Nueva Constitución y Bien Común

Aportes desde el Socialcristianismo

José Maritano González (editor)

Rafael Blanco Suárez – José Burmeister Lobato – Jorge Correa Sutil

Javier Couso Salas – M. Cristina Escudero Illanes – Ricardo Gamboa Valenzuela

J. Ignacio Núñez Leiva – Rodrigo Poblete Reyes – Augusto Quintana Benavides

M. Pía Silva Gallinato – Esteban Szmulewicz Ramírez – Claudio Troncoso Repetto

Álvaro Villanueva Rojas – Patricio Zapata Larraín

CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD

Konrad Adenauer Stiftung

Índice

Contenido

Prólogo....6
¿Por qué una nueva Constitución? 11
Patricio Zapata Larraín 12
Javier Couso Salas 16
Derechos Humanos, Soberanía y Multiculturalismo 19
Claudio Troncoso Repetto 20
José Ignacio Núñez Leiva 24
Los Derechos Fundamentales: hacia un equilibrio 32
Augusto Quintana Benavides 33
Jorge Correa Sutil 37
Del Hiperpresidencialismo a....41
Ricardo Gamboa Valenzuela....42
Nueva Constitución, nuevo trato a las regiones 46
Álvaro Villanueva Rojas 47
Rodrigo Poblete Reyes 54
Justicia Constitucional 61
María Pía Silva Gallinato....62
Rafael Blanco....71
Ciudadanía y democracia: nuevos paradigmas 74
Esteban Szmulewicz Ramírez....75
El camino a una nueva Constitución 92
María Cristina Escudero....93
José Burmeister Lobato 103

Prólogo

Una nueva Constitución fue una de las principales promesas de campaña de Michelle Bachelet. A fines del año 2015 se anunció a la ciudadanía que en 2016 tomarían lugar una serie de cabildos a nivel comunal, provincial y regional, precedidos por una campaña de educación cívica, y que tendrían como producto final las "Bases Ciudadanas" que servirían de fundamento para la redacción del nuevo texto constitucional. El mecanismo para generar la nueva Constitución será decidido por el propio Congreso Nacional, habilitado para ello mediante una reforma constitucional que lo facultará para seleccionar uno de los siguientes mecanismos: la realización de una Asamblea Constituyente, generar una comisión integrada tanto por ciudadanos electos como por parlamentarios para liderar esta tarea, que sea el propio Congreso Nacional el encargado de elaborar la nueva constitución, o bien optar por la realización de un plebiscito en el cual la ciudadanía elija entre alguna de las tres alternativas antes descritas.

La decisión de llevar a cabo un proceso de cambio constitucional en el marco de otras reformas sustanciales, en un periodo presidencial de corta duración –que permite augurar sin dificultad que su suerte dependerá de gobiernos sucesivos –y dentro de un marco institucional, es una decisión a la vez valiente como responsable y necesaria. Valiente porque sin duda la apertura de la pregunta sobre nuestras principales instituciones políticas y económicas encontrará –y ha encontrado –una fuerte resistencia, en particular por quienes han sido y son favorecidos por los términos que de forma más o menos pétrea consagró la Constitución de 1980. No pocos apelarán a la futilidad, riesgo o perversidad de un cambio de esta envergadura (Hirschman, 1991). Por otro lado, no faltarán quienes, apoyando la idea de reemplazar la actual Constitución, rechacen cualquier tipo de texto "concordado" que en último término pueda presentar un Congreso o una eventual Asamblea Constituyente.

El efecto de un texto constitucional con un origen antidemocrático, mecanismos de neutralización del debate político (Atria, 2013), y comprometida con un modelo económico particular, como es el nuestro, fácilmente puede generar ánimos revanchistas por parte de sectores de la sociedad. Por otro lado la relativa pérdida de valoración del ejercicio deliberativo, propio de los ciudadanos en una democracia, en favor de una aproximación a los temas públicos desde la óptica contractualista del consumidor, puede exacerbar las posiciones maximalistas y generar, consecuentemente, un sentimiento de frustración para quien vea en el resultado final del proceso constituyente una propuesta que no le satisface completamente. Con no poca razón muchos han considerado inadecuado promover un proceso de cambio constitucional con las actuales deficiencias

respecto de la educación cívica de los habitantes del país. Esto puede ser cierto no sólo desde un punto de vista de los conocimientos básicos sobre nuestra institucionalidad republicana, sino también respecto de la falta de práctica y experiencia en espacios deliberativos para los ciudadanos en nuestro sistema político a todo nivel. Sin embargo, este argumento no da cuenta del valor pedagógico que en sí tiene el proceso. No hay mejor forma aprendizaje cívico que la participación.

La apuesta que se nos hace implica un grado importante de confianza en el Pueblo y su capacidad de poder decidir responsablemente sobre los acuerdos fundamentales de nuestra República. Los riesgos esgrimidos no deben ser soslayados de antemano, pero toda reforma institucional de cierta envergadura no estará exenta de ellos, y nos parece que deben ser corridos, tomando en cuenta el objetivo mayor. El momento nacional es propicio para nuevas definiciones y en estas deben tener espacio la voz de los ciudadanos. Los consensos en torno a los límites del Estado y del Mercado, de la autonomía individual y de las cargas públicas, parecen ahora cuestionados. La construcción de unos nuevos acuerdos que conciten un grado importante de adhesión no pueden ser frutos de una Constitución *a la medida* de alguna persona o grupo, sino que de una Constitución *a fuego lento*. Sólo una hecha de esta forma, incorporando en sus discusiones la amplia gama de identidades y tradiciones políticas y culturales del país, podrá generar, aunque sea en alguna medida, un grado de *patriotismo constitucional.* Si este objetivo resulta demasiado ambicioso -en Estado Unidos la Constitución pareciera ser un símbolo a la par de los otros de carácter patrio, como el himno nacional o la bandera -al menos se debería evitar hacer de la Constitución un factor de división social.

Sin embargo, enfrentar un proceso de puesta en diálogo del crisol de identidades y sensibilidades existentes en nuestra sociedad para obtener de ello unos valores y acuerdos comunes exige, inexcusablemente, tener clara la propia identidad. Toda construcción basada en un diálogo colectivo -o incluso individual- requiere una posición original, la que puede sin embargo no ser necesariamente antagónica a las demás. Se requiere por tanto un fortalecimiento de las identidades particulares, y este proceso constituyente puede ser una invaluable oportunidad para que en ellas se haga un profundo examen sobre los aportes que pueden entregar en vistas al Bien Común.

En este contexto, la tradición política socialcristiana tiene una enorme tarea. Ahora, y como ha sido a través de la historia de nuestra República dos veces centenaria, puede aportar lo mejor de su doctrina y sus exponentes históricos, que

se mezclan con los del país entero. Me refiero a Camilo Henríquez y sus ideas de avanzada para resguardar los derechos más sagrados de las personas, como la libertad de expresión, en el Chile naciente; a Abdón Cifuentes y su trabajo por el justo espacio de autonomía para la educación religiosa; a Alberto Hurtado, gran impulsor del sindicalismo chileno, entre tantas cosas que podemos nombrar; a Gabriela Mistral y su vocación por llevar el pequeño terruño de nuestro país a latinoamércia y el Mundo, su preocupación por *la humanidad futura* y por los valores espirituales de la Patria; a Clotario Blest, incansable luchador por la unidad de los trabajadores; a Eduardo Frei Montalva, que comprendió la importancia de los recursos naturales para el país al chilenizar el cobre, redistribuyó la propiedad de la tierra con estricto apego legal y constitucional, y fue el primero que estimuló una institucionalidad para las comunidades intermedias de la sociedad civil a través de la promoción popular; a Fernando Castillo, arquitecto y rector ícono de la reforma universitaria; a Raúl Silva, defensor férreo de los derechos humanos en épocas oscuras; a Gabriel Valdés, convencido de una recuperación pacífica de la democracia; a Manuel Bustos, líder de los trabajadores primero en la movilización social contra la dictadura y luego en el Congreso; y a Patricio Aylwin, sabio presidente que supo devolver al país a su histórico cauce democrático y de creciente justicia social, por mencionar algunos de los notables socialcristianos que han dejado una huella indeleble en la historia de Chile.

Pero hablamos de una tradición viva. Es decir, una que puede iluminar las respuestas a los desafíos de hoy, entre los cuales se encuentran generar un marco institucional adecuado para una democracia del siglo XXI, donde la ciudadanía no puede ser definida como una serie de requisitos para ejercer el esporádico derecho a voto, sino que como una condición para ser co-partícipes del proceso político junto a unos representantes responsables y rendidores de cuentas; la adecuada protección del medio ambiente, que permita usar de los recursos de la naturaleza con racionalidad y justicia intergeneracional; la recepción de más de medio siglo de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos; el derecho de los espacios locales a poder definir de mejor manera sus necesidades y resolverlas; entre tantas otras cosas.

En el marco de ese esfuerzo –escudriñar dentro de nuestra tradición socialcristiana y su bagaje filosófico qué es lo que hoy se puede ofrecer al debate político y constitucional –se han generado variadas iniciativas. Los constitucionalistas democratacristianos han elaborado un interesante documento bajo el título de “Lo que nos une” (que puede hallarse en Zapata, 2016), donde relevan las *“tres D”*: es decir, los valores de la democracia, la dignidad y el (estado de) derecho. Este texto fue presentado en las quince regiones del país, en una iniciativa de la comisión de constitucionalistas del Partido Demócrata Cristiano, su

Directiva, y el Centro Democracia y Comunidad, cuyo fin era la capacitación y reflexión crítica de la ciudadanía identificada con el socialcristianismo en torno al proceso constituyente y una nueva Constitución.

Otra iniciativa de reflexión identitaria en el proceso de generar una Nueva Constitución es el ciclo de charlas "Nueva Constitución y Bien Común: un aporte desde el socialcristianismo", que tuvo lugar en la segunda mitad del año 2015 en el Centro Democracia y Comunidad, y que dio vida a esta publicación. Se definieron ocho temas, invitándose a dos expositores en cada oportunidad. Tras la intervención de cada uno de ellos se dio pie a muy interesantes conversaciones con otros académicos, estudiantes, dirigentes locales y de los trabajadores, que lamentablemente no han podido ser recogidas en este documento, pero que dieron cuenta, por un lado, de la importancia y distintas visiones existentes para cada tema, y por otro, a que es posible entrar en diálogo respecto de temas constitucionales con sectores no expertos de la ciudadanía.

El ciclo comenzó con una pregunta inicial respecto de la necesidad de cambiar la Constitución, a la que Patricio Zapata y Javier Couso respondieron afirmativamente con una serie de argumentos fundados en las experiencias históricas de cambio constitucional y en el momento actual del país. Posteriormente a aquello, José Ignacio Núñez y Claudio Troncoso ahondaron en lo que una nueva Constitución debería incorporar respecto de los derechos humanos, especialmente en un país crecientemente multicultural. Augusto Quintana y Jorge Correa confrontaron visiones en un riquísimo debate respecto del papel del Estado en cuanto a los derechos sociales, y del modo más idóneo de exigirlos. En la cuarta sesión, Ricardo Gamboa se hizo cargo de la acusación de hiperpresidencialismo de nuestro sistema de gobierno, y en la sesión siguiente Álvaro Villanueva y Rodrigo Poblete expusieron respecto de la descentralización que se requiere consagrar en una nueva Carta Fundamental. María Pía Silva y Rafael Blanco tuvieron a su cargo el tema de la justicia constitucional, prounciándose sobre las facultades del Tribunal Constitucional y otros modos de resolver la pregunta por la interpretación de la Constitución. Hacia el final, Esteban Szmulewicz y Tomás Jordán se abocaron al trato que debe ser dispensado a la ciudadanía, y finalmente María Cristina Escudero y José Miguel Burmeister cerraron el ciclo con una reflexión sobre la modalidad para darse una nueva Constitución.

Como puede apreciarse, hubo una decisión deliberada de abordar el anuncio de un proceso constituyente desde el punto de vista de las ideas de fondo, sin desconocer que el mecanismo es importante e implica definiciones sustanciales también, pero tomando en cuenta que muchas veces ha monopolizado el debate

respecto al proceso. Sin duda pueden haber quedado fuera algunas materias importantes o podrá existir otro modo de organizar los temas considerados, sin embargo se intentó incorporar algunos de los debates más importantes en las posibilidades limitadas que un ciclo de charlas permite.

El lector debe considerar al leer los capítulos de este libro que el contexto en que se enmarcan es el de exposiciones orales ante un público más interesado que experto, por lo que no se requiere tener profundos conocimientos de derecho constitucional o ciencia política. Sí debemos advertir, no obstante, que el lenguaje técnico no puede ser completamente desechado, al menos si se quiere hacer un aporte de calidad e incidente en el debate público.

Esperamos que estas páginas puedan ser de provecho no sólo para la reflexión interna de cada lector, sino que para la conversación pública sobre como debiera ser una Nueva Constitución. La primera etapa del proceso constituyente, donde la ciudadanía pudo libremente manifestarse en instancias locales, provinciales y regionales, ha concluido y sus conclusiones están sistematizándose. Adelante queda aún mucho trecho por recorrer y ciertas definiciones sensibles que tomar, por ejemplo, respecto del órgano responsable de acoger la voz ciudadana manifestada en los cabildos, y "traducirla" a un texto concreto, que recoja también lo mejor de nuestra larga tradición constitucionalista. Contra muchos que señalan que sólo una alteración grave de nuestro orden institucional justifica un cambio constitucional completo, creemos que la oportunidad de hacerlo con tiempo, en paz, a través de cauces institucionales que den garantías a todos, *a fuego lento*, para cambiar una Constitución que no sólo no genera adhesión por su origen, sino que ha quedado desactualizada frente a los desafíos de las democracias contemporáneas, es un privilegio no conocido en nuestra historia. Como siempre, los socialcristianos estaremos disponibles para aportar con nuestras ideas y con nuestros ciudadanos.

José Ignacio Maritano

Bibliografía

- Atria L. Fernando, La Constitución tramposa. Santiago, LOM ediciones, 2013.
- Albert O. Hirschman, Retóricas de la Intransigencia. México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- Zapata L, Patricio, La casa de todos. Santiago, Ediciones UC, 2015, págs. 131-165.

CAPÍTULO I

¿Por qué una nueva Constitución?

