa, cuya extensión y generalidad, precisamente, es la mejor garantía de los derechos e intereses de los afectados.

Como se puede observar, las reformas que debiera emprender el constituyente en materia administrativa son profundas y urgentes, lo que es coherente con el nuevo modelo de Estado que se pretende construir. Ello constituye una exigencia de nuestro tiempo, en que los ciudadanos demandan de la Administración del Estado tareas y cometidos que superan la concepción minimalista y subsidiaria de la Constitución de 1980, la que, en todo caso, el legislador se ha encargado de rediseñar.

---

26 FERRADA (2005), pp. 129 y ss.

27 CARMONA (2005), pp. 183 y ss.

28 FERRADA (2011), pp. 135-136.

## Bibliografía

ALDUNATE, Eduardo (2005): “La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVI, Semestre II.

AYLWIN, Arturo (2001): “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, Universidad Finis Terrae/ Editorial Jurídica, Santiago.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wölgang (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid.

CARMONA, Carlos (2005): “El contencioso-administrativo entre 1990-2003”, Juan Carlos Ferrada (Coord.), *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Santiago.

FERRADA, Juan Carlos (2000): “La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XI.

\_\_\_\_\_ (2001): “La Administración Pública en la estructura de poder del Estado: algunas reflexiones preliminares”, *Revista de Derecho*, N° II, Universidad Católica de Temuco.

\_\_\_\_\_ (2005): “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativa”, Juan Carlos Ferrada (Coord.), *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2007): “Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 221-222, año LXXV.

\_\_\_\_\_ (2011): “Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno”, J. Arancibia, J.I. Martínez, A. Romero (Coord.), *Litigación Pública*, Thomson Reuters/Abeledo Perrot, colección “Estudios de Derecho Público”, Santiago.

FERRADA, Juan Carlos & Andrés BORDALÍ (2008): *Estudios de Justicia Administrativa*, Lexis Nexis, Santiago.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (1996): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid.

PANTOJA, Rolando (2001): *La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.

---

PAREJO, Luciano (1983): *Estado social y Administración Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid.

\_\_\_\_\_ (2003): *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona.

\_\_\_\_\_ (2012): *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, Instituto Nacional de Administración Administración Pública/Global Law Press, Madrid, Sevilla.

SOMMERMANN, Karl-Peter (2009): “El papel de la Ley Alemana de la Justicia Administrativa para la realización del Estado de Derecho”, Pedro Aberastury (Coord.), *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*, Konrad Adenauer Stiftung/Abeledo Perrot, Buenos Aires.

VIERA, Christian (2013): *Libre iniciativa económica y estado social. Análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena*, Legalpublishing/Thomson Reuters

## REVISIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Cristian Román Cordero

“Todas las épocas y generaciones deben ser libres y actuar por sí mismas en *todos los casos* en que han actuado por sí mismas las épocas y generaciones que las precedieron. La vanidad y la presunción de gobernar más allá de la tumba es la más ridícula e insolente de todas las tiranías. El hombre no tiene derecho de propiedad sobre el hombre, ni ninguna generación tiene derecho de propiedad sobre las generaciones venideras”.<sup>1</sup>

### Presentación

En tanto permanente imperativo que ello es, debemos revisar la actual Constitución y, si es del caso, fijar las bases para su modificación en pos de la mejor concreción de los fines que le son consustanciales.<sup>2</sup> En este contexto, analizaré aspectos que, en mi opinión, deben ser considerados en el cometido señalado, distinguiendo al efecto entre: aspectos generales, tales como el rol que la Constitución ha de servir en la configuración normativa de la Administración del Estado; la relevancia de la Historia Constitucional y del Derecho Constitucional Comparado; y aspectos especiales, tanto de forma como de fondo.

### I. Aspectos generales

#### a. Rol de la Constitución en la configuración normativa de la Administración del Estado

Es preciso, en primer lugar, determinar qué materias propias de Derecho Administrativo, rama del Derecho Público que rige a la Administración del Estado, deben tener regulación en la Constitución y cuáles no, a fin de que esta no diga ni más ni menos de lo que al respecto le corresponde.

El dilema antes planteado tiene inicialmente dos respuestas, que en tanto extremas, es preciso, desde ya, rechazar: por una parte, que la Constitución debe regular íntegramente el Derecho que rige a la Administración del Estado, esto es el Derecho Administrativo, de suerte tal que en su articulado deba y pueda hallarse solución a cualquier problema propio de esta rama del Derecho Público y, por otra, que la Constitución nada debe ni puede regular al respecto, ni aun los principios básicos

1 PAINE (1996), pp. 35-36

2 En este sentido, véase MODERNE (2006).



---

que han de regir la Administración del Estado, en tanto órgano del Estado que es, de suerte tal que la solución a los problemas señalados, cualesquiera sean ellos, no pueden ni deben encontrarse, ni aun remotamente, en ella.

La primera respuesta, si bien encuentra fundamento en el principio conforme al cual la Constitución es entendida como un cuerpo normativo y, en tanto tal, con fuerza vinculante directa, de suerte tal que no precisa de norma legal alguna de desarrollo para su aplicación, debe ser rechazada lisa y llanamente, pues la Constitución es esencialmente el continente de principios jurídicos, a los que están afectos prioritariamente los órganos del Estado, como límites a su actuar, con la inmutabilidad consustancial que ello importa, y excepcionalmente de reglas que por su singular relevancia son recogidas en ella; en tanto que el Derecho Positivo que rige a la Administración del Estado debe estar contenido en reglas, que por lo general concretizan principios (algunos de los cuales pueden tener reconocimiento constitucional), y que en tanto tales deben periódicamente mutar a fin de adecuarse a las necesidades de interés general, siempre cambiantes, a las que dicha Administración debe dar satisfacción; de ahí que este Derecho encuentre fundamento más bien en la ley (cualquiera sea su rango) que en la Constitución, así como también en normas infralegales.

A su vez, la segunda respuesta debe igualmente descartarse pues obvia el señalado carácter normativo que hoy se le atribuye a la Constitución, y que afecta a la Administración del Estado, ya sea como órgano de este o en tanto tal, de suerte que solo es dable aseverar que la Administración sí está afecta a la Constitución, si bien, por lo general, no en cuanto a reglas, sí en cuanto a los principios medulares que debe observar en su actuar, los mismos que reglas, en sede legal o infralegal, concretizan.

Así las cosas, excluidas las soluciones extremas antes señaladas, preciso es inclinarse por una solución intermedia. ¿Cuál ha de ser esa solución? A mi entender, a fin de llegar a ella, no pueden perderse de vista cinco ideas claves:

(a) La Constitución debe referirse solo a aspectos de singular relevancia del ordenamiento jurídico. No es correcto que la Constitución entre a regular detalles, como es el objeto habitual del Derecho Administrativo (de ahí que a este se le denomine “Derecho Constitucional concretizado”), ya que ello corresponde prioritariamente a la ley.

(b) La Constitución, en razón de lo anterior, debe estructurarse en base a principios, en especial, en lo que nos interesa, a aquellos que deben observar estrictamente todos los órganos del Estado, y luego precisar, si es del caso, principios que deban observar solo algunos de ellos, por ejemplo, su Administración. Excepcionalmente, debe contener reglas (no principios) siempre que estas sean particularmente relevantes, especialmente cuando digan relación con aspectos político-administrativos, por ejemplo, precisar

quiénes pueden ser ministros de Estado y cuál es la función principal de estos, cuál de ellos, en qué casos, en qué forma y con qué atribuciones ejerce el rol de Vicepresidente de la República, etcétera.

(c) Entre tales principios, la Constitución deberá necesariamente señalar los fines que singularizan a la Administración del Estado para así fijar sus límites teleológicos, relevantes para los efectos de discernir su órbita de acción respecto de la de los otros órganos del Estado y la de los propios particulares, así como también determinar los cometidos que proactivamente debe satisfacer, de suerte tal que su infracción, al importar inactividad, pueda ser sancionada a través de diversas vías (por ejemplo, responsabilidad disciplinaria, responsabilidad patrimonial del Estado, etcétera).

(d) La Constitución debe reconocer, con precisión, aquellas materias que por su singular relevancia si bien no deben ser tratadas —sus reglas— por ella, sí por leyes, en especial cuando lo son con quórum privilegiado. Por ejemplo, la “organización básica” de la Administración del Estado (tal como precisa el art. 38 de la Constitución), etcétera.

(e) Salvo en las hipótesis antes señaladas, el Derecho Administrativo debe tener regulación, en principio, en la ley —y común—, y no en la Constitución, pues aquella garantiza —al menos en comparación con esta última— la mutabilidad que es propia —y necesaria— de esta rama del Derecho, en razón de que ha de adecuarse periódicamente al interés general que en tanto tal, por su propia naturaleza, muta, y sin perjuicio del reenvío que esta puede y debe hacer a normas de naturaleza infralegal.

Por tanto, a la luz de lo señalado anteriormente, cabe concluir que la Constitución, en lo que se refiere a la Administración del Estado, solo debe contener los principios que por su relevancia deben observar los órganos del Estado (y que implícitamente le afectan), o aquellos que dicen relación exclusivamente con aquella, los fines que la justifican y conducen su actuar, y excepcionalmente, aquellas reglas cuya relevancia, muchas veces de naturaleza político-administrativa, amerita sean contenidas en esta. Salvo eso, las normas que rijan la Administración deberán contenerse en ley, ya sea orgánica constitucional, quórum calificado o común, teniendo un rol protagónico esta última categoría, sin perjuicio de la normativa infralegal.

## **b. Relevancia de la Historia Constitucional y del Derecho Constitucional Comparado**

Las Constituciones no son sino, el estadio de un proceso histórico-jurídico que se ha venido en llamar *constitucionalismo*. Se trata, por tanto, de un proceso “lineal” y, en

---

consecuencia, eminentemente progresivo que, en tanto tal, proscribiera el retroceso (en especial de los derechos y garantías que asegura o reconoce), y que se evidencia en el hecho de que las disposiciones constitucionales no son sino una práctica consistente o soluciones social y políticamente consensuadas, a conflictos variopintos o a etapas que se ha pretendido superar. De ahí que la actual revisión de la Constitución de 1980 no pueda prescindir de su pertenencia a un proceso histórico-jurídico en los términos antes referidos. En este sentido, respecto de la señalada Constitución pueden reconocerse, por lo pronto, dos visiones:

(a) Para algunos, la Constitución de 1980, desde su entrada en vigor, sino desde la entrada en vigor de las Actas Constitucionales inmediatamente anteriores a ella, hasta el día de hoy, ha evidenciado, en los hechos, una práctica progresiva y consistente, misma que se puede apreciar en la aplicación que de ella han hecho los órganos del Estado (y en especial el Tribunal Constitucional), las reformas que a ella ha introducido el Constituyente derivado, la doctrina que a partir de ella se ha elaborado, etc. Por tanto, para estos la Constitución de 1980 es el punto de partida de un proceso histórico-jurídico, en los términos antes referidos, que ignora al que le precede, y que principia con su entrada en vigor y se extiende hasta el día de hoy.

(b) Para otros, la Constitución de 1925, con la última reforma introducida en el periodo democrático (Ley N° 17.398), en tanto continuadora de la de 1833, representa el punto culmine del constitucionalismo nacional, que se extiende entre 1833 y 1973, y que la Constitución de 1980 ilegítimamente interrumpió.

De lo anterior cabe preguntarse si los procesos constitucionales antes referidos (1833-1925/1973 y 1981-hoy) son distintos o continuados (lineales). Si son distintos, el primero de ellos no debiera ser considerado sino solo como historia constitucional, mas no como constitucionalismo y, por tanto, ignorado como parámetro en la revisión de la Constitución de 1980, mas si son lineales, vale decir, entre ellos hay continuidad, cabría válidamente analizar, conforme al parámetro de la Constitución de 1925/Ley N° 17.398, qué nuevos institutos introdujo la Constitución de 1980, para valorar su continuidad, y qué viejos institutos excluyó, para valorar nuevamente su inclusión. Téngase presente para ello, que es un criterio reconocido en la Ciencia Constitucional, así como de la teoría de los derechos humanos, la prohibición de retroceso, vale decir no es válida la reducción de la esfera de derechos o garantías reconocidos por una Constitución a través de otra posterior; por tanto, si entre uno y otro texto advertimos un retroceso, puede plantearse al menos, y ahí la incidencia que esto tiene en la revisión de la Constitución de 1980, la eliminación de los institutos restrictivos (introducidos por esta) y la reincorporación de los institutos extensivos (eliminados o al menos no consultados por esta).

Lo anterior tiene singular relevancia si se advierte que el señalado texto de la Constitución de 1925/Ley N° 17.398, a diferencia de la Constitución de 1980, reconocía, a modo de ejemplo, entre otros:

(a) La educación como una función primordial del Estado; la autonomía de las universidades; y el deber del Estado de garantizar el financiamiento de tales corporaciones.