Patricio Zapata Larraín[1]

Es pertinente partir con esta pregunta, ya que circula la idea que la nueva Constitución sería tan solo un eslogan, un vehículo para vender otras cosas, una manera más atractiva de buscar otros propósitos. Es por ello que hay que tratar de dar razones, de hacerse cargo del debate que ha habido.

La respuesta está vinculada con la legitimidad, entendiendo que esta la otorgan los demás. Se puede ganar o perder legitimidad a los ojos de una comunidad, y el documento es el mismo. Puede haber un texto constitucional que nazca con legitimidad en algún momento histórico, que la gente lo acepte, lo aprecie y valore, pero que treinta o veinte años después, la comunidad ya no sienta lo mismo con respecto a ese texto. Eso ha ocurrido, es normal que ocurra, y puede deberse simplemente a la transformación social o al surgimiento de una nueva generación que irrumpe en la vida política. Esta generación puede manejar otros códigos, no ser heredera de ciertos temores de sus padres y abuelos, tener otras aspiraciones, o sencillamente puede que no quiera hacerse cargo de lo que para sus predecesores fue legítimo.

Al revés, puede haber un texto que nazca con poca legitimidad y que con el tiempo vaya ganando legitimidad, se vaya "ganando" a esa comunidad. Probablemente los alemanes en 1949, ocupados todavía por las potencias que los derrotaron en la guerra, no pudieron hacer una Ley Fundamental que les satisficiera completamente. La Constitución de Bonn fue impuesta por norteamericanos e ingleses, pero lo interesante es que después de sesenta años la comunidad alemana ha terminado haciendo suyo ese documento, se ha apropiado de ese documento. Esto pudo pasar por varias razones, entre otras porque ese documento tenía la feliz característica de permitir que se produjera esa apropiación.

Déjenme explicarlo con un momento en particular de la historia alemana. La generación que irrumpe en Alemania en los años 60', que entra a las universidades, son muy cuestionadores de lo que había sido la tarea política de sus padres y de sus abuelos. Estaban muy conscientes que una parte importante de la sociedad alemana había habido cómplices activos, o al menos pasivos, del régimen nacionalsocialista, y también sabían que una vez producida la derrota del Tercer Reich hubo bastante vista gorda con muchos de esos responsables, y que

[1] Abogado P. Universidad Católica de Chile. Presidente del Directorio del Centro Democracia y Comunidad. Magister en Derecho U. Harvard.

la República alemana se había construido sin hacer toda la justicia y la verdad. Por lo tanto, los jóvenes que entran a la universidad entre 1965 y 1968 no se sienten cómodos con esos arreglos y desafían como un paquete completo el acuerdo al que llegaron sus padres. Ese enfrentamiento, que fue fuerte en Francia el año 1968, también lo fue en Alemania.

Lo interesante es que el sistema político alemán fue capaz de dialogar, de procesar esas inquietudes. En esas expresiones se incorporaron, por ejemplo, el ecologismo, que es un fenómeno muy interesante en Alemania. El ecologismo logra entrar a la política, entre otras cosas, porque las reglas de ingreso son abiertas. Un sistema cerrado hubiera dejado fuera de los muros institucionales a esa expresión política. El sistema alemán es uno que permite la alternancia y diálogo. Ahí tenemos una Constitución cuyo inicio, desde el punto de vista de la legitimidad, es débil, pero que se va afirmando, va ganando fuerza con el tiempo.

Aterricemos ahora a lo que sucede en nuestro país. La Constitución de 1980 tiene un origen absolutamente espurio, viciado. El plebiscito de 1980 no satisface ningún requisito, ninguna condición básica de legitimidad, por eso la primera reacción de los opositores a Pinochet fue decir “esta Constitución no vale nada, no tenemos por qué obedecerla”. Ustedes saben perfectamente bien que todos los esfuerzos que se hicieron en los años 80’ por derrocar a Pinochet fueron estériles, él se aferró al poder, usó todo el que tenía a su disposición para defender su situación. La mayoría de los opositores, pensaron en ese momento, a mi juicio correctamente, en que aquí lo que había que buscar era una salida pacífica y pronta a la democracia, y para ello tuvieron que combinar movilización social con diálogo, y eso se tradujo finalmente en un plebiscito que estaba dentro de las reglas constitucionales, pero que sin embargo fue ganado por las fuerzas democráticas.

¿Se ve legitimada la Constitución de 1980 con el triunfo del no? No, pero es un hito. Pocos meses después se plebiscitaron 54 reformas, que fueron ratificadas por el 90% de los ciudadanos ¿Se legitimó con eso la Constitución? Probablemente no, pero son hechos que se van incorporando en nuestra historia. Después vienen muchas reformas posteriores, la mayoría de ellas pequeñitas, marginales, y una de ellas gruesa: la del 2005.

Al llegar a ese punto habían personas que pensábamos que con esa reforma se había dado fin a una etapa, que la Constitución satisfacía estándares de legitimidad. Queda claro que habían quedado cosas importantes afuera, en las cuales había que seguir, pero yo sentía que se había logrado sepultar la parte más antidemocrática de la Constitución de 1980.

Para sorpresa mía, a los dos o tres años, empieza a manifestarse con mucha fuerza que subsistía la incomodidad, especialmente entre los más jóvenes, entre los menores de treinta y cinco años. Entonces en el 2007, dos años después de la reforma del ex presidente Ricardo Lagos, en el V Congreso Ideológico de la DC, se aprueba una cláusula que dice “queremos una nueva Constitución”. En el 2009 surge un movimiento llamado Océanos Azules, donde se hace una reflexión sobre el problema constitucional, y para la elección presidencial de 2009 tres de las cuatro candidaturas plantean en su programa una nueva Constitución. Lo que vino después solo acentúa lo que estoy describiendo.

En 2011 había personas que pensaron que con la primaria o con las inscripciones voluntarias íbamos a terminar de afirmar las instituciones políticas y podríamos tener la legitimidad que estábamos buscando. Ustedes saben que no pasó, la ley de primarias puede ser valiosa en algunos aspectos, pero no ataca los problemas de fondo, y la inscripción automática y el voto voluntario, en mi opinión, más que fortalecer las instituciones, las debilitan. Entonces llegamos al 2013 con algo que parece que es profundo: hay una generación de chilenas y chilenos que quieren poder decir algo sobre las reglas, una generación que no está dispuesta simplemente a avalar un acuerdo de hace veinte años atrás.

¿Hasta qué punto estamos siendo influidos por un cambio mundial? ¿Hasta qué punto lo que estamos viviendo en Chile no es solo un problema chileno? Uno podría pensar que esto es un problema nuestro, que empieza y termina con Jaime Guzmán, pero la verdad es que si uno mira un poco más allá de la fronteras y uno va y conversa con amigos españoles, de Italia o de América Latina, se va a dar cuenta que el problema constitucional es un problema recurrente, que estas viejas instituciones parecen no estar a tono con las nuevas demandas.

Por otra parte, hay una ciudadanía que quiere participación más activa. Agreguemos entonces un último elemento, quizás más latinoamericano, y con esto voy a terminar. Uno podría pensar que lo que ha ido ocurriendo en los últimos años es que se ha ido acelerando y profundizando una aspiración que ha sido constante desde la independencia de nuestra República doscientos años atrás, una aspiración larga y por sociedades más equilibradas, más inclusivas, más justas. Uno puede ser muy crítico, como yo lo soy, sobre la forma en que la Constitución de Venezuela de 1999 concentra el poder en el Presidente, o en cómo la Constitución de Ecuador y la de Bolivia minimizan el rol de los parlamentos y de los partidos políticos; pero cuando yo veo lo que pasó el 1999, el 2007, y el 2008 en esos países, yo también veo signos de una profunda aspiración

por lograr que las instituciones sean un poco más reflejo de las realidades sociales de nuestros países latinoamericanos.

Nosotros hemos tenido también esta aspiración desde el origen, porque somos un país con una gran diversidad. Algunas personas torpemente creen que somos demasiado distintos al resto de los países vecinos, “los ingleses de América Latina”. Pero la verdad es que somos un país diverso, donde no solo está Santiago, están también las regiones; no solo están los descendientes europeos, sino que está la población mestiza y aborigen; no solamente están los hombres, sino que también están las mujeres; no solo está la burguesía, también están los trabajadores; y si bien no puedo hacer historia en tan corto tiempo, sabemos que parte del progreso que construyeron Portales y los decenios gobiernos conservadores, que tuvo mucho de positivo para el desarrollo del siglo XIX, se construyó también sacrificando esa diversidad, homogeneizando, transformándonos en un país no solo unitario, sino que muy unitario, muy presidencialista, en un país donde la elite -una bastante reducida- toma todas las decisiones. Esta elite pudo legitimarse más o menos a punta de ciertos éxitos: ferrocarriles, Universidad de Chile, o la expansión de riqueza, pero también vivió momentos de profundo desprestigio.

Entonces propondría que también pensáramos que el debate por una nueva Constitución puede tener que ver con la forma en que Chile van a hacer un ajuste largamente postergado. Aunque algunos piensen que no tenemos que hacerlo, yo creo que sí, por la realidad compleja y diversa del país y el hecho de que el poder esté concentrado en muy pocos. Esto no quita que hayamos progresado los últimos veinticinco años, esto no quita que Chile tenga muchas cosas buenas que exhibir. La pregunta es, siendo un poco más ambiciosos, atreviéndonos a soñar un poco más ¿Da el ancho nuestra auto comprensión institucional respecto de lo que somos como pueblo?, ¿Podríamos atrevernos a tener una instituciones que capturaran mejor esas riquezas?

La Constitución del 1980 fue un retroceso en términos de esta auto comprensión. Entonces quiero terminar diciendo que creo que la discusión de una nueva Constitución es una oportunidad para dedicarle tiempo al tema de la legitimidad, que es muy importante. Uno puede apostar a que creciendo al 5% vamos a estar bien, y que la única legitimidad que importa es el crecimiento económico. No quiero quitarle importancia al crecimiento económico, ya que si no hay crecimiento económico, la más linda de las constituciones va a ser un adorno. Si hay un gran desempleo, todo lo que digamos acá no sirve. Pero la legitimidad de nuestras instituciones no pude depender de un determinado precio del cobre, tenemos que transformarla, renovarla y actualizarla, y creo que es esa una tarea bastante dura.

Javier Couso Salas[2]

Estamos hoy acá para hablar de algo que hace unos años hubiese sido inconcebible. Creo que lo más interesante de esta época es que, quizás como nunca en el siglo XX, haya tanta discusión constitucional, no solo entre abogados sino que entre movimientos sociales, estudiantes y académicos, eso lo hace interesante. Algunos lo encontrarán paradójico, porque Chile es un país bastante estable dentro de las democracias que lograron recuperarse después de un periodo autoritario muy brutal. Uno se pregunta por qué este fenómeno, por qué plantearse revisar nuestra Constitución, y aquí quisiera focalizarme en algunas cosas que pudieran servir para esta introducción.

Ustedes recuerdan, o muchos de ustedes pudieron haber leído, que la dictadura militar justificó el golpe para restablecer la institucionalidad quebrantada. Esto es bien interesante porque el gobierno de Salvador Allende había transgredido la Constitución y por eso se utilizó esa bandera por parte de quienes hicieron el golpe, no obstante que para arreglarlo establecieron un grupo de estudios en plena dictadura, la dictadura más sangrienta que ha tenido nuestra historia, pues la que se vivió entre el 1927 y el 1931 fue bastante más benigna. Entonces tenemos la paradoja de que la dictadura más criminal de nuestra historia fue la que creó la Constitución, y esto va más allá de que hubo fraude en la elección, hay pocos países que han inaugurado democracias prósperas con una Constitución impuesta por una dictadura incógnita.

Soy de la idea de que Chile tuvo una transición ejemplar, lo que se explica por la gente de Chile, no por la Constitución de 1980. O sea, tuvo que ver con la madurez de la elite de Chile, del Pueblo de Chile, que a pesar de que la Constitución ponía obstáculos, tuvo una buena transición. Pinochet puso problemas durante el tiempo que fue Comandante en Jefe en el Ejército. Tener senadores designados era una vergüenza universal para Chile como democracia y duraron hasta el 2005. Antes, algunos hablaban de que la transición ya había terminado, pero uno mira para atrás y es casi increíble que con senadores designados alguien pudiera decir eso. Esto nos ayuda a poner las cosas en perspectiva. No había control civil sobre los militares, el Consejo de Seguridad

[2] Abogado P. Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho U. Berkeley. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

Nacional podía representarle cosas al Presidente, en fin, eran demasiadas las cosas evidentemente anómalas.

Es muy importante recordar que la oposición a los gobiernos de la Concertación tuvo la clara confianza de que ellos tenían la clave para permitir, o no, que cada coma de la Constitución se cambiara. En este término no hay nada derogatorio, es un dato de la causa, eran estos herederos los que solo cuando algo no servía daban paso a la reforma.

Entonces en el 2005 Ricardo Lagos llegó a hablar de la "Constitución del 2005" al quitarle la firma del dictador al texto, pero finalmente seguía el problema constitucional, y el trato por detrás. No fue solo por los enclaves que todavía subsistieron, como el binominal, que ya por fin lo tenemos deshecho, o para algunos de nosotros el rol activo del Tribunal Constitucional, que hoy en día tergiversa o distorsiona los procesos legislativos; sino que es bueno preguntarse qué rol juega hoy día en la filosofía política moderna con respecto a la Constitución.

No quiero entrar a algo demasiado teórico, solo aconsejar que hay un autor que es Jürgen Habermas, que plantea algo bien sencillo: él detecta que vivimos en sociedades multiculturales, o sea, encontramos gente de distintos orígenes nacionales. Lo vemos cada día más; peruanos, bolivianos, pero también mapuches, hoy en día se consideran a sí mismos una nación que está dentro del Estado de Chile. Estamos viendo que hay crecientemente más ateos producto de la secularización, tenemos gente que cree en filosofías políticas distintas. Habermas dice que en la era metafísica, en la era donde todos eran parte de una misma cultura, todos compartían, por decirlo así, una misma idea de lo que era la vida buena. Hoy en día no todos tenemos la misma impresión de lo que es la vida buena, tenemos distintas filosofías, e incluso radicalmente distintas del sentido de la vida. Habermas dice que el derecho democráticamente elaborado es el único pegamento posible en sociedades de este tipo. Chile hoy día se parece más a ese tipo de sociedades que, por ejemplo, Arabia Saudita, que es una sociedad monolítica, una monarquía absoluta, y por eso funciona, es decir, el Corán está muy alejado del derecho positivo secular. Bueno, Habermas dice que el pegamento social, en sociedades modernas, va ser el derecho democráticamente elaborado y la ley de leyes es la Constitución.

Nosotros tenemos una paradoja: somos un país que tiene un apego a sus leyes muy fuerte -un sociólogo boliviano decía que Chile era la patria del Estado, no porque era estatista, sino porque el Estado funciona, hay capacidad estatal -pero lo raro es que la mitad de la población no respeta la Constitución, no respeta el

único pegamento que para Habermas puede ayudar a funcionar a sociedades donde la gente tiene visiones radicalmente distintas, acerca de diversos temas que nos dividen.

¿Cómo lo solucionamos?, con un derecho democráticamente elaborado, pero resulta que el derecho más importante no ha sido democráticamente elaborado. Es más, confesadamente por uno de sus ideólogos, buscaba que no importara quien ganara las elecciones, y que el rango de lo que se pudiera hacer fuera relativamente limitado. Ese fue Jaime Guzmán y fue muy cándido cuando lo mencionó.

Vivir en un país que tiene esas características es indigno de nuestra tradición democrática. Nosotros somos un país que era pobre pero digno; somos un país que tuvo una historia constitucional digna; un país que tuvo relativamente pocas guerras civiles, para lo que era natural en América latina; un país que se fue democratizando gradualmente, quizás lento pero de forma gradual; también fue un país que fue dando órganos de control como la Contraloría, constitucionalmente autónomas; que bajo el gobierno de Frei Montalva impulsó reformas exitosas. Tenemos una historia digna de ser recordada y esta historia fue mancillada por la forma en que esta Constitución fue aprobada, esto impide que la Constitución de 1980 sea el alma de una nación. El patriotismo constitucional es el único patriotismo posible dice Habermas, y si sabemos que la Constitución es el pegamento de una sociedad multicultural, es el único patriotismo para los ciudadanos que estamos en una era diferente a la era donde las guerras marcaban mucho lo que eran las sociedades.

Termino con lo siguiente: una de las preguntas que puede quedar es ¿cómo debiera hacerse una nueva Constitución? Esos son debates muy interesantes, es algo absolutamente central. Si no tenemos claro lo que queremos cambiar de la Constitución estamos mal, porque no vamos a poder responder a lo que un ex compañero de coalición nuestro, Andrés Velasco, decía hace unas semanas: “con la Constitución no se juega”. Con la Constitución de Pinochet, perdónenme, no hay ninguna posibilidad.

CAPÍTULO II

Derechos Humanos, Soberanía y Multiculturalismo

Claudio Troncoso Repetto[3]

Me gustaría comenzar señalando que hoy nos enfrentamos a un cambio en las materias que son reguladas por el derecho internacional. Desde la paz, la guerra, alianzas y fronteras, a temas que afectan la vida cotidiana de las personas, la protección internacional de los derechos humanos, los acuerdos comerciales, de cooperación e integración. Si miramos nuestra historia, las constituciones chilenas del siglo XIX y XX eran muy parcas en materia internacional. La Constitución de 1833 trataba el tema a propósito de las facultades especiales del Presidente de la República, y la Constitución de 1925, además de lo anterior, agrega la disposición relativa a las facultades exclusivas del Congreso para aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. Sólo en la reforma constitucional de 1970 se agrega la facultad del recién creado Tribunal Constitucional para controlar preventivamente la constitucionalidad de los Tratados, siempre que le sea requerido por los órganos constitucionalmente habilitados para ello.

En la Constitución original de 1980 se mantienen estas disposiciones y se agrega en el artículo 5°, inciso segundo, los derechos que emanan de la naturaleza humana como límite en el ejercicio de la soberanía, disposición que sólo podrá desplegar sus efectos en la protección de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales que obligan a Chile a partir de la reforma constitucional de 1989, que le agrega el deber del Estado de promover y proteger tales derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Esta disposición será clave en el período político que se inaugura con la restauración de la democracia.

La reforma constitucional de 2005 traerá más innovaciones en materia internacional al balancear las atribuciones del Presidente de la República y el Congreso en materia de aprobación de tratados, y entregársele mayores facultades al Legislativo en el proceso de formulación de reservas, denuncia y retiro de los tratados. En esta reforma resaltan dos disposiciones importantes para lo que son las relaciones entre el tratado y una ley posterior. La primera que

[3] Abogado Universidad de Chile. LLM U. de Heidelberg.

señala que los tratados “en lo pertinente” se someterán a los trámites de una ley. Con ello se deja definitivamente claro que los tratados, al incorporarse al derecho chileno, no se transforman en leyes sino que conservan su naturaleza de tratados, por lo que no pueden ser derogados por una ley posterior. Con ello se zanja una discusión doctrinaria y jurisprudencial que por más de un siglo asimiló a los tratados a verdaderas leyes. Y si eso no fuese suficiente, se agregó una oración muy decidora: “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Con ello creemos que queda claramente establecida la primacía del tratado sobre la ley.

Con todo hay vacíos en los que no se ha podido avanzar hasta ahora. Por ejemplo, a diferencia de diversas constituciones europeas, como la española, no existe una norma que permita autorizar mediante una ley orgánica la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. En el caso chileno, el Tribunal Constitucional sentenció que se requería de una reforma constitucional específica para poder ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Hay que tener presente que ya el Presidente Frei Montalva había propuesto una norma de este tipo en una reforma constitucional que había enviado al Congreso en 1965 y que a la postre no prosperó. Tampoco existe una norma más expresa relativa al rango constitucional que debieran tener en nuestro ordenamiento jurídico los derechos humanos contenidos en las normas internacionales que comprometen a Chile, que incluye además de los tratados internacionales de los que Chile es parte, también al derecho internacional consuetudinario o costumbre internacional y los principios generales del derecho.

El gran cambio en materia de protección internacional de los derechos humanos se produce con el término de la Segunda Guerra Mundial, cuando este tema deja de ser un asunto de la competencia nacional de cada uno de los Estados para convertirse en una materia de legítima preocupación universal. A partir de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas el año 1945 y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como de los diversos tratados internacionales que se adoptarán en las décadas siguientes, ya nadie puede afirmar que la preocupación de la comunidad internacional respecto a la situación de derechos humanos en un determinado país constituye una violación al principio de no intervención en los asuntos internos del Estado. El derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado vigorosamente en los últimos 70 años concertándose una gran cantidad de tratados que protegen derechos humanos en general, derechos de grupos vulnerables, o que se hacen cargo de violaciones masivas y sistemáticas de los mismos. Estos tratados contemplan por una parte

un catálogo de derechos y por otra parte de un sistema de protección que se ha ido perfeccionando con el tiempo.

Con frecuencia se escucha también la crítica en el sentido de que la adopción de estos tratados de Derechos Humanos constituiría una violación a la soberanía nacional. Esta una crítica que siempre me ha parecido curiosa porque quienes la formulan o la han formulado nunca la hacen extensiva a los acuerdos comerciales, sino que solamente a los tratados de Derechos Humanos. Eso sí constituiría una violación a la soberanía nacional. Esta crítica muestra una falta de conocimiento de la naturaleza propia del Derecho Internacional, ya que los estados al hacer sus tratados obviamente no violan su soberanía, sino que la ejercen, y la ejercen para comprometerse a lo que el tratado estipula. Obviamente que al comprometerse un estado va a limitar su conducta futura, pero la va a limitar como cualquiera de nosotros que sea un contratante: al celebrar un contrato va tener que respetarlo después, pero a la vez está ejerciendo su poder, lo hace por propio beneficio. Entonces, se trata de un ejercicio de la propia soberanía que ejercen los estados, y por lo tanto no puede sostenerse que ésta se viola, sino que se ejerce y precisamente se hace pensado en los beneficios que le va a significar al Estado la celebración de estos tratados, por ejemplo, el prestigio internacional de tratar con un país serio que respete los derechos humanos.

Por eso, resulta central a nuestro juicio considerar dos disposiciones clave de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: una es el artículo 26, que señala que todo tratado en vigor obliga a las partes a cumplir de buena fe lo firmado, y por otra parte el artículo 27, que señala que un estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, ni aun aquello de carácter constitucional, como justificación del incumplimiento de un tratado. Algunos intentan disociar los efectos internacionales de los tratados con el cumplimiento de ellos por parte de los órganos internos, y para eso argumentan que de otra forma se podrían evitar el accionar de los poderes democráticos. Discrepamos de esa posición. Como dijimos, cuando un Estado celebra un tratado lo que hace es ejercer su soberanía, y serán los órganos democráticos de dicho Estado los convocados a aprobar o no dicho tratado. En esto hay participación del gobierno que ha sido electo democráticamente y el parlamento que tendrá que decidir la aprobación o rechazo de este acuerdo, pero una vez en vigor el tratado, no cabe otra alternativa que velar por su pleno cumplimiento, y si para ello hay que adecuar el derecho interno a las obligaciones establecidas mediante ello, es preciso hacerlo. Además, hay que dar cumplimiento directo a ciertas disposiciones que los tratados normalmente poseen que son autoejecutables y no autoejecutables. Las autoejecutables son aquellas que se pueden cumplir sin la necesidad de dictar una ley especial que habilite su cumplimiento, y las no autoejecutables son las que requieren la

elaboración de una ley especial de aplicación. Obviamente que las obligaciones emanadas de los tratados internacionales son grandes, pero deben cumplirse. En el caso de las disposiciones no autoejecutables lo que el Estado tiene que hacer es dictar la legislación y la reglamentación que luego implemente, mientras que en el caso de las disposiciones autoejecutables, el Estado debe dar pleno cumplimiento a estas y los tribunales deben aplicarlas abiertamente en las causas donde corresponda.

Termino solamente con dos observaciones, hay que honrar los compromisos internacionales que se asumen y terminar con la esquizofrenia de dos órganos jurídicos que no dialogan armónicamente entre sí. No cabe aquí una división de dos cabezas completamente separadas, una en el plano interno y otra en el externo. En síntesis, hay tomar en serio el derecho internacional, las obligaciones que se asumen y considerar la centralidad que tiene la promoción de los derechos humanos.

José Ignacio Núñez Leiva[4]

La presente reflexión propone desarrollar un breve análisis en torno a algunas relaciones entre dos conceptos: Constitucionalismo y Multiculturalismo. Así, nuestro objeto de análisis serán algunas aristas de las discusiones constitucionales que han provocado algún avance en materia de multiculturalismo, con el fin de problematizarlas y analizarlas desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho.

Para lograr dichos objetivos, se propone seguir cuatro pasos: el primero de ellos, consiste en preguntarnos qué tipo de Constitución estamos buscando y cuál de ellos nos sirve o nos resulta más propicio para reconocer o para hacer justicia en materia multicultural; el segundo, en reflexionar sobre la paradoja que implica incorporar el concepto de "*nación"* en las constituciones, un elemento que tiene sus primeros antecedentes en la Revolución Francesa, y que parece tan natural, a tal punto que ha sido irreflexivamente considerado o asumido por el constitucionalismo iberoamericano, pero que en la práctica resulta cuestionable; mientras que el tercero, se orienta a revisar algunos elementos de la literatura especializada, principalmente desde la filosofía no jurídica, respecto de la necesidad del "reconocimiento", para - a continuación – reflexionar sobre las razones que pueden movilizar al constitucionalismo chileno hacia un reconocimiento de los pueblos originarios y sus derechos. Con todo lo anterior, se pretende generar un debate en torno a cuáles son los elementos sobre los que debiésemos reflexionar, cuestionarnos, y discutir en este momento de creación de una nueva Constitución desde el punto de vista del multiculturalismo.

Partamos por el primero de los elementos, en el grafico 1 se asumen tres pares de variables en torno a tres modelos distintos de constituciones.

---

[4] Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Post Graduado en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España: Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (2012). Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado de Estudios Avanzados (DEA) y Doctorando en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesor e Investigador, Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Chile. E- mail: jinunez@uc.cl

Gráfico N° 1

De este gráfico se pueden extraer las siguientes ideas que representan distintas opciones de diseño o arquitectura constitucional. En él se muestra una contraposición entre lo que se ha denominado una "*Constitución de reglas"* versus una "*Constitución principialista"*. En segundo lugar, lo mismo se hace respecto de una Constitución que denomino "*regla de juego"* versus una Constitución que podría ser denominada "*plan de juego"* y en último lugar se hace lo propio entre una "*Constitución minimalista"* versus una "*Constitución desarrollada"*.

Las "*Constituciones de reglas"* son aquellas que en sus contenidos y elementos estructurales presentan, junto a sus disposiciones orgánicas, derechos fundamentales altamente determinados, es decir, contemplan con nitidez los componentes de los derechos, que son básicamente dos: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. En ellas sabemos con claridad, e incluso podemos inferir fácilmente, cuándo debemos proceder a aplicar un derecho fundamental y cuáles son las consecuencias que tiene la aplicación de dicho derecho.

Lo anterior, se contrapone a las *"Constituciones de principios"* en las cuales hay una indeterminación o subdeterminación acerca de cuáles son los supuestos de hecho, y cuáles son las consecuencias jurídicas de aplicar esos supuestos. En la Constitución chilena vigente, una norma que es propia o típica de una "*Constitución principialista"* es el artículo cuarto, que señala: "Chile es una república democrática". ¿Cuántos pueden imaginarse en qué momento es aplicable el artículo cuarto de la Constitución?, ¿cuál sería la consecuencia jurídica de la aplicación a un caso concreto de dicho artículo?, ¿qué se va a decidir en virtud de dicho artículo?, ¿qué significa que Chile sea una república

democrática? Esta es la diferencia entre una Constitución de *"reglas"* y de *"principios"*.

Otra contraposición es la que se puede observar entre la concepción de la Constitución como "*regla de juego"* y la estimación de ella como "*plan de juego"*. La primera es el ejemplo típico de la Constitución de contrapesos, es decir, el arquetipo del constitucionalismo estadounidense originario, que estableció un régimen de resguardo de la supremacía constitucional, pero que es escueta en la proclamación de derechos, principios o valores. Este tipo de Constitución determina el marco regulatorio estableciendo ciertas garantías judiciales para resguardar la eficacia de dicho marco, de tal manera que la política contingente sea decidida por el Legislador, confiriendo la posibilidad de adoptar democráticamente las decisiones que se adoptarán en torno a los problemas cotidianos.