(b) Los derechos sociales, económicos y culturales (“El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humana, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional”).

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

Por otra parte, no puede perderse de vista que el constitucionalismo, en el contexto de la globalización (que trae aparejada igualmente una “globalización jurídica”), hoy ya no es un proceso histórico-jurídico individual de cada país, lo que antaño permitía distintos diseños constitucionales incluso disímiles sino contradictorios en limitadas zonas geográficas (por ejemplo, en un continente o partes de este con unidad geográfica), sino un proceso regional, continental o incluso mundial.

Coadyuva a este nuevo esquema la existencia de diversos pactos internacionales suscritos por países, ya sea de integración, económicos, de derechos humanos, etc. (y por regla general bajo el amparo de un órgano jurisdiccional), y el renacer fortalecido del estudio y referencia al Derecho Constitucional Comparado en base, entre otros, a las nuevas tecnologías, que permiten un expedito y fidedigno acceso, en “tiempo real”, a la realidad constitucional de otros países, todo lo cual ha coadyuvado a crear cierto paralelismo en los procesos constitucionales experimentados por distintos países, especialmente cuando pertenecen a un mismo ámbito regional o a una misma tradición jurídica. Así, a modo ejemplar:

(a) En el contexto latinoamericano, podemos advertir un amplio e intenso reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, a lo que Chile hace clara excepción. De ahí que, al momento de revisar la Constitución de 1980, en relación a este punto, dable sea considerar la experiencia al respecto de los países del entorno (por ejemplo, Colombia, Ecuador, Argentina, Brasil, etcétera).

---

(b) En lo que concierne al Gobierno y Administración Interior del Estado, el Constituyente de 1980 optó por un “molde” (región/provincia/comuna) que replicó en todo el territorio nacional, en circunstancias de que existen zonas que tienen particulares características, como, por ejemplo, las extremas, las de relevancia geopolítica, las insulares interoceánicas, las ultramarinas, etcétera. El Constituyente derivado recientemente reconoció parcialmente estas especificidades en relación a Isla de Pascua y al Archipiélago de Juan Fernández, pues al efecto estableció que debían regirse por un estatuto especial (los llamó “territorios especiales”, al tenor de lo dispuesto en el art. 126 bis), el que desarrollaría una ley orgánica constitucional. Al someter a revisión en este punto la Constitución de 1980, a mi juicio, deberán necesariamente considerarse las experiencias regionales análogas, entre otras, la de Ecuador respecto de las Islas Galápagos, y la de Colombia respecto de las Islas de San Andrés y Providencia.

## **II. Aspectos especiales**

Tratados ya los aspectos generales, corresponde ahora que me refiera a los aspectos especiales que deben ser considerados en el proceso de revisión de la Constitución actualmente vigente. Tales son de forma y de fondo. Desde ya, es preciso llamar la atención sobre la igual relevancia de unos y otros; enfatizo esto, pues podría pensarse que la forma no interesa sino solo el fondo. Estimo que tal predicamento puede quizás alegarse en cualquier ámbito de cosas, mas no en el constitucional, en el cual, por el contrario, la forma, a veces, tiene más relevancia que el fondo, conforme se verá más adelante.

### **a. Aspectos de forma a considerar**

1. “Bases de la Institucionalidad”, “Capítulo Preliminar” o “Preámbulo”.

Cabe, en primer lugar, resolver si es preciso mantener un Capítulo I intitulado “Bases de la Institucionalidad”, como precisa la Constitución actualmente en vigor, o considerar solo un “Capítulo Preliminar” o un “Preámbulo”. La diferencia de estas opciones radica en que la existencia de un Capítulo I intitulado “Bases de la Institucionalidad” le reconoce a las prescripciones que en él se contengan, un carácter preeminente en el contexto de la Constitución, lo que se evidenciará, por ejemplo, en un quórum especial para su modificación, y en el carácter de principios hermenéuticos privilegiados que le conferirán a su contenido los órganos jurisdiccionales pertinentes, que en tanto tales no solo tendrán preeminencia respecto de los restantes preceptos de la Constitución, sino que serán ilustrativos sobre el correcto contenido y alcance de estos. Un “Capítulo Preliminar”, en tanto, solo destaca el carácter formalmente inicial que este tiene en el texto constitucional, sin conferirle necesariamente ninguna de las características señaladas precedentemente (por tanto, los preceptos que en él se

contengan deberán ser interpretados en relación con los otros, que no se hallen en dicho Capítulo, sin darles, por lo pronto, ninguna preferencia, y solo evitando, como es regla de hermenéutica constitucional, que cualquiera de ellos sea privado de efectos). Un “Preámbulo”, a su vez, le restaría carácter normativo propiamente dicho a su contenido pero le conferiría un rol que podría calificar de *indicativo*, mismo que tendría singular relevancia en lo que concierne a la interpretación de la Constitución.

La solución de este dilema, conforme se observa, radica en cuál es el objetivo que el Constituyente quiera dar al contenido que habitualmente se halla en el primer articulado de la Constitución; en efecto, si es otorgarle el carácter de vinculante y privilegiado, será como “Bases de la Institucionalidad”; si solo vinculante y sin conferirle un carácter privilegiado, será como “Capítulo Preliminar”; y sin carácter vinculante pero particularmente relevante en el plano de la hermenéutica constitucional, en tanto tendría un carácter *indicativo* de su articulado, como “Preámbulo”.

2. Precisar principios, cualesquiera sean estos, en relación a los “órganos del Estado”, a la “Administración del Estado”, o a la “función pública”, o en forma diferenciada a los tres anteriores, directamente en la Constitución o remitirlos a la ley, cualquiera sea el rango.

Conforme he señalado, la Constitución es una norma directamente vinculante que, por lo general, debe establecer principios y excepcionalmente reglas (aquellas cuya singular relevancia amerita su inclusión). Entre tales principios, deberá contener los que deben observar los órganos del Estado, entre ellos su Administración. Ahora bien, sin entrar a analizar cuáles son tales principios, la Constitución de 1980 cuando precisa los sujetos pasivos de ellos (vale decir a quienes les afectan y vinculan), emplea distintas referencias, tales como: “los órganos del Estado”, la “Administración del Estado”, la “función pública”, etc., cuya falta de uniformidad o sistematicidad genera relevantes problemas a la hora de la interpretación constitucional, toda vez que tales sujetos pasivos no coinciden necesariamente. Así por ejemplo, hay órganos del Estado que no son parte de su Administración e individuos que ejercen función pública y que no integran ni la Administración ni los órganos del Estado. De ahí que sea necesario uniformar el lenguaje de la Constitución en relación a esta materia, a fin de que el sujeto al que se quiere vincular cierto principio sea fácilmente identificable. Pensemos, por ejemplo, en el principio de probidad; si este se entiende como un principio que vincula solo a la Administración del Estado, dable es colegir que solo afecta al funcionario público (excluyendo al agente estatal vinculado mediante un convenio de honorarios) y no a los particulares que por distintas razones ejercen función pública-administrativa, ni a los restantes órganos del Estado; al contrario, si lo entendemos referido a la función pública, su radio de acción será mayor y comprenderá estas últimas hipótesis.

---

En este sentido estimo debe considerarse lo que sigue: (a) las expresiones más amplias son “función pública”, “órganos del Estado” y la más restringida “Administración del Estado”; (b) la “Administración del Estado”, en todo caso, está comprendida en la expresión “órganos del Estado”, razón por la que los principios que a estos afectan, implícitamente también la afectan a ella; (c) la “Administración del Estado” ejerce función público-administrativa, así como también algunos particulares (creados o no por la propia Administración), de ahí que a estos últimos les afectan los principios referidos a la función pública, mas no, en principio, los referidos a la Administración del Estado, al menos si esta se entiende en su forma habitual, vale decir, en un sentido orgánico; (d) es conveniente que, en sede constitucional, se reconozcan, por una parte, los principios que afectan a los órganos del Estado, y por otro, a la Administración del Estado; y (e) los principios que rigen a la Administración del Estado pueden tener reconocimiento en sede constitucional o legal. El criterio para distinguir entre una y otra sede (constitucional y legal), ha de ser la relevancia y la globalidad del principio (en tanto rige a la Administración y a todo su actuar). Así, por ejemplo, conforme a ese criterio, los principios de eficiencia y eficacia debieran tener consagración constitucional, más los principios que rigen, por ejemplo, al procedimiento administrativo o la publicidad y transparencia, solo legal.

### 3. Orden de los Poderes: “Gobierno - Congreso Nacional” o “Congreso Nacional – Gobierno”

Este es un aspecto formal (demasiado formal quizás) que podría ser entendido casi como de *estética jurídica*, pero, a mi juicio, conforme señalara con anterioridad, ningún aspecto de la Constitución, puede ni debe ser descuidado y menos cuando se refiere, incluso si es en forma implícita, a la preeminencia de estos dos Poderes, eminentemente políticos, del Estado e históricamente en pugna: el Gobierno y el Congreso Nacional.

Sobre el particular, cabe tener presente que la Constitución de 1980 es la primera que, en la historia constitucional chilena, innova en este aspecto, en tanto, en su parte orgánica, consulta, en primer lugar, al “Gobierno” —Capítulo IV— y luego al “Congreso Nacional” —Capítulo V—, ya que todas las constituciones anteriores le daban preeminencia, en dicho orden, al “Congreso Nacional” respecto del “Poder Ejecutivo” o “Presidente de la República”, conforme señalaban los títulos respectivos. En efecto, tales constituciones partían del supuesto de que la función administrativa era ejecución de ley y, en razón de ello, no podían sino situar al órgano que tenía encomendada su ejecución (Poder Ejecutivo o Presidente de la República) luego del Congreso Nacional, del cual la ley emanaba (esto es, la decisión que por aquel debía

ser ejecutada). Por su parte, la Constitución de 1980 implícitamente entendió que la función administrativa, que corresponde prioritariamente al Presidente de la República, no es solo ejecución de ley, sino que es más amplia y comprende otra anterior a ella: el Gobierno, y precisamente así intituló el Capítulo IV, mismo que sitúa antes del referido al Congreso Nacional.

Por tanto, el señalado orden está ligado estrechamente a la preeminencia o no, que se otorgue, en el contexto del articulado de la Constitución, a un poder sobre el otro.

4. Título del capítulo de la Constitución que se refiere a la Administración: “Gobierno”, “Administración del Estado”, “Gobierno y Administración del Estado”, “Poder Ejecutivo” o “Presidente de la República”.

En el mismo sentido de lo señalado precedentemente, el título del capítulo de la Constitución en el que se haga referencia a la Administración del Estado, no es irrelevante. En efecto, sería errado intitularlo “Poder Ejecutivo” o “Presidente de la República”, conforme ha acontecido en la historia constitucional chilena, y así fue determinado por la Comisión de Estudio del Anteproyecto de la Constitución de 1980. La primera de tales expresiones, lejos de enfatizar el carácter de poder preeminente que tendría, lo subordina a otro, que decide previamente lo que aquel ejecuta (el Congreso Nacional a través de la ley) y, a su vez, la segunda de ellas, obvia el hecho de que las funciones prioritarias del Presidente de la República, ya sean de gobierno o administración, no son ejecutadas solo por aquel, sino que al efecto precisa de un complejo orgánico que denominamos Administración del Estado, misma que con esa expresión es impropriamente *invisibilizada*. En mi opinión, la expresión correcta es, por cierto, la que contiene el Capítulo IV de la Constitución de 1980: “Gobierno”, por las razones apuntadas en el número anterior, mas pareciera ser necesario, también, destacar la administración-función y la Administración-organismo, que hoy resulta prácticamente ignorada en dicha Constitución o, al menos, no destacada en los términos que precisa conforme impone su singular relevancia, sin que modifique este juicio el título del último párrafo del señalado capítulo (y la referencia que a ella realiza el art. 38). En lo personal, subsanaría lo anterior intitulando dicho capítulo no solo como “Gobierno”, sino como “Gobierno y Administración del Estado”, sin perjuicio de que en otro capítulo se contenga la regulación pertinente al Gobierno y Administración Interior del Estado, y así se intitule.

5. “Administración del Estado”, “Administración Pública” o “Administraciones del Estado o Públicas”.



---

La Constitución de 1980 empleó dos expresiones para referirse a esta materia: “Administración del Estado” y “Administración Pública”. Se trata de dos expresiones que, conforme a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República en la época en que se extendió el trabajo de la respectiva Comisión Constituyente, tenían alcances distintos: mientras la expresión “Administración del Estado” comprendía a los órganos de la Administración personalizados o no, la expresión “Administración Pública”, solo a los órganos no personalizados, que actúan bajo la personalidad del Fisco y que se encuentran bajo un vínculo de tutela respecto del Presidente de la República, esto es, lo que comúnmente se denomina “Administración Central”. En efecto, la Sentencia Rol N° 39 del Tribunal Constitucional tuvo que determinar el alcance de estas expresiones, empleadas indistintamente por la Constitución, optando por otorgarles el carácter de sinónimas y precisando que aludían a un concepto amplio de Administración (“Administración del Estado”).