Por el contrario, el modelo de Constitución establecido entre la Revolución Francesa y la época pre napoleónica, careció de garantías constitucionales (no hay Tribunal Constitucional, no hay revisión jurisdiccional de las leyes, etc.) pero poseía un denso catálogo axiológico. Las tres constituciones de este periodo fueron acompañadas de sendas declaraciones derechos que instaban al legislador a desarrollar ciertos planes políticos. Para el modelo francés, si el legislador fuera un deportista, la Constitución sería el entrenador que indica cómo actuar, pero con la particularidad de que no se establecen sanciones en caso de incumplimiento; mientras que para el modelo estadounidense, la Constitución estaría compuesta por las reglas que disciplinan ese deporte en particular y a su lado tendría un árbitro atento a sancionar los incumplimientos de esas reglas.

La última contraposición que nos muestra el gráfico (que me parece más artificial que efectiva), es entre las constituciones "*mínimas o neutras"* y las "*desarrolladas"*. Las últimas enfatizarían la parte dogmática y el reconocimiento de derechos fundamentales en contraposición a las "*Constituciones mínimas*" que, en palabras de algunos autores, son Constituciones que se dedican regular adecuadamente la "Sala de Máquinas", es decir la separación de poderes y la organización de los órganos de Estado. Una *"Constitución desarrollada",* en cambio, optaría por controlar aquel poder – público o privado - que afecta las libertades de las personas premuniéndolas de escudos, entregándoles a los sujetos armas de defensa para enfrentarse al elemento agresor de los derechos y libertades (en cambio las "*Constituciones mínimas*" lo que hacen es evitar que agredan a las personas, es decir, enjaulan al Leviatán).

Hechas estas aproximaciones, la pregunta es ¿en cuál de las Constituciones descritas previamente tiene cabida una vida multicultural?, entendida ésta no como una vida de tolerancia ni aceptación de diferencia, sino como una de promoción y valoración de la diferencia.

Pareciera ser que el multiculturalismo es mejor recibido en una Constitución desarrollada, plan de juego y principialista. Este es el ejemplo que nos brindan algunas constituciones sudamericanas como las Constituciones ecuatoriana, colombiana, brasileña y boliviana.

En segundo lugar del itinerario ya anticipado, llama la atención una paradoja que surge a raíz del discurso empleado en la Constitución vigente y que pocas veces nos cuestionamos. Si uno revisa los manuales de derecho constitucional tradicionalmente estudiados en las facultades de derecho, pareciera ser que el estudio del artículo quinto[5] sobre quién es el titular de la soberanía, ocupa muy poco espacio. Tiene un análisis irreflexivo y que deriva de una razón distinta a la cual los franceses optaron por la teoría de la soberanía nacional. Cuando ellos iniciaron su revolución quisieron depositar su soberanía en la nación en oposición a un enemigo, el monarca. Pero la réplica de la teoría de la soberanía nacional por parte de las colonias lo único que hace es reproducir una paradoja, ya que trata de unificar sociedades profundamente diversas asumiendo algo que posteriormente un teórico del derecho penal desarrolló como la "lógica del derecho penal del enemigo", y que antes había sido criticado a Carl Schmitt en su lógica del "amigo-enemigo".

Es decir, la construcción de la soberanía nacional en proceso de emancipación de las colonias iberoamericanas se hizo en oposición a un enemigo común: la metrópoli y los indígenas. Lo que tenía un doble propósito: generar identidad en la idea que tenemos un adversario en común, pero también la ficción que somos todos iguales, aunque en la práctica no lo somos por nuestras biografías y culturas de origen. Entonces la intención del recurso a la soberanía nacional tiene como fin la unificación de las voluntades de los sujetos que conforman el elemento humano del Estado en aras de una causa compartida, pero que en la práctica busca suprimir las diferencias que hay dentro de él.

Con todo, si reflexionamos en torno a la globalización, lo que varios teóricos destacan es la visibilización de los grupos minoritarios. La globalización no

[5] Artículo 5º (inciso primero). La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

solamente constriñe los factores tiempo y espacio, sino que hace que los grupos minoritarios encuentren ciertas similitudes con los que también padecen marginaciones en otros lugares, por eso hoy, las demandas de los grupos mal llamados originarios encuentran similitudes y respaldos en otros pueblos postergados que tienen sus mismas inquietudes y que viven dentro de otras fronteras.

Así, recurrir al término "*nación"* en el contexto de la globalización, paradójicamente, termina por minar los fundamentos de lo que se persigue con él: la idea que tenemos un pasado compartido, un presente con valores iguales y una intención de permanecer en el futuro. Activa a los grupos que se sienten incómodos en esa pretendida igualdad, haciendo que se encuentren con otros similares, con los cuáles no son vecinos, pero con quienes sí comparten valores, historias y aspiraciones. La Nación ya no puede tener hoy base territorial. Por ejemplo, el pueblo mapuche encuentra su símil en pueblos de Canadá, y – al mismo tiempo - se pregunta por qué la sociedad chilena es tan hipócrita al considerar que las demandas de escisión de la nación escocesa o catalana son razonables, pero que la de los mapuches es ilegítima. Eso es resultado de un concepto de nación que alude a un pasado y presente compartido y a la intención de permanecer juntos en un futuro. Esa es precisamente la paradoja de la utilización del concepto de nación para pretender unificar ordenamientos jurídicos.

En torno al "Reconocimiento", Hegel decía que la inclinación de las personas por éste, puede conducir a la violencia o a sacrificar los bienes que tenemos para superar la indignidad que significa la desgracia de la invisibilización. Esta es la explicación de los procesos emancipatorios que han experimentado las colonias.

Charles Taylor decía que esto es un imperativo de la dignidad. Si tenemos una concepción kantiana de ésta, es decir, que la dignidad tiene que ver con que nadie es un medio sino un fin, el ser humano tiene naturaleza dialógica, nos realizamos en interacción con otros. Taylor dice que el reconocimiento de nuestras identidades y particularidades es esencial para nuestra organización. En su trabajo estima que el liberalismo es incompleto, lo que se necesita es asegurar elementos que permitan en la práctica que cada persona satisfaga su interés, especialmente su realización personal en la medida de lo posible. Habermas, por su parte, toma esto y plantea que es legítimo que los intereses de la mayoría sean sacrificados en la medida de que sean útiles para satisfacer aquellas necesidades de la minorías históricamente postergadas en razón del dominio de las mayorías, es decir, es una justificación filosófica de las medidas de acciones afirmativas. Los tres son fundamentos del multiculturalismo y del feminismo.

Gráfico N°2

Hegel	• La Inclinación por el Reconocimiento conduce incluso a arriesgar las ventajas "lo propio", arriesgando la vida para superar el deshonor de la *invisibilización*.
Charles Taylor	• Imperativo de la Dignidad. • Naturaleza dialógica se realiza en diálogos subjetivados. • Complementa Liberalismo de Rousseau con el de Kant.
Habermas	• Propone una política que asegure la supervivencia de una forma de vida considerada buena al precio de restringir bajo cierta condiciones algunos derechos fundamentales de la mayoría.

Hay un autor que desde el punto de vista constitucional es quien más ha desarrollado estas teorías: Bartolomé Clavero, que combina el análisis de la teoría constitucional con la historia constitucional. Este autor, en distintas obras, distingue entre tres "registros" constitucionales en materia de reconocimiento de pueblos originarios, y los llama registros porque no son momentos consecutivos, ni adversativos, sino que se dan cotidianamente. La primera tipología es la *adversativa*, la cual tiende a ilegalizar, criminalizar y asimilar a los pueblos originarios. El ejemplo que pone son las campañas de "pacificación" de América, lo que es un eufemismo de genocidios. Las nociones de "Pacificación" de la Araucanía y de la Pampa, Chile y Argentina respectivamente son muestras de lo anterior.

El modelo *objetivo* presenta una postura paternalista respecto de los pueblos originarios. Un ejemplo de esto es que el Estado de Chile se comprometa a proteger los intereses del pueblo mapuche. Fíjese usted en lo atrayente y a la vez en lo violento de este registro. Esto es casi equivalente a contemplar en un Código Penal sanciones al que comete maltrato animal.

La alternativa que propone Clavero es la variante *subjetiva*: proponer a los pueblos originarios como titulares de derechos subjetivos que puedan ser ejercidos respecto de las clases y grupos dominantes. Propuesta que comparto.

Finalmente, me gustaría plantear inquietudes para este debate, en el cual son más importantes las preguntas que las respuestas. ¿Cuáles son las directrices que debiesen orientar un proceso constituyente respetuoso de la multiculturalidad?

En primer lugar, un proceso que respete los principios democráticos, participativos e institucionales no puede soslayar la presencia de los pueblos originarios. No podemos ser nosotros los que decidamos por los pueblos originarios, de la misma forma en que las feministas dicen que una Constitución no puede ser elaborada por hombres a espaldas de las mujeres, entre cuatro paredes. Asimismo, una nueva Constitución no puede ser elaborada por una "comisión Ortúzar"[6] de hombres y mujeres blancos de rasgos occidentales, sino que debe tener en cuenta los intereses de los pueblos originarios pero a través de sus propios protagonistas. Podemos imaginar o inferir cuáles son sus intereses, pero en la práctica, la libertad se basa incluso en el derecho a equivocarse con tal de que la decisión sea propia.

Muchos hablan que ésta es la mejor Constitución de nuestra historia y que Chile no sería el país próspero que es actualmente si no fuera por ella. Sin embargo, algunos sostenemos que no importa si Chile resulta ser o no ser próspero con una Nueva Constitución mientras sea hecha por nosotros, y ese derecho que reclamamos también lo pueden reclamar los pueblos originarios.

Desde luego, acudiendo al derecho internacional, la ruta a la nueva Constitución debiese incorporar la consulta indígena; y en su texto, nuestra Carta Fundamental debiera contemplar el principio de multiculturalidad como pilar fundamental del Estado Constitucional de Derecho; debiese reconocer elementos base como el derecho a la identidad, que no necesariamente va a favorecer sólo a los pueblos originarios, sino a cualquier grupo cultural diverso; y el derecho a mantener la lengua y la cultura dentro de los procesos educativos.

Otra interrogante que surge es si estos derechos deben tener efectivamente una naturaleza colectiva que permita que sean reclamados en su cumplimiento por agentes representantes, o no. Esto es lo más polémico, el reconocimiento de una organización política con carácter incidente, es decir, la capacidad de los pueblos de adoptar sus propias decisiones y que ellas incidan en el momento de adoptar políticas públicas de alcance nacional. Pero esa no es la única. También debemos debatir en torno a la posibilidad de conservar su sistema normativo en paralelo al del Estado; la capacidad de contar con sus propios tribunales; la posibilidad de

[6] El autor se refiere a la "Comisión de Estudios de una Nueva Constitución" (CENC), nombrada así por su presidente Enrique Ortúzar. Sus miembros, designados por la dictadura militar tuvieron la misión de generar un anteproyecto para la Constitución de 1980.

tener cierta autonomía en el gobierno de sus propios territorios; y, desde luego, algo que es fundamental para los pueblos originarios, tener un uso preferente o capacidad de decisión referente sobre el uso de recursos naturales. Esas son algunas de las cuestiones sobre las cuales no debiéramos eludir nuestro debate con miras a una nueva Constitución.

CAPÍTULO III

Los Derechos Fundamentales: hacia un equilibrio

Hacia una política con perspectiva de derechos

Augusto Quintana Benavides7

Se nos pidió hacer una presentación en relación a los derechos fundamentales y quería partir en primer lugar señalando que hay cosas que están sucediendo en nuestro país que dan cuenta que quizás estamos siendo testigos de algo relevante, que es probablemente el cambio de una forma de hacer política y de ver la política.

Sabemos que si hay algo difícil de regular es la política, si hay algo más díscolo que pueda ser objeto de regulación, eso es la política, porque nada puede ser más dinámico que la política misma. La pretensión del constitucionalismo es regular la política, sabiendo que solo puede ser en un marco muy acotado de posibilidades, y por eso es que el constitucionalismo no se centra en la totalidad de la política, sino en aquellos aspectos medulares de esta actividad. Por eso es que he querido titular nuestra ponencia a propósito de los derechos fundamentales como "hacia una política con perspectiva de derechos", que quiere decir que la política se oriente hacia la satisfacción de derechos. ¿De cuáles derechos? ¿A través de qué mecanismos? Aquí por supuesto existen opiniones que pueden ser muy contingentes.

En primer lugar, hay que señalar que la Constitución no es neutra, ya que reproduce o produce los valores que la economía hace suyos; segundo, indica los objetivos o fines que la comunidad política persigue; tercero, señala los mínimos que a una comunidad le resultan aceptables; en cuarto lugar, determina el orden de prioridades que la acción política debe observar y finalmente precisa la responsabilidad –o en su caso la ausencia de responsabilidades –que le corresponden a la distintas entidades con los objetivos comunes.

Teniendo a la vista que la Constitución no es neutra ¿qué Constitución querríamos? En primer lugar una que se sume a nuestra historia republicana. No nos pretendemos apartar de lo que ha sido nuestra historia republicana y, en cierta forma, por supuesto que habrá modificaciones y adecuaciones, pero en lo grueso hay que partir sobre la base de lo que ha sido nuestra historia como pueblo, es decir de un país que se siente satisfecho, orgulloso de lo que ha sido su historia republicana. Tenemos la intención de que esta Constitución refleje nuestros

[7] Abogado U. de Concepción. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional P. Universidad Católica de Chile.

valores, porque somos actores políticos. No solo como militantes, sino como ciudadanos, querríamos que nuestros valores, cualquiera que estos sean, estén recogidos en la Carta Fundamental. Por supuesto nunca con la pretensión de que sean la única perspectiva aceptada, sino que concurrirán otras filosofías también democráticas.

Se necesita además una perspectiva que permita realizar, entre otras, una política basada en el humanismo cristiano. Pretendemos que la Constitución permita realmente realizar una política basada en el humanismo cristiano y no una Constitución que entorpezca esa política, como seguramente la actual Constitución hace. Queremos una Constitución que cierre las puertas a experimentos autoritarios, pero también queremos que se le cierren las puertas a visiones políticas militares. No queremos cualquier tipo de política, queremos también una política que se exprese de una manera distinta, a eso aspiramos.

Tenemos metas para una nueva Constitución: primero, que la Constitución asegure de una manera sistemática todos los derechos que consideramos fundamentales; segundo, que el decálogo de los derechos fundamentales correspondan a las tres generaciones de derechos, la primera de derechos individuales, la segunda de derechos sociales y la tercera asociada a los derechos colectivos; tercero, que el decálogo de derechos sea garantizado mediante una o más acciones tutelares.

Con respecto a los derechos fundamentales ¿cuándo un derecho constitucional pasa a ser derecho fundamental? Cuando la propia Constitución establece mecanismos y procedimientos en el caso que no fuesen cumplidos o satisfechos esos derechos. Sin esas acciones constitucionales los derechos constitucionales no son fundamentales.

Voy a hablar sobre algunos axiomas. Primero, que todos los derechos involucran un gasto, no hay ningún derecho gratis. Es falso que algunos derechos sean gratis y otros no. Por ejemplo, el aseguramiento del derecho a la seguridad y la tutela del derecho propiedad imponen un elevado coste al Estado. Pensamos solamente cuanto nos cuesta a nosotros los ciudadanos la tutela del derecho de propiedad, pensemos en políticas, pensemos en cárceles, pensemos en tribunales, entre otras cosas. Todas estas cosas son onerosas. Por lo tanto, no es razonable privilegiar algunos derechos por sobre otros, pensando que algunos son gratis y otros implican un desembolso, pensando que algunos son libertades positivas y otros libertades negativas.

Axioma dos: si todos los derechos involucran gastos, entonces todos los que se encuentran en el catálogo de derechos fundamentales tendrán prioridad respecto a los que no lo estén. La actual Constitución política recoge de forma parcial los derechos sociales y, por ende, dentro de los derechos que deben ser efectivamente asegurados, no son prioritarios ¿por qué? Porque hay otros derechos constitucionales que de acuerdo a la Constitución vigente merecen prioridad. Cabe decir además que la principal amenaza a los derechos fundamentales en democracia proviene de los particulares, por ejemplo los abusos de las ISAPRE y AFP.

Axioma tres: la visión sobre qué derechos asegurar en la Constitución y cuáles van a ser los mecanismos o procedimientos para hacer efectivos esos derechos es eminentemente política. Las constituciones, como se ha señalado, son la expresión de una preferencia, no son neutras, constituyen una manifestación de voluntad. Tendrán que haber acuerdos en distintas instancias entre los partícipes del proceso constituyente. Para poder tener finalmente una Constitución se sacrificarán aquellas cuestiones que las partes no consideren esenciales, pero lo esencial deberá ser asegurado en la Constitución y lo esencial son los derechos fundamentales. Las constituciones no son, por tanto, el reflejo de un diseño teórico de algún constitucionalista, sino que son finalmente la expresión de una decisión y de acuerdos.

Entonces, la decisión de qué Constitución es posible aprobar es o debe ser expresión de la voluntad popular. No son las minorías las que redactan las constituciones, menos la nueva Constitución que estamos pensando, porque se trata de una decisión política que no puede quedar entregada a argumentos contra mayoritarios. Es una ocasión única, de muchos siglos quizás, donde es el Pueblo el que piensa y que desea la idea de una nueva Constitución, es el Pueblo el que va a definir cuál es su “casa común”, y el Pueblo el que vea meridianamente satisfechos en esa Constitución sus anhelos y esperanzas.

Concluyo señalando lo siguiente: si hay algo que probablemente la nueva Constitución va a hacer cambiar dentro de la fisonomía política del chileno es el surgimiento de una política orientada a satisfacer derechos. En nuestra tradición humanista cristiana, si nos remontamos a las encíclicas sociales del Magisterio de la Iglesia, particularmente en las encíclicas de Juan XXIII, es donde se acentúa quizás con mayor clarividencia esta visión de que la enseñanza social está orientada hacia la satisfacción de derechos. Les digo que releamos esas dos grandes obras que son “Mater et Magistra” y “Pacem in Terris” y nos vamos a dar cuenta que el común denominador de esas dos encíclicas está en la idea de

establecer en una Constitución, en la sociedad, en el mundo, una perspectiva de derechos, por supuesto, aplicada esencialmente al ámbito de lo social.

Jorge Correa Sutil[8]

Respecto de Augusto Quintana, quien realiza la otra exposición contenida en este capítulo, tenemos posiciones distintas, pero es una diferencia constitucional, no política. Yo estoy convencido que desde una perspectiva social cristiana todos los derechos son completamente interdependientes: no hay derecho de tránsito si las personas no tienen los medios mínimos para movilizarse en la ciudad; no hay derechos políticos sin un mínimo de educación; hay una interdependencia de los derechos económicos sociales, que son necesarios para el goce de las libertades, hay una complementariedad entre ellos y todos tienen una igual dignidad, todos son derechos humanos y fundamentales. No obstante ¿deben todos incluirse de igual forma en una Carta Fundamental? Mi respuesta es no, y la razón es una que tiene que ver con la pregunta sobre qué es una Constitución, no con que un derecho sea más importante que otro.

Entiendo el surgimiento de la primera generación de derechos fundamentales: las libertades, límites al poder, prohibiciones de interferir en la esfera de la autonomía de la persona y de las comunidades, libertad de conciencia, religiosa, personal, de enseñanza. Son todas libertades de las cuales básicamente las personas y comunidades necesitan gozar como pre-condición de la democracia, siendo esto pacífico en cualquier teoría constitucional. Son cartas de triunfo ante las mayorías, las mayorías políticas no pueden interferir en mi libertad personal, por lo tanto yo tengo un derecho reclamable judicialmente. Sin libertad de expresión no hay democracia posible, es una pre-condición de la democracia y por lo tanto de ahí en adelante parte el juego político, pero ese espacio es irreductible es infranqueable, es intocable desde la política y esa es la razón de ser de los derechos de la primera generación.

Por lo mismo creo que es necesario tener claro cuáles son los derechos fundamentales y cuáles no lo son, y creo que aquí el criterio más fácil es aquel que se basa en los que son reclamables ante el Estado, aunque eso no significa que los otros no sean importantes. Por ejemplo, cuando se me priva de la libertad por un privado, yo reclamo invocando el Código Penal, y si alguien incumple mi contrato o me estafan en una operación mercantil o como consumidor, invoco la ley. Al igual que el autor de la otra exposición de este capítulo, creo en el Estado de Bienestar, pero no necesito la Constitución para eso, pues es un derecho

[8] Abogado U. de Chile. Magíster en Derecho U. Yale. Subsecretario del Interior (2001-2006). Ministro del Tribunal Constitucional (2006-2009).

igualmente reclamable invocando una legislación. Pueden haber, naturalmente, algunos énfasis y espacios de duda, como tengo, por ejemplo, con aquellos servicios públicos que el Estado tercerizó a privados, y ahí entramos en el terreno de las instituciones que prestan seguridad social o la salud, pero no quiero alargarme mucho en eso.

Efectivamente hay derechos de primera generación que cuestan dinero: parcialmente el debido proceso y la igualdad cuando se alega la exclusión de un beneficio. Creo que la igualdad es un derecho constitucional que puede obligar al Estado a hacer una prestación. Si yo digo que el proceso judicial al que me están sometiendo no me da garantías mínimas y debe ser reformado ese proceso, puedo llevar al Estado a gastar más dinero. Pero la Constitución es política, por lo que no creo que los modelos sociales deban estar en ellas. No creo en las constituciones socialcristianas ni de ningún apellido, creo en las constituciones políticas y creo que una de las grandes falencias de nuestra Constitución es la falta de derechos políticos, pues apenas está el derecho a ser elegido, y no está el derecho a participar, no está el derecho a ser considerado en la elaboración de políticas públicas. Si logramos que las políticas públicas funcionen bien, si logramos que la democracia funcione bien, entonces la mayoría debiera optar por un Estado de Bienestar y las políticas sociales fundamentarse en los derechos sociales, que son fundamentales, pero que deben ser cumplidos por la política y no por las constituciones. ¿Debieran estar los derechos económicos y sociales? Más allá de su dignidad, su interdependencia y su relevancia, lo que no está en discusión, voy a partir por analizar qué significa que estén en una Constitución. ¿Deben poder reclamarse los derechos económicos sociales judicialmente? Sí, pero aclaro que no he dicho los derechos “constitucionales” económicos y sociales, sino sólo los derechos económicos y sociales, y la respuesta es sí, en la medida que estén legislados.

¿Se puede reclamar porque el Estado ha omitido una política pública o porque su política pública es imperfecta? Aquí voy a limitarme a dos motivos que debieran estar en la Constitución en virtud de los cuales se podría reclamar. Uno se refiere a que si esa política se construye para beneficiar a un grupo y perjudicar a otro desventajado, esa política pública debe ser reclamable ante la justicia. Por ejemplo, si la política de repartición de vivienda excluye sistemáticamente a personas con ciertas características. También se debería poder reclamar por una política pública en la que no ha habido la participación mínima que la Constitución establece o se desarrolla en la legislación. La Constitución debería garantizar el derecho a la participación, debiendo estar detallado en la ley cómo participar. Ante aquella política pública que no haga las consultas ciudadanas que por ley estén determinadas, se debe poder efectuar un reclamo. Una vez garantizada esa

participación, el resultado de esa política pública será el reflejo de las mayorías y la Constitución debe guardar completo silencio.

¿Por qué no debieran los restantes reclamos poderse hacer judicialmente? Porque presentan el riesgo de favorecer desigualmente a ciertos grupos y porque los tribunales no tienen la capacidad de encaminar la política social al goce efectivo de los derechos. Los jueces no pueden decidir si una política es mejor que otra, no pueden saltar "el orden de la fila", por ejemplo en casos de trasplantes, pero lo que pueden decir es que determinada persona que fue a reclamar ante ellos tiene un beneficio que la Constitución le otorgó, al margen de las leyes que lo detallaron, y es eso en lo que consiste un reclamo constitucional, y no la posibilidad de saltarse las leyes.

Así como no quisiera que ninguna prestación estatal sea decidida por los jueces, tampoco me gustaría ver a los tribunales determinando cómo se garantiza la libertad de movimiento, porque esto arriesga debilitar a los órganos representativos, y con eso a la democracia. Prefiero que todas estas cuestiones sean definidas por la autoridad política, porque además esta autoridad política debe responder, y puedo cambiarla, al contrario de los jueces, que no responden y no los puedo cambiar. Si Chile está enfermo constitucionalmente de algo, está enfermo de las desconfianzas, eso es lo que tenemos mal constituido en la política chilena, esa es la mala Constitución de Chile.

En la Nueva Mayoría creo que tenemos problemas que no hemos logrado explicar, pues decimos "queremos más democracia, que se acaben las leyes orgánicas constitucionales" pero luego "quiero subir todos estos derechos a la Constitución" ¿Para qué? para que sean reclamables constitucionalmente. Con esto no se hace otra cosa que debilitar la democracia, porque hacer que una agencia especializada y elitista resuelva políticas públicas, o por lo menos invalide políticas publicas adoptadas por la mayoría, es hacer a la política irresponsable. El mejor ejemplo es lo que sucede con las ISAPRE: en vez de estar reclamando ante la política, los ciudadanos están reclamando ante los tribunales, el Congreso Nacional "mira hacia el techo", el sistema sigue funcionando pésimo, y al estar los tribunales este tema, la política en Chile no se hace responsable.

Tenemos una política irresponsable, tenemos una democracia de la cual se desconfió, que se enfermó de desconfianza con la Constitución de 1980, que tenía que ser protegida para que el modelo no cambiara. No quiero modelos en la Constitución, ninguno, quiero una política sana, transparencia, participación, derechos políticos, información. Y quiero política relevante. La gente dejó de votar porque las cosas se resolvían en los salones, y una Constitución plagada de

derechos y que consagre un modelo es la ecuación perfecta donde la política no importa, porque ya está todo resuelto. ¿Hay algo más elitista que eso?

Si los derechos económicos y sociales establecidos en la Constitución no debieran ser reclamables judicialmente, salvo por la discriminación y por la falta de participación en las políticas sociales, podemos hacer unas preguntas finales ¿Deben estar en la Constitución como propósitos? diciendo que no son garantizables judicialmente, pero que la política debe ir hacia allá, yo tiendo a responder que sí. Los fines de igualdad, de derecho a la salud, derecho a educación, entre otros, deben constituirse en límites posibles y plausibles a los derechos fundamentales, de tal manera que cuando alguien invoque mi propiedad, podamos ponderarlo con los fines lícitos del Estado, y si es necesario para eso subir a la Constitución los fines lícitos del Estado, en eso no tengo problema.

CAPÍTULO IV

Del Hiperpresidencialismo a...

Ricardo Gamboa Valenzuela[9]

La pregunta del "hiperpresidencialismo a…" es una invitación a plantear distintos temas que tienen que ver con la reforma constitucional, con cómo se estructuran las relaciones entre poderes, con qué se debe abordar en el marco de la discusión constitucional. Esto es bien interesante porque estuve revisando bastantes cosas sobre este punto y es evidentemente notable que la discusión se ha centrado mucho en asuntos como el nuevo catálogo de derechos y deberes, habiendo una discusión profunda acerca de su reclamación jurisdiccional. Pero cuando uno entra a la forma de gobierno como pregunta, básicamente la discusión gira en torno a si avanzamos hacia un sistema presidencial o si basta sólo con cambiar algunas cosas, pero no obstante de eso, es bastante poco lo que se dice en concreto.

Más que decir muchas cosas con respecto a qué cambiar, quisiera hacer algunas preguntas en torno a cómo plantear el problema. Voy a comenzar haciendo una pregunta: ¿qué es hiperpresidencialismo? en el caso chileno siempre se habla de que el sistema es hiperpresidencialista, pero hay que entender qué significa eso. Entiendo de donde viene la afirmación, que atiende a una distribución de poderes bastante desequilibrada en favor del Presidente de la República y eso da a entender que en el marco constitucional chileno el Presidente hace lo que quiere. La pregunta es, en realidad, si eso es efectivamente así. No sé si este gobierno es hiperpresidencial, puede que lo sea desde el punto de vista que formalmente la Presidenta tiene muchas atribuciones, pero no sé si es hiperpresidencial desde el punto de vista de que el Gobierno "hace lo quiere". Más bien parece que todas sus reformas están trabadas y algunas muy trabadas, y su capacidad de acción está muy limitada en este momento.

Entonces se debe definir bien de qué es lo que estamos hablando porque hay un sistema político que está con serios problemas y un Gobierno que está con muchos problemas para tomar decisiones y hacer avanzar sus decisiones, y en ese contexto me parece que hablar de hiperpresidencialismo puede ser equívoco en algún sentido. Desde el punto de la estructura formal es más entendible, pero no queda tan claro desde el punto de vista de la práctica política. En ese contexto creo que este es un problema bastante más amplio, y que cuando uno quiere hablar de hiperpresidencialismo tiene que combinarlo con la forma en que este funciona en la práctica, lo que junto con el rol de otros actores, es preciso para determinar cómo funciona el sistema presidencial.