A fin de evitar, por tanto, cualquier duda en torno a la expresión empleada por la Constitución al respecto, preciso es uniformar la referencia a esta en torno a una sola expresión, la que puede ser la de “Administración del Estado”. En este sentido, podría emplearse igualmente la expresión “Administraciones del Estado”, la que a diferencia de la anterior destacaría, por una parte, que dicha Administración, en rigor estricto, está integrada por un conjunto de órganos administrativos y, por otra, que, si bien estos cuentan con un régimen jurídico basal uniforme, cada cual cuenta, a su vez, con regímenes jurídicos específicos.

6. ¿Deben tener algunos órganos de la Administración un capítulo propio en la Constitución? Si la respuesta fuera afirmativa: ¿Cuáles? ¿Banco Central, Contraloría General de la República, Gobierno y Administración Interior, Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública u otros?

La Constitución de 1980 se refiere a la Administración del Estado prioritariamente en el art. 38, dentro del último párrafo del Capítulo IV, remitiendo a una ley orgánica constitucional la regulación de su organización básica, mas algunos de los órganos que la integran son tratados en capítulos de la Constitución (por ejemplo, Banco Central, Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, etc.), con lo cual el Constituyente no solo exaltó la relevancia que les ha conferido, quedando así formalmente homologados a otros órganos del Estado (por ejemplo, Gobierno, Poder Judicial, Ministerio Público), sino que, en ciertos aspectos, petrificó su normativa, en tanto la Constitución es de difícil modificación en comparación a la ley.

Así las cosas, en relación a ciertos órganos de la Administración del Estado, sí puedo entender la necesidad de que tengan normativa especial y mínima en sede constitucional, lo que se puede plasmar en uno o más artículos o incisos, pero no así que dispongan de un capítulo, pues, en los casos que correspondan, parece inferirse, a *prima facie*, una impropia autonomía respecto del Presidente de la República (por ejemplo, en el caso de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública) y, a su vez, una incorrecta idea de que no integran la Administración del Estado, sin perjuicio de las particularidades de su régimen jurídico, lo que es, a todas luces, erróneo. En estos casos quizás lo prudente sea perseverar en cuanto a que exista un capítulo intitulado “Gobierno y Administración del Estado” y que dentro de él, a mayor abundamiento que el actual, en uno o más preceptos, se precisen las singularidades de estos órganos de la Administración; así, por ejemplo, respecto de las Fuerzas Armadas y Carabineros, es necesario resaltar, en sede constitucional, en uno o más artículos, mas no en un capítulo, entre otros asuntos, que estas son esencialmente obedientes y no deliberantes, remitiendo su regulación de detalle a normas legales, según el rango que se determine.

## **b. Aspectos de fondo a considerar**

### 1. Concepto de la función administrativa.

Un problema de singular relevancia en la doctrina administrativista nacional ha sido determinar cuál es el concepto de la función administrativa a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, función que, valga la aparente redundancia, sirve la Administración del Estado. La Constitución de 1980 no precisó expresamente su concepto, sin perjuicio de que de su contexto puedan distinguirse algunos de sus elementos, por ejemplo, que no se limita a la mera y simple ejecución de la ley, que debe estar al servicio de la persona humana, que respeta y promueve, entre otros, los derechos garantizados por la Constitución, etc. De ahí que estimo conveniente, en el marco de esta revisión de dicha Constitución, incorporar a su texto un concepto genérico y omnicomprensivo de la función administrativa, lo que permitiría si no superar la discusión doctrinaria que al respecto aún existe, al menos delimitar el radio de acción de la Administración del Estado en relación a otros órganos de este, y fijar los fines de la Administración, mismos a los cuales debe dirigir su actuar y que, en ciertas hipótesis, además, constituyen un deber propiamente dicho en ese sentido.

Tentativamente, la Constitución podría señalar, por ejemplo, que “La Administración del Estado sirve con objetividad los intereses generales”, concepto del cual se inferiría un reconocimiento implícito de otros principios o reglas básicas de la Administración, como, por ejemplo, el principio de probidad y el de interdicción

---

de la arbitrariedad, la necesidad de que el ejercicio de las potestades públicas se conformen a un procedimiento administrativo, que dicho ejercicio se evidencie en un acto administrativo y que este en tanto tal, deba ser fundado, etcétera.

2. No “administrado”, sino un usuario.

La Constitución para referirse a quien se halla en relación con el Estado y con su Administración, emplea la expresión “persona” y, doctrinariamente, a ella, en referencia a la Administración, se la denomina “administrado”. En este contexto, estimo pertinente preguntarse cuál es la correcta expresión para referirse, en sede constitucional, a este. Sobre el particular, cabe tener presente la necesidad de resaltar, hoy por hoy, el rol prestacional del Estado y asimismo de su Administración, en relación a aquel y, además, el estándar de calidad conforme al cual dicho rol debe ser servido. Bajo ese predicamento, estimo conveniente referirse, en sede constitucional, al “administrado” como “usuario”, pues esta expresión tiene la ventaja de reconocer que aquel puede usar (los servicios que, a su vez, le deben ser prestados por la Administración), que otro debe servir, estando obligado a ello (la Administración) y que este debe hacerlo cumpliendo satisfactorios estándares de calidad (o a lo menos hacerlo en forma regular y continua). En efecto, la expresión “usuario” proviene del ámbito del Derecho del consumo (o por lo menos allí es donde ha encontrado mayor desarrollo), mismo que habiendo sido reconocido en sede constitucional en otros países, establece la unicidad de los derechos de los consumidores o usuarios cualesquiera sean los respectivos prestadores, públicos o privados. Lo anterior importa introducir un plexo de derechos y garantías a favor del usuario, otrora “administrado”, en el ámbito del Derecho Administrativo, todo lo cual se halla en correspondencia con el creciente imperativo del principio de la buena administración.

3. Señalar, en sede constitucional, los principios que deben observar los órganos del Estado, y por añadidura la Administración del Estado; por ejemplo, la interdicción de la arbitrariedad, la seguridad jurídica, la jerarquía normativa, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos y la responsabilidad patrimonial del Estado.

Un aspecto crítico de la Constitución actualmente en vigor es, a mi juicio, el hecho que, por una parte, no precisa, en forma taxativa, para mayor claridad, todos los principios que deben observar los órganos del Estado, y por otro, que muchos de los principios reconocidos lo están en términos muy acotados, sin la extensión que por su importancia precisan, ya sea con un concepto excesivamente restrictivo o formalista, solo en relación a ciertos órganos o funciones, o en referencia exclusiva

a determinados derechos o garantías. Así, por ejemplo, la Constitución de 1980: (a) no explicita el principio de jerarquía normativa; (b) cuando se refiere a la interdicción de la arbitrariedad de los órganos, parece circunscribirla solo al derecho a la igualdad ante la ley (arts. 19 N° 2 y 22), en circunstancias que, en rigor estricto, dicho principio rige incluso cuando no guarda relación con el señalado derecho; (c) cuando se refiere al principio de la irretroactividad de la ley desfavorable, lo hace solo en referencia a la ley penal, en circunstancias de que debiera comprender a cualquiera otra de naturaleza punitiva (por ejemplo, la ley sancionadora en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador) y, en general, a todas las leyes restrictivas de derechos; (d) nada dice en relación a la seguridad jurídica y con ello tampoco respecto del principio de respeto a la confianza legítima de los ciudadanos; y (e) nada dice, en términos expresos, en relación al principio de responsabilidad patrimonial del Estado, cuestión que destacaré más adelante.

En este sentido estimo conveniente que se reconozcan como principios generales del Derecho Público chileno, taxativamente, en sede constitucional, a los de interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, jerarquía normativa, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos y responsabilidad patrimonial del Estado.

4. Señalar, en sede constitucional, los principios que debe observar la Administración del Estado: por ejemplo, principios de eficacia, eficiencia, jerarquía, coordinación, sometimiento a la ley y al Derecho.

La Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado precisa, en sus arts. 2° y 3°, los principios que rigen a dicha Administración (entre ellos: legalidad/juridicidad, responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos de control, probidad, transparencia y publicidad administrativa, y participación ciudadana en la gestión pública), mas por su relevancia y generalidad (afectan a la Administración en todo su actuar) estimo que algunos de ellos debieran estar consagrados en sede constitucional, tal como, por ejemplo, los principios de eficacia, eficiencia, jerarquía, coordinación, sometimiento a la ley y al Derecho, participación ciudadana en la gestión pública, etc. Lo anterior, por cierto, es sin perjuicio de los principios que le afectan implícitamente en su calidad de órgano del Estado y los que se establezcan, por carecer de dicha relevancia y generalidad, en sede legal.

5. Materias que se remiten a leyes de quórum especial.

A su vez, la Constitución deberá determinar —y precisar— las materias referidas a la Administración del Estado cuya regulación correspondan a leyes de

---

quórum especial (leyes orgánico constitucionales o de quórum calificado). Cabe tener presente que la referencia que, en sede constitucional, se efectúa a estas materias, debe ser muy precisa, y que deberá ser interpretada siempre en términos muy restringidos, por constituir una excepción a la regla general en cuanto al quórum exigido para la aprobación de las leyes (como ley común) y por constituir, en cierto modo, una limitación al principio democrático (reconocido ampliamente en el art. 4° de la Constitución). Así, por ejemplo, no es dable entender que una modificación a la planta de funcionarios del Servicio Electoral deba efectuarse a través de una ley orgánica constitucional, haciendo una interpretación extensiva del art. 18 de la Constitución (que dispone que la organización y funcionamiento del sistema electoral público es materia de ley orgánica constitucional); y tampoco entender que materias inicialmente reguladas por ley orgánica constitucional, sin ser tales, por ese solo hecho, no pueden sino que ser modificadas por una ley de dicho rango.

#### 6. Ministros y jefes de servicios con rango de Ministro / Vicepresidente de la República.

En cuanto a los Ministros de Estado, estimo que la Constitución debe precisar, por una parte, si deben ser entendidos tales los jefes de servicio que tienen rango de ministro (la figura cada vez es más empleada por el Legislador), pues ha habido, en el último tiempo, jurisprudencia variable y a su vez confusa sobre el punto (cuestión de singular relevancia, por ejemplo, a fin de determinar si dicho jefe de servicio debe concurrir con su firma en el decreto que autoriza el uso del denominado 2% constitucional —art. 32, N° 20— o en los decretos de insistencia —art. 99, inciso 1°—).

Asimismo, estimo necesario que la prelación de Ministros de Estado para desempeñarse como Vicepresidente de la República, sea señalada en la Constitución, al menos en lo que dice relación con los primeros de ellos, aun cuando solo recoja lo que la actual ley previene al respecto, y no se efectúe una remisión amplia a esta (tal como la que efectúa actualmente el art. 29), dada la singular relevancia que tiene dicho cargo y la práctica constitucionalmente dudosa en la que algunos gobiernos han incurrido al respecto al no conformarse estrictamente a la señalada prelación legal.

#### 7. Defensor del Pueblo.

La relación Administración del Estado—“administrado(s)”, es cada vez más compleja. Ello se debe esencialmente al hecho de que se han reconocido a este o estos últimos, derechos de diversa naturaleza, muchas veces muy precisos, e incluso identificándose en sede normativa (ley, reglamento, etc.) específicos estándares de calidad que ella debe satisfacer. Dentro de este contexto, es necesario que el mecanismo a fin de exigir tales derechos o actuaciones de la Administración, no solo se canalice

a través de la clásica vía jurisdiccional, sino que, y sin perjuicio de ella, a través de otras, por ejemplo, la intermediación por el “administrado” ante la Administración de un órgano, reconocido en sede constitucional, dotado no de *potestas* sino de *auctoritas*: el Defensor del Pueblo (del que hace las veces, actualmente, la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas).

8. Reconocimiento constitucional de la autonomía de las universidades/El deber de financiamiento del Estado al menos respecto de las universidades estatales.

Las universidades, no obstante su importancia, fueron completamente olvidadas por el Constituyente de 1980. Así las cosas, estimo de singular relevancia que la Constitución reconozca la autonomía universitaria (sin perjuicio de que su alcance sea precisado por la ley), así como también un compromiso financiero del Estado con tales corporaciones, en especial con las de naturaleza estatal.