[9] Abogado y Magíster en Ciencia Política P. Universidad Católica de Chile. Doctorado en Ciencia Política en la U. Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

Aquí quiero decir una cosa que es bastante obvia: no se trata de defender el hiperpresidencialismo ni a Pinochet, pero yo creo que el problema no es sólo jurídico-institucional, desde el punto de vista del funcionamiento del sistema, ni siquiera principalmente jurídico-institucional, sino tiene que ver con un problema de que los actores no están funcionando bien y en particular los partidos políticos, porque aquí la clave del problema es el mal funcionamiento de los partidos. Los partidos políticos hoy tienen una falta de organización, de unidad, de ideas, es decir, adolecen de muchos problemas en su funcionamiento, y eso sí que afecta al sistema político.

Entonces el primer punto es preguntarse si el problema es institucional o no, y me inclino a decir que hay más bien un problema con los actores que con lo institucional, lo que no quiere decir que no se requieran ciertos cambios. En segundo lugar, otra cosa que puede ser provocativa es que leí un documento presentado por un conjunto de técnicos del Partido (Demócrata Cristiano) en relación a la idea de avanzar al semipresidencialismo. Aquí vuelvo a lo que dije anteriormente ¿qué es el semipresidencialismo? El punto es anterior a la definición sobre cómo avanzar a un sistema semipresidencial y, en definitiva, cómo configurar esa institucionalidad semipresencial. Una pregunta central es ¿cuál es la distribución de atribuciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo? Antes de esa decisión hay que pensar que si vamos al semipresidencialismo es necesario reflexionar y decir “bueno, vamos a una forma de gobierno que para su buen funcionamiento requiere de ciertos prerrequisitos”, porque los sistemas políticos no funcionan sobre la nada, funcionan sobre un contexto institucional y político que puede favorecer su desarrollo o puede obstaculizarlo.

Yo creo que aquí hay una pregunta que poco se hace cuando se piensa en eso y es ¿tenemos partidos para un sistema que exige una mayor responsabilidad de las organizaciones partidarias? ¿Nuestras reformas están siendo coherentes actualmente con esos objetivos? Hay que ser sinceros, no es que tenga una preferencia normativa, pero creo que Chile hoy no cumple con los requisitos necesarios. Las características del sistema de partido podrían obstaculizar el funcionamiento del sistema semipresidencial, porque si vamos a tener un sistema semipresidencial necesitamos partidos organizados, coherentes, con bajo nivel de fragmentación ¿Nuestros partidos cumplen con esos requisitos? Veo mucho partido que “se manda solo” y eso puede obstaculizar el buen funcionamiento del semipresidencialismo. Yo no estoy diciendo que estemos en el mejor de los mundos pero si vamos a cambiar a un sistema donde los partidos adquieren más relevancia aún, y esos partidos no tienen las características necesarias de responsabilidad para el efecto, creo que no tiene ningún sentido intentar avanzar

en ese camino. Desde el punto de vista formal suena bien el hecho de que se distribuyan los poderes, que hayan más herramientas posibles para las situaciones de crisis, pero hay que tener en cuenta otros elementos que son necesarios. Ahora bien, la segunda opción que se plantea, y en la que creo que más o menos se podría avanzar, es atenuar el presidencialismo. La cuestión que hay que discutir es como reequilibrar este presidencialismo y en esto no tengo propuestas tan concretas, pero hay varios elementos que uno podría considerar.

Antes de eso me gustaría plantear la discusión sobre el tema de unicameralismo. ¿Por qué tenemos dos cámaras? Una idea que se puede plantear y que tendría buena recepción en el público, es la de ir hacia un sistema unicameral. Hoy hay cosas que el Senado se reserva, como algunos nombramientos, pero no habría inconveniente en que estos fueran hechos por una sola cámara. Hay una discusión también sobre si tener una sola cámara haría al Congreso tener más fortaleza política que uno divido en dos. No tengo una convicción definitiva al respecto, pero creo yo que es un tema a discutir.

Ahora bien, en materia de reequibrilamiento de los poderes ejecutivo y legislativo, no es muy novedoso lo que diré, pero se puede avanzar en esto en cuatro o cinco cosas. Una tiene que ver con la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de proyectos de ley. Uno podría pensar que dado que es otro el contexto al que existía cuando esto se impulsó, algunas de las materias que hoy son de iniciativa exclusiva del Presidente podrían pasar a ser iniciativa legislativa general. Junto a ello, si vamos a ampliar la iniciativa legislativa del Parlamento, hay que fortalecer la institución parlamentaria en términos de su capacidad técnica para plantear proyectos de ley. Sabemos que con respecto al Ejecutivo hay un gran desequilibrio en este ámbito. Aquí puede haber diferentes alternativas de cómo hacerlo, pero el primer punto es ampliar esta iniciativa legislativa del Parlamento a las cosas que quizás ya no se crean desde el punto de vista normativo, y segundo, dar más fortaleza técnica a los parlamentarios para la presentación de sus proyectos de ley.

Por otra parte, algo que no me gusta tanto y que contribuye a darle más poder a los parlamentarios, tiene que ver con la participación en el nombramiento de autoridades. Tercero, buscar mecanismos más efectivos para la fiscalización de la actividad del Ejecutivo. Esta es un área en la que es necesario avanzar y en la que hay bastante consenso, sobre todo en el área de control del presupuesto. Controlar el gasto público es una medida bastante efectiva, como se señala mucho en la literatura comparada, lo mismo que hacer un sistema de interpelaciones más efectivo. Otro punto en el que lanzare una opinión más crítica es sobre la introducción de una institución como la “jefatura de ministros”

argentina, es decir, una institución que sea dependiente del Ejecutivo, pero también del Parlamento. Esto también se puede apreciar en la figura del Presidente del Consejo de Ministros en Perú. Soy bastante escéptico respecto de ellas; evidentemente se trata de experiencias distintas, pero la jefatura del Gabinete de Ministros no es una institución de control que fortalezca al Parlamento argentino frente a la Presidencia. De hecho, los jefes de gabinete en vastas ocasiones han sido ministros importantes. Lo que quiero decir es que estas instituciones, dada la experiencia de Latinoamérica, sirven de poco, y entonces es mejor no perder tiempo en ellas.

Por último, si bien me he referido más bien al Poder Ejecutivo y Legislativo, hay otras materias en las que seguramente se va a avanzar y que van a disminuir el poder presidencial. En particular, me refiero a la reforma territorial, en donde va a ver una transferencia de competencias. Los regionalistas son mucho más optimistas que yo, pero una transferencia de atribuciones al menos parcial va a disminuir el poder presidencial. Es decir, el mayor o menor poder del Presidente no solo tiene que ver con el Legislativo, sino que con otros aspectos más.

CAPÍTULO V

Nueva Constitución, nuevo trato a las regiones

Álvaro Villanueva Rojas[10]

Quiero dividir la presentación en dos partes: una introductoria donde espero poder compartir algunas reflexiones más conceptuales, y después ir a temas más concretos. Lo primero con respecto a la lógica de una nueva Constitución es que se debe diseñar territorialmente el Estado y el poder dentro del Estado de una manera distinta, por lo tanto es una discusión originaria, y básica, por cuanto es ponernos de acuerdo sobre cómo construimos los cimientos de la casa. Por otro lado, al ser una discusión de ese tipo no sabemos qué forma le daremos, pero tenemos muchas posibilidades. Una característica de la discusión constitucional es que parte "desde cero". Naturalmente los partidos políticos tienen que ir elaborando propuestas, pero indudablemente, si el objetivo final es hacer un proceso amplio, sea el mecanismo que sea, tenemos que estar dispuestos a ingresar a una discusión que no sabemos cómo va a terminar. Se nos abre a una discusión que no hemos tenido y que nos da un abanico muy amplio, entendiendo que hay diferentes modelos.

Otro elemento de diagnóstico necesario es que el modelo territorial está ausente de antemano. Cuando uno analiza la última encuesta CEP, el tema de la discusión constitucional no es ni el primero ni el quinto dentro de las prioridades de la ciudadanía, por su propia naturaleza y complejidades.

Entonces, si la discusión constitucional no es un tema que "en la calle" está presente con fuerza, un tema de discusión más allá de las elites, evidentemente que el asunto de la distribución del poder será menos relevante aún. Cuando se habla de nueva Constitución, lo que se dice es "mire, se va ampliar el catálogo de derechos o se va a tener mecanismos de protección más fuertes respecto de tales derechos fundamentales…". Cada uno podrá tener una opinión, pero el tema del modelo territorial, lamentablemente, no está dentro de lo que se debate naturalmente, siendo que es parte de los temas básicos de un debate constitucional dado que es uno de los elementos basales para ver como construimos "hacia arriba" el poder.

Hay ámbitos, como el de educación, que es muy relevante, donde uno ve muchos actores activos de la sociedad civil, como los rectores de órganos autónomos, estatales o privados; agrupaciones gremiales sindicales, como el Colegio de Profesores; organizaciones de estudiantes, universitarios, y secundarios; el mundo

[10] Abogado P. Universidad Católica de Chile. Candidato a Doctor en Derechos Fundamentales, Mención Derecho Constitucional, por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

académico o el de las ONG, etc. Es decir, hay diversas organizaciones activas en dicha esfera del quehacer nacional.

En el ámbito de la descentralización, quienes más la promueven son actores más públicos que privados. Por ejemplo, algunos parlamentarios que han conformado dos bancadas regionalistas, una en la Cámara de Diputados, otra en el Senado. Están los consejeros regionales, que también han propugnado avances en la materia, siendo que son actores políticos, la mayoría militantes de partidos y que, si bien no tienen una dedicación exclusiva como los parlamentarios, son servidores públicos. Finalmente hay algunos académicos que con un compromiso importante impulsan esto. Pero cuando la ciudadanía se ha exhibido con más fuerza, territorialmente hablando, ha sido ante problemáticas puntuales, como el caso de Aysén o de Calama, donde el movimiento social no tuvo una continuidad más allá de dicha demanda. Aquí hago el contraste con educación, porque si en dicho ámbito ha habido cambios profundos es porque hay estudiantes, académicos, universidades, ONG's, y un sinfín de actores que impulsan los cambios en distintos sentidos; pero, además, ha habido un factor importante: la convicción de parte de los sucesivos gobiernos, aunque naturalmente con matices, de que son temas prioritarios políticamente.

Con la llegada del segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, lo que uno puede constatar, es que hay un esfuerzo importante en diseñar una agenda de descentralización, creándose, en el mes de abril del 2014 una comisión asesora que elaboró una serie de propuestas. De ellas la Presidenta se hizo cargo y definió que –naturalmente no todas, pero una parte de esas propuestas –estarían dentro de proyectos de ley o proyectos de reforma a la Constitución. Éstos están actualmente vigentes, conforman lo que uno define hoy día como la "agenda de descentralización". No obstante ello, y trabajando en el Gobierno, debería señalar que los gobiernos "son uno y solo uno" hacia la opinión pública; se puede constatar que hay liderazgos, partiendo por el de la propia Presidenta, que tienen un convencimiento importante en la materia. Sin embargo, esto no es generalizado, no es un tema que uno pudiere afirmar que "están todos con el mismo nivel de convicción" o entregándole el mismo grado de relevancia que tiene este proceso que, si bien es distinto al de la nueva Constitución, puede dar luces para saber cómo éste se aproxima.

La descentralización es un tema difícil, porque finalmente obliga a distribuir el poder de una manera distinta y ese es probablemente uno de los cambios que más cuesta, todo proceso de reforma profunda significa cambio y, en el caso de la descentralización, significa una modificación profunda, que es cambiar la forma de tomar las decisiones y de generación de liderazgos políticos. Pongo un ejemplo:

Chile es el único país de Latinoamérica que no elige a sus autoridades regionales. Los intendentes hoy en día siguen siendo designados por el Presidente de la República, pero se elige popularmente una parte de las autoridades regionales, que son los integrantes del Consejo Regional. En el ámbito municipal no ocurre lo que sucede a nivel del Gobierno Regional (donde se tiene un órgano elegido popularmente y otro designado). En lo local, tanto alcalde como la totalidad del concejo comunal, son electos y entonces hay una conversación entre pares, lo que en el ámbito político es muy relevante. Un aspecto importante y práctico es que los consejeros regionales son electos y duran cuatro años, mientras que los intendentes, en promedio, no llegan al año y medio de duración, con todas las dificultades que eso implica en términos de gestión y de diseño.

No sólo somos el único Estado dentro de Sudamérica que no elige a sus autoridades regionales popularmente, sino que también los somos dentro de los países de la OCDE. Entonces si alguien dice “no nos comparemos con países de Sudamérica, porque algunos tienen regímenes federales u otros tienen diferentes modelos donde les ha ido mal” bueno, entonces comparémonos con los de la OCDE y estamos exactamente en la misma situación. Hay informes de la OCDE que muestran la necesidad de que Chile avance en materia de descentralización. En ese sentido, este es un debate complejo, donde uno puede observar que la élite tampoco tiene mayor claridad. El ciudadano medio perfectamente entiende cuando los temas apuntan a factores como que haya gratuidad en la educación, pues sabe que no tendrá que pagar, traspasándose el mensaje más allá de lo técnico. Sin embargo, en el ámbito de la descentralización una autocrítica que uno puede hacer, al menos los que llevamos tiempo en esto, es que es una discusión que no hemos sido capaces de “ciudadanizarla”, de lograr que las personas comprendan “de qué les sirve”, por ejemplo, tener intendente electo.

Es una conversación que en la elección de consejeros regionales en el 2013 tampoco se dio; finalmente uno destaca que se eligieron popularmente, pero mucha claridad no había. Entendemos que es complejo, pero lo relevante es que en los procesos donde se involucra a la ciudadanía, las personas comprendan por qué es importante que yo vaya a votar por un consejero regional o intendente. Esa discusión o acercamiento a la ciudadanía no se ha dado porque probablemente ni siquiera la élite se ha logrado permear de conceptos más o menos claros en materias que son complejas y que no siempre son tan atractivas o llamativas como hablar de la gratuidad de la educación o de la superación de la pobreza. Sin embargo, cuando uno dice “esto tiene que ver con cómo distribuimos territorialmente el poder”, ahí se vuelve más atractivo, ya que tiene un componente más político.