9. Categoría especial de servicios públicos: “agencias”.

Reconociendo, por lo pronto, la existencia de un conjunto de servicios públicos con características especiales, en tanto tienen encomendado el control externo de un determinado ámbito sectorial y que en razón de ello están dotados con diversas potestades (por ejemplo: inspectora, sancionadora, jurisdiccional, normativa e interpretativa —en sede administrativa— de la ley), tal como acontece con las denominadas “superintendencias”, estimo de singular relevancia que, atendida la creciente importancia que estos órganos administrativos tienen en el desarrollo económico del país y en la credibilidad internacional de este, así como las singulares potestades con las que estos cuentan, en sede constitucional, se les consulte un régimen jurídico básico, en uno o más artículos, insertos en el capítulo referido al Gobierno y a la Administración del Estado, mismo que, por ejemplo, precise la autonomía de estos, las características generales de sus órganos directivos, etcétera.

10. Reconocimiento constitucional de los pueblos originarios.

El eventual reconocimiento constitucional de los pueblos originarios no puede quedarse solo en ello, sino que precisa, además, que se plasme en una nueva institucionalidad, especialmente en el ámbito de la Administración del Estado, misma que parcialmente puede reconocerse en sede constitucional. En este contexto, podría consultarse, en dicha sede, un régimen especial de gobierno y administración de los territorios en los que ellos ancestralmente habitan, en términos análogos a lo que, hasta el momento, ha establecido el Constituyente derivado en relación a la Isla de Pascua, o lo que es lo mismo, en relación con el pueblo Rapa Nui o pascuense, al conferirle a

---

dicho territorio insular el carácter de “territorio especial”, en los términos dispuestos en el art. 126 bis, mismo que remite su regulación a lo que precise una ley orgánica constitucional; asimismo, podría consultar un organismo, en el cual dichos pueblos estén suficientemente representados, a modo de Consejo, y a través del cual se canalicen sus demandas respecto del Estado y sus órganos.

11. Permitir una mayor potestad autoorganizatoria a la Administración del Estado.

Si bien es una tendencia, misma que ha validado el Tribunal Constitucional últimamente, estimo relevante reconocer en términos amplios una potestad autoorganizatoria a los órganos de la Administración del Estado, a fin de que, entre otras materias, no todos los empleos rentados deban ser fijados y suprimidos exclusivamente por ley, sino que permitir ámbitos de discrecionalidad a la Administración, fundados en el correcto y mejor servicio público (como ya acontece con algunos), todo ello en razón de la mutabilidad esencial de los intereses que esta debe atender, fenómeno que cada vez es más intenso, y la necesidad de focalizar la labor legislativa en materias de mayor relevancia. Ciertamente, el Legislador deberá establecer un marco jurídico en cuya virtud el jefe del respectivo servicio pueda hacer ejercicio de esta potestad de autoorganización, precisando los recaudos que sean pertinentes.

12. Intendente.

Algunos han planteado que el Intendente no debe ser designado por el Presidente de la República, tal como prescribe al efecto la Constitución de 1980, sino que elegido por sufragio universal en votación directa (por los votantes de la respectiva región). En mi opinión, en este punto, no es conveniente la innovación propuesta, pues el Intendente, entendido como el representante natural e inmediato del Presidente de la República en el territorio de su jurisdicción (art. 111, inciso 1º), permite, por una parte, mantener el carácter unitario del Estado (art. 3º, inciso 1º) y, por otra, el correcto y oportuno ejercicio por parte del Presidente de la República, en el ámbito regional, de sus atribuciones referidas al gobierno y administración del Estado (art. 24).

13. Áreas metropolitanas: “Alcalde Mayor”.

En las áreas metropolitanas, por ejemplo, el Gran Santiago, estimo conveniente establecer, en sede constitucional, un órgano cuyo objeto central sea la coordinación de las municipalidades existentes en tales áreas, que podría ser llamado “Alcalde Mayor”, sin que por ello la autonomía consustancial de estas sea afectada.

#### 14. Territorios especiales.

Reconociendo las particularidades del territorio nacional y con ello las dificultades que imponen su gobierno y administración, estimo necesario que se establezcan regímenes especiales que hagan excepción al sistema de gobierno y administración interior que conforman las regiones y provincias y comunas. En este sentido se encardina, por cierto, el actual art. 126 bis de la Constitución, en cuanto precisa un régimen excepcional para los denominados “territorios especiales”, mismos que entiende referidos solo y exclusivamente a los territorios insulares interoceánicos de Isla de Pascua y del Archipiélago de Juan Fernández, cuyos estatutos ha encomendado sean fijados por una ley orgánica constitucional. En este contexto, cabe preguntarse si es dable establecer dicho régimen especial también en relación a otros territorios, distintos a los señalados, y por otras especiales características (no por su carácter insular interoceánico), por ejemplo, por el carácter de zona extrema, o de relevancia geopolítica, o por unidad étnica, etcétera.

#### 15. Referendo revocatorio, por ejemplo, en el plano municipal.

Las instancias de participación ciudadana debieran incrementarse en términos tales que se llegue a admitir hipótesis de referendo revocatorio. Dado lo inédito que ello sería en nuestro sistema institucional, estimo que debiera establecerse, en sede constitucional, primeramente a nivel municipal, dado el carácter formativo que dicha instancia tiene en el quehacer ciudadano. En el mismo sentido y objetivo, podría, por ejemplo, reconocerse, igualmente, en sede constitucional, el carácter vinculante de los plebiscitos comunales, y la iniciativa ciudadana en lo que concierne a ordenanzas municipales.

#### 16. Funcionarios del Estado y municipalidades: derecho, con particularidades, a la sindicación, negociación colectiva y huelga (salvo Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública).

La Constitución de 1980 prescribe que no cabe la sindicación, negociación colectiva ni huelga de los funcionarios del Estado y de las municipalidades (art. 19, N° 16, inciso final), mas es una práctica permanente de estos, ya sea a nivel de servicios, sectores o de la Administración en general, la paralización de actividades en demanda de mejores remuneraciones o condiciones laborales. Así las cosas, en los hechos, el servicio público, caracterizado por su carácter regular y continuo, se torna, por estas paralizaciones, irregular y discontinuo, con grave afectación a los derechos de los usuarios. De ahí que sea necesario, en mi opinión, sincerar la discusión y reconocer,



---

en sede constitucional, con ciertas particularidades, la sindicación, la negociación colectiva y el derecho a huelga de los funcionarios del Estado y municipalidades, manteniendo, eso sí, su proscripción en relación a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.

17. Derecho de petición: el deber de la autoridad de responder.

Estimo que el derecho de petición (art. 19, N° 14), pilar básico a través del cual se estructura el derecho a la participación ciudadana, debe consultar necesariamente, en sede constitucional, el deber del órgano del Estado requerido, de responder, de suerte tal que su infracción genere efectos jurídicos que la ley precise, como, por ejemplo, sanciones de naturaleza disciplinaria.

18. Sanciones administrativas.

Estimo que es necesarísimo, atendida la importancia creciente que ha ido adquiriendo el Derecho Administrativo Sancionador, como rama del Derecho Administrativo destinada a limitar el ejercicio por parte de la Administración de las potestades sancionadoras conferidas expresamente por la ley, que la Constitución, por una parte, reconozca su existencia, de suerte tal, que de esa forma se superen las posiciones críticas en cuanto a su constitucionalidad (en el entendido que cuando la Administración sanciona, juzga, lo que sería de resorte exclusivo de los Tribunales de Justicia) y, por otra, fije las limitaciones a las que debe conformarse su ejercicio, simplemente precisando su cercanía o no con los principios inspiradores del orden penal.

19. Responsabilidad patrimonial del Estado.

Estimo de singular relevancia que, en sede constitucional, se reconozca el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, esto es que aquel no tiene reconocidas de antemano parcelas de irresponsabilidad. Lo anterior permitiría evitar cualquier interpretación que planteara, frente a falta de previsión legal expresa en cuanto a la regla de responsabilidad patrimonial del Estado (factor de atribución), que este es irresponsable.

20. Orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En mi opinión, es una necesidad de primer orden el establecer en Chile un orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en tanto garantía que es del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta ha sido la decisión adoptada por el Constituyente de 1925 y 1980, mas remitieron el desarrollo de dicha judicatura a una ley, misma

que nunca vio la luz, y que el Constituyente derivado, en 1989, modificó (confiriendo competencia a los tribunales ordinarios sobre tales materias) solo para evitar la desprotección en la que quedaron los particulares bajo el amparo de la Constitución de 1925, conforme fue la jurisprudencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia de entonces. Por ello, entendiendo que el interés del Constituyente es establecer un orden jurisdiccional contencioso-administrativo, quizás sea preciso, en lo sucesivo, para que estos efectivamente se instalen, que este, excepcionalmente, precise las reglas básicas de dicho orden, ya sea en el texto permanente o transitorio de la Constitución, de suerte tal que no requiera, para su establecimiento, de la colaboración legal. Lo mismo aconteció durante la vigencia de la Constitución de 1925 con el derecho a indemnización por concepto de error judicial y de esa forma lo remedió el Constituyente de 1980 (estableciendo un precepto constitucional autosatisfactorio, art. 19, N° 7, letra i), que precisara de tal forma el instituto que no necesitara para su operatividad del desarrollo legislativo).

## **Conclusiones**

A la luz de lo señalado, puedo concluir que la revisión de la Constitución de 1980, en lo que concierne a la Administración del Estado, debe considerar aspectos generales, tales como la limitada incidencia de la Constitución en la configuración normativa de la Administración del Estado, la historia constitucional chilena y el Derecho Constitucional Comparado.

Asimismo, en dicho cometido, deben considerarse aspectos especiales de forma, tales como si se establecen “Bases de la Institucionalidad”, un “Capítulo Preliminar” o un “Preámbulo”; cómo se identifica el sujeto pasivo de los principios que señale (“órganos del Estado”, “Administración del Estado”, “función pública”, etcétera); el orden de los Poderes que adopte (“Gobierno-Congreso Nacional” o “Congreso Nacional-Gobierno”); el título del capítulo que se refiera a la Administración (“Gobierno”, “Administración del Estado”, “Gobierno y Administración del Estado”, “Poder Ejecutivo” o “Presidente de la República”) así como también aspectos especiales de fondo, tales como qué concepto de función administrativa debe contener; qué expresión emplear para referirse al “administrado”; qué principios deben observar los órganos del Estado; qué principios debe observar la Administración del Estado; qué materias referidas a la Administración del Estado se remiten a leyes de quórum especial.

---

## **Bibliografía**

MODERNE, Franck (2006): *“Réviser” la Constitution, Analyse comparative d`un concept indéterminé*, Dalloz, Paris.

PAINE, Thomas (1996): *Los Derechos del Hombre*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.

# ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y NUEVA CONSTITUCIÓN

Enrique Rajevic Mosler

## Introducción

¿Cuáles debieran ser las bases constitucionales de la Administración del Estado en una nueva Constitución —una nacida en democracia— en lo relativo al control, examinando en particular la situación de la Contraloría General de la República y los Tribunales Contencioso-Administrativos?

Si uno hace un repaso de las bases que para la Administración consagra la Constitución vigente (en adelante, CPR) puede mencionarse la del Estado servicial (art. 1, inciso 4º), unitario (art. 3º) y democrático (arts. 4º, 5º, 6º, 8º y 38, inciso 1º), la discutible noción de subsidiario (art. 1º, inciso 3º) y la clásica de Estado de derecho (arts. 6º y 7º). En el contexto de esta última base se encuentran el principio del control (arts. 6º y 7º, incisos finales, 19 N° 3, 38, inciso 2º, y 76, inciso 2º), la nulidad de derecho público (art. 7º, inciso 2º), la garantía de indemnidad patrimonial (arts. 6º, inciso 2º, 7º, inciso 2º, y 38, inciso 2º) y el principio de juridicidad (arts. 6º y 7º inciso 1º).

Este bloque encierra nociones muy polémicas y como algunas han sido examinadas en otros artículos de este libro no me referiré a todas ellas. En rigor, debiera centrarme solo en las que se asocian más directamente con el control, pero aun así quisiera partir haciendo una mención a las materias de la Administración del Estado sujetas a quórum especiales —y comentar sus efectos— para luego seguir con el empleo público, la diferenciación entre Gobierno y Administración y el rol de la Contraloría y la creación de Tribunales Administrativos. Cierro esta ponencia con otras cuestiones puntuales que estimo una nueva Constitución debiera abordar.