En mi opinión hay actualmente una priorización importante del tema que no había estado en gobiernos anteriores, no obstante el primer gobierno de la Presidenta sí avanzó mucho y sentó ciertas bases en descentralización. Hay miedos porque elegir intendente va a generar liderazgos nuevos. Si elegimos intendentes, imagínense el caudal electoral de un intendente del Biobío o de la Región Metropolitana. Se generan así liderazgos distintos y los partidos se darán cuenta que se juegan mucho en esas elecciones, entonces además de lo parlamentario, de lo gubernamental, se van a generar liderazgos alternativos dentro de los propios partidos. Ese cambio cuesta, porque finalmente altera las reglas de juego: si antes los presidenciales salían de tal "canasto", ahora aparece otro "canasto", que es el regional.

También hay algunas frases recurrentes que se escuchan y dan cuenta de las dificultades de avanzar en este proceso. Por ejemplo, hay quienes dicen que descentralizar profundamente nos llevará a un modelo federal, y confunden el federalismo con afectación de la unidad y seguridad interior del Estado, mal entendiendo el federalismo como sinónimo de autonomía e independencia; sin embargo, autonomía no necesariamente significa independencia. Algunos dicen que si "nos pasamos mucho a algo como aquello", se nos va fraccionar el Estado. La respuesta a eso es decir "mire hay países como Perú o como Bolivia que tienen niveles de descentralización muchos más altos que Chile y no se han fraccionado y, con sus más y sus menos, sus luces y sombras, no son un sistema que haya generado un nuevo Estado". Debe entenderse además que culturalmente Chile tiene elementos de diversidad, pero tiene también profundos elementos de uniformidad. Otros más pragmáticos dicen "no descentralicemos, puesto que el país como está ha funcionado bastante bien, para qué vamos a entrar en modelos que en Argentina o en Brasil no han funcionado". Bueno, evidentemente son experiencias, pero ahí es donde uno tiene que observar lo bueno y lo malo.

El otro argumento también es el de los caudillos regionales, en el sentido que descentralizar va a generar liderazgos que hoy día los partidos políticos no tienen considerados. Yo creo que esos liderazgos hoy en día ya están bastante instalados y que sin duda avanzar en el proceso descentralizador va a generar partidos regionales, y de hecho algunos ya están en pleno proceso de formación. Uno puede observar que en Chile ha habido liderazgos caudillistas territoriales que tienen fuerza en una parte del territorio pero no en otra. No obstante lo anterior, también es cierto que hay una *feudalización* parlamentaria de la política que da cuenta exactamente de lo mismo. Entonces, cuando se argumenta que no es bueno avanzar en este proceso porque se fortalecen los caudillismos regionales, yo creo que es negar una realidad que hoy día existe, una realidad que sucesivos gobiernos han tolerado.

En síntesis, primero reiterar que una definición de nueva Constitución en este ámbito nos abre un mundo desconocido, ya que este tema está ausente cuando se habla de por qué una nueva Constitución. Además, señalar que no obstante la voluntad del Gobierno en los proyectos que están tramitándose, se puede observar que hay avances y retrocesos, que este no es un tema que fluya, que en esto hay más resistencias que apoyo, y que, por lo tanto, lo que uno podría intuir es que en un proceso constituyente este tema tendrá esa misma tensión entre los que quieren avanzar más y los que esperan que la "cosa quede más o menos igual".

Para terminar voy a hacer una lista de aspectos que están hoy día en la Constitución, algunos hace bastante tiempo y que todavía no tienen un aterrizaje legal. Recordemos que la Constitución es una norma de mínimos y que en algunas ocasiones para su implementación se requiere que se implementen leyes que posibiliten dar eficacia a dichas normas constitucionales.

Por ejemplo, desde el año 2009 que la Constitución dice que en los gobiernos regionales, el Consejo aprueba el proyecto de presupuesto en la región[11]. Fíjense que es un proyecto de presupuesto del Gobierno Regional. Hoy día quien toma la definición es el Congreso, no participando en la discusión presupuestaria ni el intendente ni los consejeros. Aquí el Intendente le propone al GORE un proyecto que ambos vienen a defender a nivel central y que normalmente tiene cambios. Sin embargo, no es un diálogo ni con el Ministro de Hacienda, ni con el Director de Presupuesto, sino con un técnico profesional destacado de la Dirección de Presupuestos. Serán otros, como el Ministro del Interior los que irán a defender eso al Congreso.

Entonces aquí la Constitución habla sobre algo, pero la realidad es que lo que aprueba el GORE es un proyecto de presupuesto regional. Otro aspecto que está pendiente es la definición de la participación de los parlamentarios en el Consejo Regional. Otro ámbito que no está regulado, y que al igual que el anterior data desde el 2009, es lo que se llama el *traspaso de competencias*, que en simple es lo siguiente: en Chile todos los órganos del Estado tienen sus funciones y atribuciones fijadas por ley, pero una excepción a eso es el traspaso de competencias, a partir del cual los ministerios y los servicios, por decisión del Presidente y sin intervención del Congreso, puede transferir competencias. Esto está bastante avanzado y es un proyecto de ley que probablemente verá la luz durante este Gobierno, pero estamos hablando de algo que ya está en la

[11] Artículo 113, inciso séptimo.

Constitución desde 2009. Por otra parte un aspecto relevante y que dice relación con el trato que el gobierno central le da a las regiones, está relacionado con los denominados “convenios de programación”, que es una forma de apalancar recursos, donde un ministerio pone una parte de ellos y el Gobierno Regional aporta la otra.

De esa forma se han hecho proyectos muy importantes, como el Metro y sus extensiones. Pero sucede muchas veces que los ministerios después quitan su aporte, o al año siguiente ya no lo entregan, entonces la idea es establecer un mecanismo para que sea obligatorio el cumplimiento de dichos convenios. Obviamente al haber Intendente designado ninguno de ellos dirá que el gobierno del cual es parte no cumplió. Para que haya un nuevo trato tiene que haber una relación de autonomía distinta, que le permita al Intendente visibilizar una situación que la ciudadanía muchas veces no conoce. También tenemos desde el 2007 los “estatutos de los territorios especiales”.

Hay dos territorios a los que, desde el 2007, la Constitución les da un reconocimiento especial, y señala que tienen que tener estatutos especiales. Se establece esto porque allí la división de región, provincia y comuna no opera de forma correcta, dado que estos territorios tienen una característica en común: su insularidad oceánica extrema. Ello hace que la Constitución disponga que deben tener una regulación distinta, la que aún está pendiente de dictación. Cuando fue el tsunami de 2010, quedó bastante en claro la problemática que hay y la necesidad de tener una regulación distinta. Ello por cuanto la institucionalidad de emergencia en Chile no se descentraliza; es así como ONEMI funciona a través de las gobernaciones e intendencias, que son parte del nivel central, y a su vez se conectan con los municipios; pero el caso de Juan Fernández es trágico, puesto que el problema fue la información: si esta hubiese corrido fluidamente muy probablemente parte del problema que trajo el maremoto se hubiera evitado, y uno de los problemas es que en Juan Fernández no existe físicamente una autoridad de gobierno interior. La autoridad del gobierno central más cercana era el gobernador provincial de Valparaíso y esa noche de febrero de 2010 dicha autoridad ya tenía suficiente con la parte continental, a diferencia de la Isla de Pascua que sí tiene una gobernación provincial. Aquí uno puede observar como en algo tan concreto y relevante el tener una regulación distinta ayuda.

Para terminar quiero señalar que a través de los ejemplos dados, más allá de la discusión constitucional, con o sin nueva Constitución, tenemos demasiadas materias relacionadas con el trato que le da el Estado a las regiones que no tienen regulación legal. Así, cuando llega la hora de discutir el proyecto de ley, o no se ha hecho, o éste está en discusión, o no prosperó. Entonces, yo creo que aquí hay

mucho que ver antes del proceso constituyente, y eso demuestra que no ha sido un tema necesariamente priorizado.

Rodrigo Poblete Reyes[12]

1. Introducción[13]

Siempre he pensado que muchos de los desacuerdos que vivimos en sociedad, parten del diferente concepto que tenemos sobre alguna cuestión y pocas veces nos detenemos a precisar previamente qué entiende cada cual por una u otra cosa. Por ello, en esta presentación, más que una exposición sobre propuestas concretas y análisis del estado del arte, quisiera aportar con una sistematización de nociones básicas que debiéramos comprender antes de adentrarnos en un debate sobre la situación de la (des)centralización en Chile.

De esta manera, haremos mención a la idea de forma de Estado como punto de partida, para luego pasar revista por el concepto de descentralización y sus diferentes modalidades, siguiendo la conceptualización que hacen los profesores Francisco Cumplido y Humberto Nogueira en su obra conjunta "Instituciones Políticas y Teoría Constitucional". Terminaré enunciando algunos temas que a mi juicio debieran considerarse en la nueva Constitución respecto del tema que nos convoca.

2. Forma jurídica de Estado

Cuando hablamos del modelo que debe adoptarse respecto de la distribución territorial del poder estatal, estamos discurriendo sobre la *forma jurídica de Estado*, la que puede definirse como la modalidad de organización del poder del Estado en relación con los elementos territorio, población y poder; cuestión que debe diferenciarse del concepto de *forma de gobierno*, alusivo a la manera en que es ejercido el poder estatal por sus diferentes órganos y las relaciones entre ellos.

---

[12] Licenciado en Ciencias Jurídicas, U. de Talca. Secretario Ejecutivo Centro de Estudios Constitucionales de Chile (CECOCH). Alumno del programa de Magíster en Derecho Constitucional con mención en Derecho Procesal Constitucional de la misma casa de estudios. Asesor jurídico del proyecto #TuConstitución de la Fundación Democracia y Desarrollo.

[13] Dado el carácter del trabajo, no se ha seguido el rigor científico de citación, pero a fin de reconocer la procedencia de las ideas, cabe mencionar que la ponencia se basó en la obra conjunta de los profesores Cumplido y Nogueira "Instituciones Políticas y Teoría Constitucional", como también en el informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Descentralización y Desarrollo Regional y en el documento "Reforma Constitucional de Descentralización: Modificaciones imprescindibles para la viabilidad del proyecto", elaborado por un grupo de miembros de la mencionada comisión asesora.

Nuestra Constitución vigente adopta una forma jurídica de Estado claramente explicitada en el inciso 1° de su artículo 3°, al indicar que Chile es un Estado unitario. Lo que ya nos indica que lo primero a comprender son las diferentes categorías de formas jurídicas de Estado que se conocen.

Al respecto, podemos indicar que una primera clasificación nos indica que existen Estados unitarios, Estados compuestos (Estado Federal) y asociaciones de Estados (Confederaciones de Estados, Uniones Reales, Uniones Personales). Serán de nuestro interés solo las dos primeras categorías, pues son las vinculadas al tema en debate.

2.1. Estado unitario

El Estado unitario puede ser definido como aquel en que el poder conserva una unidad en cuanto a su estructura, no poseyendo más que un sólo centro de impulsión política fundamental. Se caracteriza por el hecho de que el poder conserva una unidad tanto en su estructura como sobre el elemento humano y espacial sobre el que recae, vale decir, el territorio y la población. Se trata de un Estado simple, porque no es divisible en sectores que merezcan el nombre de Estados, lo cual lo contrapone a la noción de estados compuestos.

2.1.1. Estado unitario centralizado

Estado unitario y centralización no son sinónimos. El Estado unitario centralizado se caracteriza esencialmente por el hecho de que la autoridad central del Estado monopoliza el poder de mando y el ejercicio de las funciones públicas, como asimismo, por estar dotado de una organización piramidal, donde las órdenes descienden verticalmente de la cúspide a la base, existiendo una dependencia jerárquica estricta de las órdenes superiores y sin que exista delegación de atribuciones o competencias.

El Estado unitario centralizado es un Estado con centralización constitucional, legislativa y administrativa.

2.1.2. La desconcentración en el Estado unitario

La desconcentración consiste en una traslación de competencias resolutorias de los órganos superiores de la administración en órganos inferiores sometidos jerárquicamente a los primeros.

Se trata de un fenómeno que se da en el seno de la administración central del Estado, donde la delegación de funciones implica sólo una transferencia del ejercicio de las respectivas funciones, permaneciendo la titularidad de ellas en el órgano delegante, además, el órgano delegatario actúa con la misma personalidad jurídica del órgano delegante y bajo dependencia jerárquica.

Desconcentrar equivale a delegar funciones; es un proceso técnico de efectos limitados en el campo jurídico administrativo; constituye una decisión intra-institucional, es decir, al interior de la administración central del Estado. Además, sigue siendo el órgano superior responsable, en última instancia, de la actuación del órgano desconcentrado sobre las competencias que le ha delegado.

La desconcentración puede ser territorial o funcional, según si aquella tiene lugar en virtud de una distribución de territorio o si se desconcentra en virtud de una función específica que se quiere delegar.

2.1.3. La descentralización en el Estado unitario

Lo primero que debemos decir, es que la descentralización también puede asumir diferentes modalidades, siendo la primera y más elemental la *descentralización administrativa*. Se trata de un grado superior al de simple desconcentración, en la medida que existe un traslado de competencias de la administración central del Estado a nuevas personas morales o jurídicas de derecho público, las cuales están dotadas de un patrimonio propio. La descentralización administrativa es un fenómeno extra-institucional, ya que da origen a instituciones jurídicas nuevas y distintas del Estado central, con capacidad para obligar y obligarse por sí mismas.

Al igual que vimos en la desconcentración, la descentralización puede tener lugar también en base a un criterio territorial o a uno funcional.

En los procesos de descentralización administrativa, ya sea territorial o funcional, el Estado dota de personalidad jurídica al órgano descentralizado, asignándole un patrimonio propio y una gestión independiente de la administración central, rompiéndose así los vínculos de dependencia jerárquica y manteniéndose sólo vínculos de tutela.

La descentralización puede ser también *política,* cuando las autoridades territoriales son elegidas por la población de los respectivos territorios y dichas autoridades cuentan con facultades no sólo de administración sino que también de gobierno. Finalmente podemos hablar de *descentralización fiscal* en aquellos

casos en que las autoridades territoriales cuentan con un suficiente grado de autonomía presupuestaria y la posibilidad de regular tributos territoriales.

La descentralización política sólo puede tener una base territorial, necesita de ella para ser tal, aun cuando este rasgo no lo diferencia de la descentralización administrativa que puede ser territorial.