## 1. El ámbito orgánico constitucional en la organización de la Administración Pública

Uno de los puntos críticos que ha generado la discusión acerca de una nueva Constitución es el cerrojo que las reglas constitucionales vigentes han tendido sobre temas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y que impide que en ellos opere la regla de mayoría, dando un derecho de veto implícito a la minoría. Entre otros instrumentos esto se ha logrado a través de las leyes de quórum supramayoritario,

---

particularmente las de rango orgánico constitucional (en adelante, LOC).<sup>1</sup> Esto ocurre con la Administración del Estado en las siguientes materias:

- a) Con rango orgánico constitucional, que equivale a que las leyes respectivas deben aprobarse, modificarse o derogarse por las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio, esto es, un 57,1% de aquellos (art. 66, inciso 2º, CPR), quedando sujetas al control preventivo obligatorio del Tribunal Constitucional (art. 93 N° 1 CPR), deben regularse:
  - i. La “organización básica” de la Administración del Estado y la “carrera funcionaria”, en virtud del art. 38 CPR;
  - ii. Las funciones de la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), conforme el art. 98 CPR; y
  - iii. Los temas nucleares de municipalidades,<sup>2</sup> Gobiernos Regionales,<sup>3</sup> Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública<sup>4</sup> y Banco Central.<sup>5</sup>
- b) Con rango de quórum calificado, esto es, que deben aprobarse, modificarse o derogarse por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (art. 66, inciso 3º, CPR), deben regularse:
  - i. La organización, funciones y atribuciones del Consejo Nacional de Televisión (art. 19 N° 12, inciso 6º, CPR);
  - ii. El desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado y sus organismos o su sola participación en ellas, además de las excepciones que tengan respecto de la legislación común (art. 19 N° 21 CPR); y
  - iii. Las hipótesis de secreto o reserva de actos y resoluciones de la Administración y la determinación de quienes deben declarar sus intereses y patrimonio en forma pública y delegar a terceros la administración de los bienes y obligaciones que les supongan conflicto de interés en el ejercicio

---

1 Sobre este tema véase MUÑOZ (2006) y ATRIA (2013), pp. 46-51.

2 Por ejemplo, sus funciones y atribuciones, la participación de la comunidad local en las actividades municipales, su asociatividad (art. 118 CPR), la organización, funcionamiento y atribuciones del concejo (art. 119 CPR), la potestad de crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también la de establecer órganos o unidades (art. 121 CPR), y el fondo común municipal (art. 122 CPR).

3 Como las atribuciones de los consejos regionales y de su Presidente, además de la regulación y elección de sus consejeros y la forma de transferir competencias a los Gobiernos Regionales (arts. 113 y 114 CPR).

4 Como los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros y las normas básicas referidas a carrera profesional, incorporación a las plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto (art. 105 CPR).

5 Su composición, organización, funciones y atribuciones, al tenor del art. 108 CPR.

de su función pública (o incluso enajenarlos), regulando en qué casos y bajo qué condiciones (art. 8º, incisos 2º a 4º).

Veamos el primer tema. Si leemos el art. 38 CPR veremos que encarga a la LOC determinar “la organización básica de la Administración Pública”. Para estos efectos se dictó la Ley N° 18.575, de 1986, denominada “Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado” (en adelante, LBGAE), actualmente refundida por el D.F.L. N° 1/19.653, de 2001. El título es sugestivo porque va más allá del mandato del art. 38: no es “Organización básica” sino que “Bases generales”. Esto último hace de ella la pieza de cabecera del sistema administrativo en general y no solo respecto de su organización, lo que ha llevado a asumir que contenidos que poco tienen que ver con la organización sean considerados orgánico constitucionales, con el ya señalado agravamiento de quórum y control obligatorio del Tribunal Constitucional (en adelante, TC). En parte esto ocurre porque el TC estima que su competencia de control preventivo se extiende no solo a las normas que la CPR sujeta a LOC, sino también a las que sean “complemento indispensable” de aquellas,<sup>6</sup> algo que envuelve un juicio altamente discrecional.

Analicemos como ejemplo la Ley de Transparencia (o LT). Su art. 7º establece las materias objeto de la denominada transparencia activa, o sea, la información que de manera obligatoria los servicios públicos tienen que publicar permanentemente en sus sitios web. Su inciso 1º tiene nueve literales (de la letra “a” a la “m”) que incluyen información como estructura orgánica, marco normativo, planta del personal, contrataciones, transferencias, actos y resoluciones, etc. La sentencia N° 1051/2008 del TC, que hizo el control preventivo de esta ley, declaró que todo esto es parte de la organización básica de la Administración Pública, o sea, materia de LOC, incluso la exigencia de actualizar la información “al menos, una vez al mes”. Algo sorprendente. También la definición del principio de transparencia tiene rango orgánico constitucional para el TC, al igual que la simple enunciación en el art. 10 del derecho genérico a pedir información. Pero más notable aún es que el TC se contradice con su sentencia previa Rol N° 299/1999, la que revisó la Ley N° 19.653, de 1999. En efecto, dicha ley introdujo la primera regulación sobre transparencia y acceso a la información pública entre nosotros en dos arts. nuevos, los 11 bis y 11 ter, añadidos a la LBGAE<sup>7</sup>.

6 El considerando 5º de la sentencia del TC Rol N° 38/1986 señaló que el art. 18 de la CPR denotaba “...que la voluntad del constituyente es que la citada ley tenga el rango de orgánica constitucional no solo en su núcleo esencial sino también en aquellas materias que sean su complemento indispensable, no obstante que éstas, consideradas aisladamente, sean propias de ley común”. Esta tesis ha sido aplicada posteriormente en numerosas ocasiones por el TC, por ejemplo, en el considerando 6º de la STC Rol N° 1.192/2008.

7 Corresponden a los arts. 13 y 14 del texto refundido, coordinado y sistematizado de dicha Ley, fijado por el D.F.L. N° 1/19.653, luego derogados por el art. 2º de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre acceso a la información pública.

---

Ambas normas fueron entonces consideradas de naturaleza orgánica constitucional y revisadas por el TC, pese a que no contenían normas de organización sino solo un procedimiento de acceso a la información que, en rigor, tenía rango de ley común dado que la CPR le da ese carácter a las normas “que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública” (art. 63 N° 18 CPR), como sería en este caso con el específico procedimiento de acceso. Matices más, matices menos, la actual regulación sobre acceso a la información sigue parámetros semejantes a los de 1999, claro que mucho más desarrollados, más favorables a la transparencia y con un organismo administrativo de control de naturaleza autónoma. Si obviamos esos desarrollos y comparamos las sentencias de 1999 y 2008 vemos que en la segunda se declara que es materia de ley común el plazo que tienen los servicios públicos para dar respuesta a las solicitudes de acceso de información, el soporte en que esta se entrega, los costos que pueden cobrarse y el derecho de oposición de los terceros involucrados; en la primera, en cambio, los mismos asuntos fueron declarados materia de ley orgánica constitucional, sin que el TC se dé la molestia de explicar la razón del cambio de criterio.

Otra contradicción evidente es que el texto de 1999 fijaba causales de secreto y el TC estimó que esta parte era materia de LOC. Seis años más tarde la reforma constitucional de 2005 asignó a las leyes que establecieran casos de secreto quórum calificado y no de LOC. Esto es, si la calificación de la sentencia de 1999 fue correcta (LOC) quiere decir que en 2005 el constituyente “rebajó” esta exigencia al quórum calificado. Sin embargo, eso es absurdo pues, como es bien sabido, el sentido de incluir esta norma en la CPR fue elevar y no reducir la protección de la transparencia.

Todo lo anterior viene a reflejar que el contenido de la ley orgánica constitucional que “determinará la organización básica de la Administración Pública” se confunde en la jurisprudencia del TC con el epígrafe del artículo, a saber, “Bases generales de la Administración del Estado”, dándole un contorno laxo. Pareciera que el TC prefiere esta segunda noción sin explicitarlo, tal vez porque a través de ella puede intensificar su control, con lo que deja de lado la contención que debiera mostrar en esta materia pues, al elevar los quórum, reduce los espacios de deliberación regidos por el principio de mayoría.

Adicionalmente, la organización básica que pretendió consagrar esta ley ha quedado sin cumplirse en importantes hipótesis; algunas de éstas son antiguas (como el Ministerio de Obras Públicas con sus peculiares direcciones nacionales) y otras nuevas (como el Consejo para la Transparencia creado por la Ley N° 20.285, de 2008, o los programas presupuestarios que año a año crea la Ley de Presupuestos respectiva, etc.), revelando escasa utilidad. Esto, sin considerar que importantes servicios públicos están

expresamente excluidos de la regulación básica de esta ley al asignarles la CPR una regulación especial diferente (vía LOC o LQC), como vimos arriba.<sup>8</sup>

Lo expuesto hace que resulte preferible suprimir de nuestra Carta Fundamental tanto la categoría de leyes orgánicas constitucionales como el control preventivo del TC que llevan asociada, delineando la propia Constitución el diseño básico de la Administración Pública, esto es, de los órganos de la Administración que pueden ejercer potestades públicas.

## 2. La situación del empleo público

El art. 38 CPR también encarga a una LOC garantizar “la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse”, y asegurar “tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella (a la carrera funcionaria) como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”. Adicionalmente, el art. 19 N° 17 CPR asegura la “admisión a todas las funciones y empleos públicos”.

La situación del empleo público y la carrera funcionaria, sin embargo, está lejos de estas premisas. Se supone que esta última debiese proteger al personal de la captura política, favoreciendo su imparcialidad y “eficacia indiferente”.<sup>9</sup> Pero las normas citadas han resultado perfectamente inútiles para conseguirlo. Existe un régimen de carrera descrito en la LBGAE y el Estatuto Administrativo de los funcionarios públicos de 1989 (refundido por el D.F.L. N° 29/2004), caracterizado por ingreso vía concurso, promoción reglada según mérito y estabilidad en el empleo, de manera que las personas allí incluidas no puedan perder esta calidad arbitrariamente, debiendo acreditarse su desempeño deficiente o incumplimiento de obligaciones para estos efectos. Si es del caso. Pero este sistema ha sido desplazado por empleos precarios en los últimos años gracias a la combinación de tres factores: (i) La inexistencia de una obligación legal en orden a proveer la planta de carrera; (ii) La liberación del límite del 20% para la contrata, primero vía normas transitorias que postergaron su vigencia y luego vía glosas presupuestarias que en cada servicio la dejan sin efecto, y iii) El establecimiento de una dotación máxima para cada servicio vía glosa presupuestaria que normalmente

8 Recoge tanto las exclusiones legales como constitucionales el art. 21, inciso 2°, de la LBGAE: “Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda”. Conste que este título es el segundo y tiene dos párrafos: “De la Organización y Funcionamiento” y “Carrera Funcionaria”. De allí que la exclusión de estos órganos parece sugerir que al dictarse la ley había conciencia de que solo este era el bloque orgánico constitucional y, por lo mismo, tenía sentido hacer esta excepción.

9 Sigo esta idea de GARRIDO FALLA (1980).



---

excede los cupos de la planta. Así, los servicios han orillado la carrera completando sus dotaciones anuales a través del empleo a contrata y añadiendo, además, personal a honorarios que, contra su propósito inicial, desempeñan funciones permanentes. Baste señalar que en 2000 el 56% de la dotación del Gobierno Central era de planta; en 2012, la planta apenas se empinó al 32%.<sup>10</sup> Una verdadera mutación constitucional.

Lo anterior no favorece la contratación, desarrollo y retención de funcionarios de calidad para ejecutar políticas públicas cada vez más sofisticadas. Por ello, una nueva Constitución debiese exigir que las funciones públicas sean desempeñadas por un personal que ingrese a trabajar mediante mecanismos concursales basados en el mérito y la capacidad y que funde en esos factores su desarrollo y remoción, sin perjuicio de admitir excepciones calificadas. No se trata de consagrar el régimen de carrera vigente, que en buena parte ha sido dejado de lado por sus falencias, pero sí estos rasgos centrales que admitirían un amplio desarrollo legislativo.

Adicionalmente, sería conveniente admitir la posibilidad de negociación colectiva e incluso de huelga en el sector público —respetando servicios mínimos en las áreas que no pueden dejar de funcionar, como los hospitales—, reconociendo una realidad existente y terminando una discriminación que carece de fundamento, más todavía tras la suscripción el año 2000 del Convenio N° 151, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, de 1978.

### **3. La diferenciación entre Gobierno y Administración**

Otro asunto que debiera demandar la atención del futuro constituyente es que entre nosotros la CPR encarga al Presidente y a los Ministros de Estado, indistintamente, el “gobierno y la administración del Estado”. Ello hace que ambas categorías, perfectamente diferenciables, se confundan gravemente. La primera tiene que ver con la creación y definición de políticas públicas y la segunda con la ejecución de aquellas.

En el derecho comparado existen constituciones que marcan esta diferencia. Así, por ejemplo, la Constitución española de 1978 señala en su art. 97 que “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado”, mientras su art. 103.1 dispone que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

---

10 RAJEVIC (2014).

La Constitución Francesa de 1958, en tanto, declara en su art. 20 que “El Gobierno determinará y dirigirá la política de la Nación. Dispondrá de la Administración y de la fuerza armada”.

Estas dicciones marcan la distinción y permiten entender que si bien el Gobierno dirige la Administración, esta última es un complejo organizativo diferente y que tiene señas de identidad que la diferencian de la función propiamente política. De aquí pueden extraerse interesantes consecuencias. Por ejemplo, justificar que el personal de la Administración esté caracterizado por las peculiaridades del empleo público citadas más arriba, esto es, un régimen de empleo estable que se base en el mérito y la capacidad, a diferencia del Gobierno donde pueden contemplarse sistemas con altos grados de discrecionalidad dado que la adhesión al programa es consustancial a quienes allí trabajen, como reflejo de un régimen democrático (de allí que en ese ámbito la exclusiva confianza sea la regla general). De igual modo, el sistema de alta dirección pública tendría sentido en la Administración pero no en el Gobierno, algo que ya está insinuado en el texto de la Ley N° 19.882, de 2003, que aplica este sistema a directivos de servicios “cuyas funciones sean predominantemente de ejecución de políticas públicas y de provisión directa de servicios a la comunidad” (art. Trigésimo Quinto).

En suma, dar una señal clara de la diferencia entre Gobierno y Administración exigiría al legislador configurar regulaciones distintas atendidas las características de cada segmento del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de la común sujeción de ambos al Derecho.

#### **4. Contraloría General de la República y Tribunales contencioso-administrativos**

La CGR, conforme al art. 38 CPR, “ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”. Se trata, como salta a la vista, de funciones heterogéneas. Por ello el Mensaje que dio origen a la Ley de reforma constitucional N° 20.414, de 2010, ya advertía que “es importante restarle (a la CGR) aquellas atribuciones que no miran a la médula de su función, para que así pueda concentrarse con sus recursos en las tareas que la sociedad exige de ella”, suprimiéndose sus competencias en materia de juicio de cuentas y contabilidad general de la Nación y añadiéndose la función de auditoría externa. Nada de eso prosperó y se optó por retirar esta parte del proyecto. Comparto la orientación de esa frustrada

---

reforma, pero me parece insuficiente pues estimo necesario revisar, además, la toma de razón y la potestad dictaminante, partiendo del reconocimiento de la importancia que tiene este organismo para el correcto funcionamiento de la Administración y para la vertebración de nuestro Derecho administrativo a través de la jurisprudencia que produce.

La toma de razón es un control jurídico previo, general y obligatorio, de la legalidad y constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley y resoluciones de la Administración, que realiza CGR.<sup>11</sup> Conspira contra su eficacia el alto volumen de documentos controlados, pese a la exención de toma de razón que se instrumenta a través de la Resolución N° 1600/2008 de la CGR y al procedimiento de toma de razón y registro electrónicos admitido por la reciente Ley N° 20.766, de 2014, la cual es aplicable a los actos de personal. Si revisamos las cifras de la cuenta de CGR de 2013 podemos apreciar que los actos sujetos a toma de razón sobre personal totalizan 245.384, un número francamente impresionante, pero que gracias a la tramitación electrónica demandará un trabajo inferior. Si consideramos los actos sujetos a toma de razón durante 2013 en otras materias nos encontramos con un total de 21.120, una cifra importante dado que muchos de estos actos revisten una alta complejidad en su análisis. Aunque la Ley establece un plazo de quince días para efectuar este trámite, en la práctica este no opera, pues al no aplicársele las normas de la LBPA (entre ellas las sobre silencio administrativo) puede demorar lo que CGR estime necesario. El principal problema es que al ser este un control preventivo pasa a ser un requisito para el nacimiento del acto, retrasando con ello la oportunidad de la acción administrativa. Hay que considerar que, en paralelo, CGR elabora dictámenes o pronunciamientos, contabilizándose en 2013 la emisión de 19.028. No hay indicadores de demora en la Memoria contralora, pero es evidente que la tardanza de la toma de razón puede extenderse mucho más allá de esos quince días, al igual que la emisión de un dictamen.

Por otro lado, en materia de dictámenes debe destacarse que al emitir estos pronunciamientos jurídicos CGR no debe respetar un proceso legalmente establecido ni tampoco la bilateralidad de la audiencia, si bien suele trasladar las peticiones de dictámenes a los órganos técnicos competentes para requerir su opinión. La falta de esta bilateralidad debilita la defensa de las partes. Se añaden a esto la existencia de sentencias de la Corte Suprema que han anulado estos dictámenes. Los ejemplos más claro son una serie de casos urbanísticos en que CGR declaró ilegales determinadas decisiones de la autoridad urbanística y luego la Corte Suprema dejó sin efectos tales dictámenes, por estimar que no correspondía que el ente contralor revisara el fondo de

---

11 ARÓSTICA (1991).

lo decidido, sino solo la forma.<sup>12</sup> Posteriormente la Corte *matizó este criterio pero en 2012 ha dejado sin efecto otros dictámenes afirmando que CGR “debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales”*.<sup>13</sup> En parte, esto puede explicarse por el hecho de que Contraloría ha venido con sus dictámenes a servir de contencioso-administrativo de facto, pues ni la potestad dictaminante es expresamente mencionada en el art. 98 CPR ni la LOCCGR regula el procedimiento para ejercerla, algo que los Tribunales miran con cierta suspicacia.

Paradójicamente, cuando el legislador ha tratado de restringir los poderes de control de CGR a materias puramente financieras y de personal, el TC ha advertido que esto es sin perjuicio del “control amplio de legalidad” que le corresponde al ente contralor, conforme a la Carta Fundamental, lo que viene a dejar subsistente la potestad dictaminante como si fuese una especie de garantía institucional.<sup>14</sup> Como fuera, la imagen de CGR como sustituto de una justicia contencioso-administrativa especializada está lejos de ser una alternativa homologable a aquella. Súmese a ello que el art. 21 B de la LOCCGR sustrae de CGR la revisión del mérito y conveniencia de las decisiones de la Administración, lo que dificulta el control estricto de la discrecionalidad administrativa.

Lo expuesto me lleva a pensar que, primero, es preciso separar las funciones de auditoría externa de las de dictaminar y tomar razón en órganos diferenciados ya que estas requieren competencias y prioridades diferentes. La función de dictaminar debiese reemplazarse por la creación, sobre la base de CGR, de un Tribunal contencioso-administrativo de carácter general —idealmente dentro del Poder Judicial— aprovechando al personal que hoy trabaja en las funciones homólogas. La toma de razón debiese reducirse significativamente en su ámbito aplicándose, además, la técnica del silencio positivo para ganar celeridad.<sup>15</sup>

12 La Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado —con una disidencia— que se trata de un control de “carácter puramente formal” pues en caso contrario la CGR se “... transformaría en un supra organismo que vendría a tener siempre la última decisión sobre cualquier materia” (Caso Santa Rosa de Las Condes, Rol N°8344-2005, de 25.04.2006, considerando 10°); idéntico razonamiento se contiene en el considerando 8° de la sentencia N° 3137-2006, de 25.08.2006 (Caso Plaza Las Lilas), de la misma sala y tribunal (también con disidencia) y en el considerando 14° la sentencia de la Primera Sala de este Tribunal Rol N°531-06, de 08.08.2006 (Caso Valparaíso Sporting Club), donde se afirma que “parece a esta Corte que el control de legalidad de los actos de la administración que la Contraloría realiza en uso de sus facultades constitucionales y legales, debe ser exclusivamente formal” (también con disidencia). Las tres sentencias fueron confirmadas por la Corte Suprema, la primera con una disidencia y las otras dos en forma unánime (Rol N° 2224-06, de 27.07.2006; Rol N° 4614-2006, de 05.10.2006; y Rol N°4612-2006, de 02.10.2006, respectivamente). Sobre este tema puede verse AGUERREA (2007).

13 SCS Rol N° 2791-2012, de 03.07.2012, considerando 8°, y Rol N° 5984-2012, de 06.11.2012, considerando 9°.

14 *Cfr.* las sentencias del TC Rol N° 1.032/2008, considerando 17°, en lo referente al art. 46, inc. 3°, de la que sería la Ley N° 20.255, de 2008, y Rol N° 1.050/2008, considerando 34°, en lo referente al art. 43, inc. 5°, de la que sería la LT.

15 Sigo en esto propuestas ya planteadas en RAJEVIC & GARCÉS (2009).

---

Por último, el control debiese complementarse con un nuevo organismo que evalúe la calidad de las políticas públicas, como ocurre en otros ordenamientos comparados. No bastan los controles jurídicos ni las auditorías financieras. La calidad de las políticas y del servicio prestado a los ciudadanos es cada vez más central, de manera que estos debiesen también ser recogidos en una nueva Carta Fundamental, para así lograr la institucionalidad más adecuada para estos efectos examinando los modelos comparados, la que debiera ser autónoma para cumplir su rol a cabalidad.<sup>16</sup>

## **5. Cinco apuntes finales: nulidad de derecho público, responsabilidad patrimonial de la Administración, transparencia, potestad reglamentaria y regionalización**

Finalmente, hay cinco cuestiones adicionales que por razones de espacio solo enunciaré:

Primero, pienso que se debe valorar el art. 7° de la CPR que consagra entre nosotros el principio de juridicidad y se remonta a la Constitución de 1833. Creo que este debe mantenerse modificando su inciso 3°, que actualmente señala: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. Esta redacción ha llevado a entender que hay una sanción de nulidad constitucional que la ley no puede modular. Para evitar esta conclusión preferiría el siguiente: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo. La Ley regulará los efectos y las características de esta nulidad”.

Segundo, si bien la redacción del art. 38, inciso 2°, ha generado polémicas y parte de la doctrina ha visto en él la consagración de una responsabilidad objetiva, la jurisprudencia ha terminado por rechazar esa visión. Con todo, sería importante que en la redacción de una nueva Carta Fundamental el tema se zanjara más que a través de una redacción distinta, mediante una historia fidedigna más clara.

Tercero, también estimo que debiera modificarse el art. 8° de la CPR para transformar la transparencia en principio, y así evitar que se entienda la regla del inciso 2° como un techo en vez de como un piso a la transparencia, algo que ya ha hecho en múltiples ocasiones el TC a partir de la sentencia Rol N° 2153-2011.

Cuarto, creo que debiera corregirse la idea del dominio legal máximo que tradicionalmente la doctrina identifica con nuestra Carta Fundamental. La realidad es que la forma en que se estructuró la relación ley/reglamento ha hecho que la denominada potestad reglamentaria autónoma no ofrezca nada de sí e, incluso, las comisiones

---

16 Por ejemplo, la Government Accountability Office de Estados Unidos (<http://www.gao.gov/>), el Social Policy Evaluation and Research Committee neozelandés (<http://www.spear.govt.nz/>) o la Government Chief Social Researcher’s Office de Reino Unido (<http://www.gsr.gov.uk/>).

asesoras que han sido el ejemplo recurrente de esta categoría han sido creadas por vía legislativa, esterilizando completamente esta vía como puso de manifiesto la disidencia de la STC Rol N° 2245/2012.<sup>17</sup>

En quinto lugar, hay que abordar la regionalización de una manera diferente a como aparece concebida en la Constitución vigente. La reciente elección de los Consejeros Regionales es una reforma insuficiente. Debe verse complementada con la elección del Ejecutivo del Gobierno Regional y con competencias regionales reales para aquel, lo que exigirá redefinir las potestades del Gobierno Central.

## Bibliografía

AGUERREA, Pedro (2007): “La Contraloría General de la República y el Control de los Organismos Administrativos con Competencia en Materia Urbanística. Comentario del caso ‘Santa Rosa de Las Condes’”, *Revista de Derecho Administrativo* LexisNexis, N° 1.

ARÓSTICA, Iván (1991): “El trámite de toma de razón de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho Público* N° 49.

ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa*, Santiago, LOM.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014): *Cuenta Pública 2013*.

GARRIDO, Fernando (1980): “La Institución Administrativa en la Constitución Española”, *International Review of Administrative Sciences*, N° 46.

MUÑOZ, Fernando (2006): “Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.

RAJEVIC, Enrique (2014): “*La precarización del empleo público en Chile y el mito de la carrera funcionaria*”, ponencia presentada en el 5° Encuentro Anual de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas. Santiago, 16 de enero de 2014. Disponible en <<https://>

<sup>17</sup> El art. 90 A de la Ley General de Pesca y Acuicultura, introducido por la Ley N° 20.597 (D.O. 03.08.2012), dispone: “Créase la Comisión Nacional de Acuicultura, en adelante “la Comisión”, cuya función será asesorar al Presidente de la República, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, en la formulación y evaluación de las acciones, medidas y programas que se requieran para implementar la Política Nacional de Acuicultura”. En la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2245-2012, de fecha 03.07.2012, que controló previamente el correspondiente proyecto de ley, la mayoría estimó que este precepto no era orgánico-constitucional y, por lo mismo, no debía ser examinado. Los Ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona, Gonzalo García y Domingo Hernández disintieron de ello y declararon que este precepto no era materia de ley lo que les impedía “permanecer indiferentes a eso, pues se trata de un vicio manifiesto y grave” (N° 6). La razón fue que “...estas comisiones se crean en virtud del ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República. Es decir, ni siquiera se trata de potestad reglamentaria de ejecución. El ejemplo clásico de decreto en este ámbito es, precisamente, el de estas comisiones asesoras” (N° 7), de lo que concluyen que “...el Legislativo ha invadido el ámbito reservado a dicho reglamento autónomo. Así como este Tribunal ha considerado que es inconstitucional que un decreto invada las materias propias de ley, también es inconstitucional que una ley invada las materias propias de un decreto” (N° 9).

---

[uahurtado.academia.edu/EnriqueRajevic/Papers](http://uahurtado.academia.edu/EnriqueRajevic/Papers)>.

RAJEVIC, Enrique y Fernanda GARCÉS (2009): Control de legalidad y procedimiento de toma de razón, en VV.AA. *Un mejor Estado para Chile, Propuestas de modernización y reforma*. Consorcio para la Reforma del Estado

### **Reglas citadas**

CPR: Constitución Política de la República de Chile, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. N° 100, de 2005. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.

EA: Ley N° 18.834, de 1989, que aprueba el Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 29, de 2005. *Diario Oficial*, 16 marzo 2005.

Ley N° 18.575. Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1/19.653. *Diario Oficial*, 17 noviembre 2001.

Ley N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

Ley N° 10.336, de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. N° 2.421, de 1964, del Ministerio de Hacienda. *Diario Oficial*, 10 julio 1964.

Ley General de Urbanismo y Construcciones, aprobada por el D.F.L. N° 458, de 1975. *Diario Oficial*, 13 abril 1976.

Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1-19.175. *Diario Oficial*, 8 noviembre 2005.

Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado o “Ley de Transparencia”, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, de 2008. *Diario Oficial*, 20 agosto 2008.

Ley N° 19.653 o Ley de Probidad Administrativa. *Diario Oficial*, 14 diciembre 1999.

Ley N° 19.882, de 2003, que regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica. *Diario Oficial*, 23 junio 2003.

Ley N° 20.414, de 2010, de reforma constitucional en materia de transparencia, modernización del estado y calidad de la política. *Diario Oficial*, 4 enero 2010.

Ley N° 20.766, de 2014, de procedimiento de toma de razón y registro electrónicos. *Diario Oficial*, 23 julio 2014.

Resolución N° 1600/2008 de Contraloría General de la República que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón. *Diario Oficial*, 6 noviembre 2008.

### **Jurisprudencia citada**

Tribunal Constitucional, Rol N° 2245-2012.

Tribunal Constitucional, Rol N° 1051-2008.

Tribunal Constitucional, Rol N° 299-1999.

Sentencia Corte Suprema Rol N° 2791-2012, de 03.07.2012.

Sentencia Corte Suprema Rol N° 5984-2012, de 06.11.2012.

Sentencia Corte Suprema Rol N° 2224-2006, de 27.07.2006.

Sentencia Corte Suprema Rol N° 4614-2006, de 05.10.2006.

Sentencia Corte Suprema Rol N° 4612-2006, de 02.10.2006.





## EPÍLOGO

José Antonio Viera-Gallo

El seminario que da origen a esta obra colectiva constituye un esfuerzo que se encuadró dentro del propósito de discutir sobre el estado de nuestra democracia y la necesidad de renovar constantemente sus principios, instituciones y prácticas, entendiendo que ella será siempre más un proceso que un logro acabado. La democracia es un ideal histórico exigente, que encierra muchas promesas y exigencias, y que cada nación realiza en forma precaria o parcial. Por eso resulta útil evaluar su realización entre nosotros.

Ya lo afirmaba Cicerón: el diálogo sobre cuál pueda ser la mejor forma constitucional de la ciudad, es una tarea intelectual y política de bien público, que para no perderse en divagaciones abstractas debe fundarse más en la experiencia vivida que en los libros eruditos.

Con frecuencia los filósofos —y podríamos añadir a los juristas y politólogos— han confesado su impotencia al momento de plasmar sus ideas. ¿La séptima carta de Platón no es una precoz confesión de sus desventuras políticas? Entonces, con frecuencia esos pensadores se concentran en imaginar una “república ideal” o en criticar el derecho vigente. Cuando han inspirado una nueva Constitución suele ocurrir que luego se muestran decepcionados del curso de los acontecimientos que sus ideas contribuyeron a impulsar.

Nuestra propia historia constitucional desde la Independencia así lo demuestra. La realidad siempre tiene un lado opaco —que es manifiesto en la política, por su relación con la contienda por el poder, y en el Estado, por su relación con el uso de la fuerza legítima— que contrasta con el mundo prístino de las ideas. Max Weber tiene un lúcido análisis de las diferencias entre el político y el sabio. Cabe distinguir a los políticos profesionales, que viven para la política por vocación y conocen todas sus reglas, de los políticos ocasionales que intentan, desde fuera, influir en ella. En esta última categoría entran los pensadores y juristas, aunque en la construcción del Estado moderno hayan jugado un papel relevante como transmisores del derecho romano del Imperio tardío.

Siempre habrá una tensión entre la propuesta académica de un ordenamiento constitucional y la posibilidad de que esas ideas se plasmen en la realidad. Así como no puede haber una política sin ideas ni ideales, tampoco sería de mayor utilidad proyectos que linden más con la utopía que con un contexto político que buscan influir.

En el proceso político nacional de restablecimiento y desarrollo democrático ha habido momentos privilegiados para cristalizar cambios políticos profundos, los que han sido precedidos de una reflexión intelectual profunda. Así ocurrió, por ejemplo, en 1989 y

---

en 2005. Si se comparan esas reformas con la llamada “Propuesta del Grupo de los 24”, se podrá advertir la distancia que media entre el momento político y el momento intelectual.

Desde hace algún tiempo viene madurando entre nosotros la idea de una nueva Constitución como meta de transformaciones políticas. El debate sobre sus contenidos esenciales y el método para alcanzar los cambios es una parte esencial del proceso de maduración de estas ideas que van anunciando los cambios que vienen.

El hilo conductor de esta obra colectiva parece estar en la percepción de la necesidad de superar una forma democrática, que se puede calificar de “consociativa”, surgida de nuestra transición, para dar paso a una democracia deliberativa y participativa, una verdadera poliarquía en términos de Robert Dahl o una “democracia gobernante” según la expresión de Maurice Duverger seguida por Giovanni Sartori. El modelo de democracia consociativa —como lo demuestra Arend Lijphart— es propio de sociedades que han vivido un fuerte período de confrontación social, étnica o religiosa. En Chile esa etapa, felizmente, la hemos dejado atrás.

Para abrir una nueva etapa constitucional sería necesario, al menos, cambiar el sistema electoral binominal, los quórum altísimos para aprobar ciertas leyes y las normas que impiden la consulta a la ciudadanía en caso de desacuerdo grave entre Ejecutivo y Legislativo o que los propios ciudadanos exijan un referéndum para derogar una ley. En segundo lugar, sería preciso avanzar hacia una verdadera descentralización del país manteniendo el carácter unitario del Estado, en que las regiones tengan un ámbito de autonomía económica y política mayor. En tercer lugar, garantizar de mejor manera los derechos económicos y sociales y redefinir el papel del Estado en la economía a fin de asegurar la primacía del bien común. Junto con ello habría que establecer en la Constitución los principios que fundamentan los derechos de los consumidores. Este avance en materia de derechos humanos debe también reflejarse en un nuevo tipo de relación de nuestro ordenamiento jurídico con el derecho internacional. Por último, habría que ampliar las bases del Estado reconociendo los derechos de los pueblos originarios, como han hecho la mayor parte de los países latinoamericanos. Ese reconocimiento debe comprender una valoración de la costumbre indígena como fuente del derecho, una tutela especial a la propiedad sobre tierras y aguas y el establecimiento de canales de participación política en todos los niveles.

Si esta vez lográramos estos cambios, podríamos hablar con propiedad de una “Nueva Constitución”. Por cierto hay muchos otros puntos que deberían ser objeto de revisión. Pero en política es importante establecer prioridades. La idea de una nueva Constitución debe ser entendida no como un momento mágico en que “se alcanza el cielo”, sino como un proceso constitucional que va abriendo paso a las nuevas ideas.

Este camino solo puede surgir de un debate libre y amplio. Por eso el seminario que dio origen a este libro colectivo refería a la necesidad de un nuevo pacto constitucional

en democracia. Hannah Arendt en su obra póstuma, reivindica el papel central de la argumentación libre para revitalizar el valor y la legitimidad de la política, hoy tan carente y, a veces, tan precaria ante las exigencias de los ciudadanos. Aquí no cabe ningún tipo de imposición de unos sobre otros, como ocurrió en un pasado dictatorial no tan lejano. El presupuesto de ese nuevo pacto es el imperio del derecho que resguarde la libertad de todos para exponer sus ideas y aportar a la discusión.

A diferencia de lo ocurrido en España, donde el consenso constitucional de 1978 ha dado origen en el último tiempo a tantos disensos como temas públicos relevantes existen, en Chile una Constitución impuesta, reformada antes de que entrara en vigencia, en su despliegue normativo ha habido más acuerdo que confrontación, como reflejo de la maduración paulatina de los valores democráticos en la sociedad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el desarrollo del Derecho Público en la academia son buenas pruebas de lo anterior.

Lo importante es que el debate sobre una nueva Constitución no retrotraiga a la sociedad a una etapa asfixiante de un conflicto permanente. Esta discusión debe darse en un marco de concordia cívica bien definida por Cicerón, siguiendo la tradición estoica, y retomada luego por los filósofos liberales bajo la idea del “contrato social” como fundamento del Estado democrático constitucional. La concordia debe ser una planta de hoja perenne, una actitud dinámica, no apegada al *statu quo*. Recordemos que Alexander Hamilton en apoyo a la Constitución estadounidense de 1787, en el primer capítulo de *El Federalista*, advierte contra “el espíritu de intolerancia que ha caracterizado en todos los tiempos a los partidos políticos” y exhorta a adoptar un espíritu de moderación.

Cuando se propone un proceso constituyente que nazca de un pacto político, nos remitimos a esa noble tradición. Aquí se excluye todo radicalismo iluso y cualquier espíritu de confrontación que pueda conducir a un clima de crispación.

Al afirmar que el proceso constituyente debe ser “institucional” se apunta en este sentido, pues se evita toda ruptura o tentación autoritaria. Es verdad que ese camino requiere alcanzar altos quórum parlamentarios, pero esta exigencia puede ser vista también como necesaria para que se produzcan nuevos acuerdos entre las grandes corrientes políticas y culturales que atraviesan nuestra historia. Lo importante es que la minoría no ejerza una función de veto, sino que participe lealmente en el debate exponiendo sus razones de cara al país y escuchando las de los otros. Ello permite que las nuevas instituciones y normas constitucionales estén firmemente arraigadas en la cultura democrática de la sociedad y puedan servir para que la política —como afirma Robert Dahl— cumpla su función de bien público incluso en períodos borrascosos y de tormenta. Hay que pensar —en una mirada larga— que precisamente nos toca vivir en un escenario al menos brumoso, un cambio de época en que han caído muchos ídolos y donde la incertidumbre parece ser una constante. La

---

democracia presupone el pluralismo y la dialéctica política entre adversarios, pero no entre enemigos. Ya sabemos a dónde conduce la tesis “del enemigo interno o externo” sostenida en 1938, frente al cual no cabe otra actitud que una hostilidad frontal que conduce a su destrucción o incluso eliminación. Hay que aceptar la discrepancia y rechazar la política de artillería pesada que transforma las convicciones en creencias impidiendo actuar según la información objetiva.

En el proceso constituyente habrá controversia, discusión, debate. Lo importante es el espíritu con que se argumenta y se desarrolla el procedimiento, independientemente de la forma que asuma. Debe ser un nuevo aprendizaje a saber convivir.

Esta reflexión se da en un momento en que se han vuelto palpables lo que Norberto Bobbio llamaba las paradojas de la democracia o sus promesas incumplidas, que hoy se han vuelto más evidentes; siempre habrá una distancia entre los ideales democráticos y la democracia realmente existente. Y esa tensión es un desafío para el pensamiento y un acicate para la acción.

No hay que olvidar que los cambios nacen de la maduración de procesos que ocurren en la situación presente y de las reverberaciones del pasado. No caen del cielo, ni florecen espontáneamente. Si han de ser duraderos, tampoco pueden ser el fruto de un grupo de iluminados. Surgen del proceso histórico en el cual se enmarca la reflexión intelectual y la acción política presentes.

De ahí deriva nuestra responsabilidad con el país. Las ideas expuestas en este Seminario —tarde o temprano— como ha ocurrido en otras ocasiones, irán tomando cuerpo, contribuyendo a redefinir nuestra democracia.

A nombre del Instituto Igualdad quiero agradecer el aporte de todos los participantes, juristas, profesores, políticos y el público que asistieron al seminario y que hicieron posible este libro colectivo, así como al Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile por haber acogido esta iniciativa, y a la Fundación Friedrich Ebert, por su inestimable apoyo.





## AUTORES





Gonzalo Aguilar Cavallo: abogado (Chile). Doctor en Derecho (España). Magíster en Relaciones Internacionales (España). Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca-Campus Santiago.

Fernando Atria Lemaitre: abogado, Universidad de Chile. Ph.D., University of Edinburgh. Profesor de Derecho Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez. Autor de Mercado y Ciudadanía en la Educación (Flandes Indiano, 2007); La Mala Educación (Catalonia, 2012); Veinte Años después, Neoliberalismo con Rostro Humano (Catalonia, 2013), La Constitución Tramposa (LOM, 2013); Derechos Sociales y Educación: un nuevo paradigma de lo público (LOM, 2014).

Jaime Bassa Mercado: licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Magíster en Derecho mención derecho público, Universidad de Chile. Académico e investigador de jornada completa en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, donde es profesor de Derecho Constitucional y Teoría Política. Director del Departamento de Derecho Público y miembro del Claustro de Doctorado. Integra el Consejo de Investigación de dicha Universidad.

Andrés Bordalí Salamanca: abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, España. Es profesor titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, donde actualmente es su Decano. Imparte actualmente la asignatura Jurisdicción. Es autor de diversas publicaciones referidas a la organización y bases de la judicatura chilena, así como a los derechos fundamentales a la tutela judicial y el debido proceso.

Rodrigo Bustos Bottai: abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca y Premio Extraordinario de Doctorado por la misma universidad. Profesor de derecho constitucional, Universidad Diego Portales. Actualmente se desempeña como Jefe de la Unidad Jurídico Judicial del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Sus principales líneas de investigación son los derechos económicos sociales y culturales y los derechos de las mujeres, contando con publicaciones en España, México y Chile.

Pablo Contreras Vásquez: abogado, Universidad Alberto Hurtado. Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado. LL.M., Northwestern University. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Líneas de investigación: derechos fundamentales, derecho internacional de los derechos humanos, Fuerzas Armadas, justicia militar, transparencia y publicidad.

---

Jorge Correa Sutil: abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M., Yale University. Profesor titular de la Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, de la que fue su Decano desde su fundación (1982) hasta 1990. Fue Secretario de la Comisión Rettig (1990-1991), delegado presidencial ante el Congreso para las reformas judiciales (1992-1995), Subsecretario del Interior (2001-2006) y Ministro del Tribunal Constitucional (2006-2009).

Juan Carlos Ferrada Bórquez: abogado, Universidad de Chile; Doctor en Derecho Universidad Carlos III de Madrid. Postdoctorado en Institut d'Etudes Ibériques et ibérico-Americaines, Droits et politique comparés, Université de Pau et des Pays de L'Adour. Ex profesor de derecho administrativo y ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile (1998-2004); Profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Valparaíso (2009 en adelante).

Rodolfo Figueroa García-Huidobro: abogado, Universidad Diego Portales, LL.M. y J.S.D., University of Wisconsin-Madison. Profesor de derecho constitucional, Universidad Diego Portales. Director del departamento de derecho público y del magíster en derecho público y litigación constitucional de dicha casa de estudios. Sus áreas de trabajo son derecho a la vida, igualdad y discriminación, privacidad, derechos económicos sociales y culturales y jurisdicción constitucional.

Ximena Fuentes Torrijo: abogada, Universidad de Chile (1994). D.Phil., University of Oxford (2000). Profesora de derecho internacional, Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez. Asesora en la Disputa Marítima entre Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia, y en la controversia entre Bolivia y Chile que se encuentra todavía pendiente. Ha publicado diversos artículos sobre relaciones entre el derecho internacional y el derecho doméstico, temas limítrofes, derechos humanos e inversión extranjera.

Liliana Galdámez Zelada: licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Valladolid. Profesora e investigadora en el Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Líneas de investigación: derechos fundamentales; relaciones derecho internacional-derecho interno; derechos ambientales.

Matías Guilloff Titium: abogado, Universidad Diego Portales. LL.M., Columbia University. Doctor en Derecho, Universidad de Arizona. Profesor de Derecho Universidad Diego Portales. Ha publicado diversos artículos en revistas y libros, nacionales e internacionales, sobre derecho constitucional, administrativo y ambiental. Su investigación se enfoca en la intersección entre el derecho a la propiedad privada y la intervención gubernamental, así como en los estándares aplicables a la revisión judicial de los actos de la administración.

Claudia Heiss Bendersky: periodista, Universidad de Chile. Doctora en ciencia política, New School for Social Research. Profesora asistente del Instituto de Asuntos Públicos Universidad de Chile e investigadora asociada del Centro para la Conflictividad y Cohesión Social (COES). Magíster, Columbia University, becaria Fulbright. Presidió entre 2012 y 2014 la Asociación Chilena de Ciencia Política. Sus investigaciones actuales se centran en los estados de excepción y el constitucionalismo latinoamericano.

Miriam Henríquez Viñas: abogada, Universidad Nacional del Comahue (Argentina). Magíster en Derecho Público con mención en derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de derecho constitucional Universidad Alberto Hurtado.

Gabriel Hernández Paulsen: abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor de derecho civil, Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae. Ha impartido clases en la Universidad Autónoma de Barcelona y en la Universidad de Valencia. Es autor de “La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión” (Marcial Pons, 2014).

Catalina Lagos Tchorne: abogada, Universidad Diego Portales. Diplomada en “Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica” y en “Derechos Indígenas, Medioambiente y Procesos de Diálogo en el marco de la Consulta del Convenio N° 169”, Universidad de Chile. Estudios de Magíster en Derecho con mención en Derecho Público en la misma casa de estudios. Ha sido investigadora y docente del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, en temas de igualdad y no discriminación y derechos de las mujeres.

Juan Pablo Mañalich Raffo: licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (2004). Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Bonn (2008). Ha sido becario doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y becario posdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt, así como profesor visitante de derecho penal y teoría del derecho en la Universidad de Puerto Rico.

Fernando Muñoz León: abogado, Pontificia Universidad Católica. J.S.D., Yale University. Profesor Asistente, Universidad Austral de Chile. Investigador del Proyecto FONDECYT de Iniciación en la Investigación titulado “El concepto de ‘grupos desaventajados’ como complemento a la dogmática constitucional sobre igualdad”. Ha publicado artículos académicos en Chile y el extranjero; ha editado el volumen colectivo de ensayos “Igualdad inclusión y derecho Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria” (LOM, 2013).

---

Enrique Navarro Beltrán: abogado, Universidad de Chile. Profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Chile. Director del departamento de Derecho Público (2003-2014). Profesor titular de derecho constitucional, Universidad Finis Terrae. Director del Magíster de Derecho Público y de la Revista de Derecho. Profesor invitado en universidades nacionales y extranjeras. Ha sido director de estudio de la Excelentísima Corte Suprema (2002-2006) y Ministro del Tribunal Constitucional (2006-2012).

Rodrigo Pica Flores: abogado, Universidad Central. Magíster en derecho constitucional, Universidad de Talca. Se ha desempeñado como profesor de derecho constitucional en la Universidad Central y como profesor de derecho procesal constitucional en la Universidad de Chile. Autor de diversas publicaciones en su área de investigación. Actualmente es relator en el Tribunal Constitucional.

Enrique Rajevic Mosler: abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster y Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del Magíster en Derecho LLM-UC, en el Magíster en Urbanismo de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile y de derecho administrativo en la Universidad Alberto Hurtado. Ha trabajado en el Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, el Consejo para la Transparencia, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y el Ministerio de Hacienda.

Cristian Román Cordero: abogado, Universidad de Chile (2004). Magíster en Derecho con mención en derecho público, Universidad de Chile (2007). Profesor Instructor de derecho administrativo, Universidad de Chile. Ha impartido cursos tanto pregrado como en postgrado. Coautor del libro “Derecho Administrativo Chileno” (Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007).

Constanza Salgado Muñoz: abogada, Universidad de Chile (2009). Magíster en derecho con mención en derecho tributario y regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Áreas de interés: derechos sociales, derecho de propiedad, teoría de la Constitución y revisión judicial.

Claudia Sarmiento Ramírez: abogada, Universidad de Chile. LL.M. en Legal Theory por la New York University. Fue investigadora y docente del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y profesora invitada del departamento de derecho internacional de la misma casa de estudios. Actualmente se desempeña como jefa del área de reformas legales del Servicio Nacional de la Mujer.

Lucas Sierra Iribarren: abogado, Universidad de Chile. LL.M., Yale University. Ph.D., University of Cambridge. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Subdirector del Centro de Estudios Públicos (CEP). Ha sido consultor y autor de informes en derecho en materias de telecomunicaciones y medios de comunicación.

Francisco Soto Barrientos: abogado y Magíster en Derecho Constitucional Universidad Diego Portales. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor asociado, Facultad de Derecho Universidad de Chile e investigador del Programa de Doctorado de dicha Facultad. Entre sus publicaciones más recientes se encuentra el libro: El desafío de la participación: Estudio comparado sobre el referéndum y la iniciativa legislativa popular en América Latina y Europa (LOM, 2013).

Esteban Szmulewicz Ramírez: abogado, Universidad Austral de Chile. Master en Política Comparada, London School of Economics and Political Science. Master en Ciencia Política, Universidad Autónoma de Barcelona. Fue profesor adjunto en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Actualmente es Director del Centro de Estudios Constitucionales y Administrativos de la Universidad Mayor. Profesor de derecho constitucional y del diplomado en derecho administrativo en dicha universidad.

Tomás Vial Solar: abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL.M. University of Notre Dame; Magíster en Derecho Público, mención derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile; Ph.D., University College London. Actualmente es investigador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, editor de su Informe Anual de Derechos Humanos y profesor de derecho constitucional en dicha casa de estudios.

Christian Viera Álvarez: abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado. Doctor en Derecho, Universidad de Deusto. Profesor adjunto de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Líneas de investigación: derechos fundamentales, historia constitucional chilena, teoría e interpretación constitucional.

José Viera-Gallo Quesney: abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Fue Ministro del Tribunal Constitucional (2010-2013), ex Senador (1998-2006) y ex Presidente de la Cámara de Diputados (1990 -1993). También fue ex Ministro Secretario General de la Presidencia durante el primer gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet. Actualmente es profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile y miembro del directorio del Centro de Estudios Instituto Igualdad.

---

Luis Villavicencio Miranda: abogado, Universidad Diego Portales. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Académico e investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Su línea de investigación son las críticas comunitaristas, multiculturalistas y feministas al proyecto liberal de ciudadanía. Ha publicado artículos en revistas nacionales e internacionales. Es miembro del directorio de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

Alejandra Zúñiga Fajuri: abogada, Universidad Diego Portales. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid y académica de la Universidad de Valparaíso. Ha desarrollado varios proyectos de investigación en bioética. Algunas de sus últimas publicaciones son: “El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva” (IUSTEL, 2009); “When Constitutional Justice has the Last Word on healthcare, the case of Chile” (International Journal of Health Services, 2014).

Francisco Zúñiga Urbina: abogado, Universidad de Chile (1986). Estudios de post-grado en Derecho Público y Comparado en la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad Complutense de Madrid, y en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Es Profesor Titular de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile y de la Academia Judicial. Cuenta con numerosas publicaciones científicas y forenses en el país y en el extranjero





## PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

(ORIGINADA EN DEMOCRACIA)



El presente volumen colectivo contiene una serie de ensayos, artículos y comentarios académicos elaborados por una amplia gama de destacados profesores e investigadores del derecho y la ciencia política en torno a las razones para cambiar la Constitución, el procedimiento para ello y los contenidos que debiera tener un nuevo texto fundamental.

De esa manera, el lector podrá encontrar en este libro debates acerca de la significación de darnos una nueva Constitución mediante un procedimiento “democrático, institucional y participativo” y sobre la posibilidad de una asamblea constituyente como mecanismo de creación constitucional.

Asimismo, hallará discusiones críticas sobre las decisiones de contenido de la nueva Carta Fundamental relacionadas con el Estado social, el estatuto constitucional de la propiedad, los derechos económico-sociales, la introducción de nuevos derechos constitucionales, las tensiones entre libertad e igualdad constitucional y las relaciones entre Constitución, tratados y derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, el lector podrá revisar discusiones críticas en torno a la estructuración de la orgánica estatal y el poder en una nueva Constitución: qué régimen político implementar, el estatuto normativo de la justicia constitucional y la configuración de las potestades, controles y competencias en la regulación constitucional de la Administración del Estado.

 instituto  
igualdad  
CONSEJO DE EXPERTOS

**FRIEDRICH  
EBERT  
STIFTUNG**

 FACULTAD DE  
DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE

ISBN: 978-956-9466-02-1



9 789569 466021

“Le Serment du Jeu de paume” (1792)  
de Jacques-Louis David,  
Museo Carnavalet.