Un segundo rasgo de la descentralización política es que implica una distribución del poder público entre la colectividad o Gobierno central y las colectividades o gobierno regionales, lo cual constituye una diferenciación clara respecto de la descentralización administrativa, sobre todo si a ello se agrega que la descentralización política implica facultades y atribuciones no sólo de carácter administrativo, también de gobierno y legislativas.

Un tercer rasgo es que las autoridades que desempeñan las funciones normativas y de gobierno regional son generalmente electas o designados con una fuerte participación de la comunidad regional.

Otro aspecto distintivo es que las autoridades regionales disponen de un cierto grado de autonomía, entendida ésta como "la facultad de ciertos entes de crearse un derecho propio que es reconocido por el Estado, quien lo incorpora a su ordenamiento jurídico y lo declara obligatorio”. En tal sentido, la autonomía es propia de la descentralización política, mientras la autarquía (autonomía administrativa que implica sólo un poder de autoadministración con independencia de la administración central, gestión administrativa y financiera), forma parte de un modelo de Estado unitario descentralizado o desconcentrado administrativamente.

3. Concepto de región, regionalización y Estado regional

La región es definida por el Consejo de Europa como "un territorio de dimensión media susceptible de ser determinado geográficamente y que es considerado como homogéneo”. Esta homogeneidad puede estar dada por poseer características físicas, económicas, históricas, culturales o etnográficas que los identifican y que las hacen diferentes de las otras regiones o ideas que la rodean.

El regionalismo constituye la toma de conciencia de intereses comunes que une a las personas que viven en un territorio homogéneo, los que aspiran a participar en la gestión de dichos intereses

La regionalización puede ser definida como un proceso de reordenamiento y/o redistribución espacial que busca la articulación económico-social, geopolítica,

ecológica y administrativa en ámbitos regionales; todo ello con la finalidad de alcanzar el desarrollo autosustentable de las regiones.

La regionalización requiere de un sistema de órganos, normas y procedimientos que integren a la población en el desarrollo armónico y sistemático de un ámbito espacial.

La regionalización se orienta a la creación de regiones dotadas de autonomía, con organismos para promover la participación y el desarrollo y cumplir plenamente las funciones de efectivo gobierno regional.

Autonomía es una noción jurídico-política que consiste en que las normas son creadas por los propios órganos de gobierno regional, independizando la determinación de los contenidos de las normas regionales de toda instancia central. En esta perspectiva, la administración de la región se hace por representes elegidos por la propia comunidad regional en las materias que son de su competencia. En las demás materias, el gobierno central nacional mantiene reserva de jurisdicción.

En los Estados donde se desarrolla un auténtico proceso de regionalización, el gobierno central se reserva la regulación legislativa de un conjunto de materias, dejando a cargo del gobierno regional la preceptiva de desarrollo y de ejecución de la misma, todo ello, sin perjuicio de las competencias exclusivas o de atribución que el ordenamiento jurídico reserve a los gobiernos regionales, como ocurre en los casos de España, Italia, Bélgica y Perú, entre otros.

Tales distinciones conceptuales han llevado a algunos autores a sostener la existencia de una figura intermedia entre el Estado unitario y el Estado federal, acuñando el término de Estado regional, posición en que encontramos a autores italianos como Lucatello, Ambrosini y Ferrari, como asimismo, en España a Juan Ferrando Badía, quien entiende a la región "como una entidad autónoma pública territorial y no constitucional dotada de personalidad jurídica no originaria ni soberana o suprema. No originaria, porque deriva su vida del reconocimiento por parte del Estado; no soberana o suprema, porque no está dotada de la potestad de gobierno o de imperio, propio del Estado, sino solamente cae una potestad legislativa y de administración limitada y condicionada por la primera y a ella subordinada y, a su vez, la entidad autónoma se diferencia del ente autárquico – propio del Estado unitario descentralizado – en que este goza tan sólo de una potestad administrativa”[14].

[14] Ferrando Badía, Juan. El Estado Unitario, el federal, y el Estado Regional. Editorial Tecnos. Madrid, España, 1978. p.60.

4. Nueva Constitución y regiones

Entrando más concretamente en lo que hoy nos convoca, considero que la nueva Constitución debe contener ciertos elementos en materia de descentralización o de regionalización. Primero, la nueva Constitución debe definir principios que orienten al Legislador para la definición de la política descentralizadora. El principio de subsidiariedad en el ámbito regional es muy importante, pero ¿qué implica la subsidiariedad en el aspecto regional? implica que todo aquello que se pueda resolver en el ámbito local, debe quedar como competencia de lo local y residualmente el poder central reserve algunas competencias para aquello que necesariamente se deba resolver desde el nivel central. Hay aspectos donde parece obvio que la autoridad central o local parece ser la más capacitada para diseñar ciertas políticas o estrategias. Todas las unidades territoriales deben colaborar para que ellas vayan alcanzando niveles de desarrollo equitativo, es decir, tener fondos de recursos donde aporten las regiones de más recursos y desde ahí se extraiga ayuda para las que tienen menos recursos; también es importante la igualdad, es decir tener claro que todas son iguales y ninguna pesa más que la otra.

La nueva Constitución debiera tener principios que configuren las unidades territoriales, como por ejemplo, que las regiones sean autosustentables, tengan cierta cantidad de población, etc. Esos criterios los definirá el constituyente. Además de todo, se deben definir competencias, exclusivas y excluyentes, tanto del Gobierno central como de las unidades territoriales; debe haber además traspaso de competencias, no solo decir que cosas el gobierno central no hará, sino que encargarse de traspasar aquellas competencias.

Otro aspecto que la nueva Constitución debe contemplar, es referente al tema de los estatutos especiales para ciertos territorios, entendiendo que no se puede establecer el mismo estatuto para la región del Maule que para la Isla de Pascua. La Constitución vigente contempla ciertos principios, pero se han desarrollado precariamente. Lo mismo corre para los territorios con alta presencia de pueblos originarios, no se puede mantener una línea homogeneizadora, una que intente uniformar cuando precisamente lo que caracteriza a un país tan extenso como el nuestro, es que hay especificidades que se deben atender. Aquí hay una diferencia que yo quiero manifestar con respecto a lo que plantea la comisión asesora: ella plantea la idea de regiones plurinacionales, aquí creo yo que es el Estado el que debe asumir esa característica, y a nivel territorial se verá cómo se implementa la decisión, ya que no se puede implementar igual en Santiago que en la Araucanía.

Para cerrar, me gustaría compartir un poco de la que a la experiencia que hemos tenido en el proyecto #TúConstitución, en el cual nos hemos percatado que la gente se ha ido manifestando, sin embargo uno puede evidenciar otra muestra de centralismo, ya que el 70% de la participación en la plataforma es de Santiago y el 30% de regiones, y ese 30% se manifiesta en pos de sus intereses. Por último, me gustaría agregar que sabemos que existen diferentes resistencias a descentralizar, incluso en los partidos políticos y desde aquí podríamos analizar las diferentes presiones a las que se puede ver sometido un intendente, sin embargo creo que más allá de lo teórico y de lo que podemos revisar, hay un tema de voluntad política importante.

CAPÍTULO VI

Justicia Constitucional

Proposiciones para modificar la composición y algunas atribuciones del Tribunal Constitucional

María Pía Silva Gallinato[15]

1.- Para velar por la supremacía constitucional y limitar el poder del Estado es necesario establecer mecanismos de control de la constitucionalidad de los actos estatales. Si bien tal control lo ejercen también los órganos de carácter político, esa tarea se confía especialmente a los jueces. Ellos desentrañan el verdadero sentido de las normas, principios y valores constitucionales al resolver los casos de que conozcan, aplicando la Carta Fundamental a través del ejercicio de la denominada "justicia constitucional".

Centrando nuestro análisis específicamente en el Tribunal Constitucional, como órgano encargado de impartir justicia constitucional, digamos que se trata de un órgano autónomo, de la máxima jerarquía, que vela por la supremacía constitucional en el orden jurídico, según lo que dispone la Carta y las leyes, y cuya función principal es dirimir los conflictos que surjan entre los órganos fundamentales en relación a la correcta interpretación de la Constitución, racionalizando así las controversias políticas.

En este último tiempo a esa forma de justicia constitucional -que podríamos denominar de carácter orgánico- se agrega la justicia constitucional de la libertad, que busca proteger los derechos fundamentales y hacerlos plenamente aplicables. Consecuentemente, los tribunales constitucionales garantizan la plena vigencia del Estado Constitucional de Derecho, contribuyendo así a la consolidación del sistema democrático[16].

2.- Ahora bien, frente al debate que se ha abierto en torno a instaurar una nueva Constitución en Chile, si se decide mantener al Tribunal Constitucional, no

[15] Abogada y candidata a Magíster Derecho Constitucional P. Universidad Católica de Chile.

[16] Citando a Fix-Zamudio, el profesor argentino Víctor Bazán recuerda que el derecho procesal constitucional, disciplina que se preocupa de la jurisdicción y de los procesos constitucionales, recae en la jurisdicción constitucional de la libertad, en la jurisdicción constitucional orgánica y en la jurisdicción constitucional. Véase "El Derecho Procesal Constitucional frente al siglo XXI: actualidad y desafíos", en BAZAN, Víctor (coordinador) *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, 2010, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 68 y 69.

podemos olvidar que, como los conflictos constitucionales son fundamentalmente de carácter político, su tarea posee una clara naturaleza político-jurídica[17].

Teniendo en cuenta esa característica ¿cuáles son las principales críticas que se formulan a los tribunales constitucionales?:

Se ha dicho que son poderes soberanos, no sujetos a control alguno; que vulneran el principio de separación de funciones, porque constituyen legisladores negativos que pueden llegar a anular leyes, careciendo de legitimidad democrática; y, en fin, que, por todo lo anterior, no son verdaderos órganos jurisdiccionales sino políticos por excelencia.

Como el marco de la justicia constitucional influye decisivamente en la forma en que se comportan los jueces, porque condiciona desde afuera su actividad hermenéutica[18], nos parece que un nuevo modelo de Tribunal Constitucional debe hacerse cargo de las críticas que se han formulado al que introdujera la Carta de 1980.

Al recoger tales críticas en esta exposición analizaremos someramente dos aspectos fundamentales relacionados con la forma de organización y atribuciones que reviste nuestro actual Tribunal Constitucional. Nos referimos, por una parte, al sistema de nombramiento de sus miembros y, por otra, a las atribuciones que éste ejerce en relación al control preventivo de la constitucionalidad de la ley.

a) Sistema de nombramiento de los integrantes del Tribunal Constitucional

3.- Recordemos al efecto que la reforma constitucional de 2005 aumentó de siete a diez el número de ministros del Tribunal y además estableció que, de éstos, tres los designa el Jefe de Estado, tres la Corte Suprema y cuatro el Congreso, de los cuales dos son directamente nombrados por el Senado y dos previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado.

La circunstancia de que los miembros del Tribunal Constitucional no sean elegidos por votación popular, ni sean responsables ante la ciudadanía, unida al hecho que

[17] BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: "Una nueva justicia constitucional para una nueva Constitución Chilena", en CHIA, Eduardo y QUEZADA, Flavio (editores:) *Propuestas para una nueva Constitución*, Instituto Igualdad, 2015, p. 407.
[18] ZAPATA LARRAÍN, Patricio: *Justicia Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, pp. 44-45.

el Tribunal puede llegar a contrarrestar la voluntad de los órganos democráticos, ha provocado que se tilde su conformación como “contramayoritaria”.

Al respecto se sostiene que el actual sistema de nombramiento de sus ministros dificulta la vinculación del Tribunal Constitucional con la ciudadanía, porque si bien en un régimen democrático los órganos no necesariamente han de ser elegidos, por las particulares características que reviste tal institución, sus miembros deberían ser designados por órganos que, a su vez, posean título representativo.

Por lo dicho algunos proponen que el Tribunal obtenga legitimidad de origen a través de un procedimiento de designación en el cual sólo concurran el Presidente de la República y el Parlamento, excluyendo al Poder Judicial, porque éste último no se genera democráticamente.

4.- Si bien comparto la idea de que sean los órganos de representación popular quienes elijan preferentemente a los miembros del Tribunal, no puede obviarse, por una parte, que algunas designaciones efectuadas tanto por el Presidente de la República como por el Parlamento también han producido problemas y que, por otra, las efectuadas por la Corte Suprema no han merecido mayor crítica.

En efecto, los nombramientos a veces han recaído en ex funcionarios de confianza del Presidente o en personas elegidas por las Cámaras como consecuencia de un mero cuoteo. En tales casos se ha criticado que los así designados no han reunido el perfil idóneo para ocupar un cargo tan trascendental respondiendo su elección a criterios meramente políticos.

La Corte Suprema, por su parte, ha abierto concursos para proveer los cargos de su responsabilidad, aquilatando los antecedentes y méritos de los postulantes.

Ahora bien, para conjugar debidamente que los miembros del Tribunal emanen principalmente de órganos democráticamente elegidos y que sean aptos para el cargo e independientes en su actuación, en tales nombramientos podrían aplicarse los siguientes criterios:

a.- Ellos no pueden depender exclusivamente de la mera voluntad de quien los decide.

b.- Tanto para neutralizar al órgano desde el punto de vista de la política contingente como para lograr que quienes ocupen los cargos cuenten con suficiente legitimidad de origen, debería entonces asegurarse que el proceso de nominación considere un debate previo y público acerca de los

méritos de los candidatos, para lo cual deben conocerse sus antecedentes anticipadamente a la toma de la decisión, incluyendo la celebración de audiencias públicas para que éstos expongan y sean interrogados por los órganos encargados de su designación.[19]

c.- Sobre la base de lo anterior, el órgano que debería asumir el rol principal en la designación de los miembros del Tribunal ha de ser el Parlamento, por representar en forma más directa la voluntad popular.

d.- Podría establecerse una nueva inhabilidad, que complemente las actuales, para que no puedan nombrarse a personas que hayan desempeñado cargos de elección popular o ejercido funciones de exclusiva confianza en el Gobierno o la Administración, al menos en los 2 años previos al nombramiento[20].

e.- Por último, la composición par del Tribunal debería cambiarse a una impar. Así se facilitaría la adopción de decisiones mayoritarias, evitando tensiones innecesarias entre los ministros y la existencia del voto dirimente de su Presidente.

b) El control preventivo de constitucionalidad de la ley.

5.- Por otra parte, para contrarrestar el carácter contra mayoritario del Tribunal y fortalecer su comprensión como órgano encargado de resolver conflictos, algunos sostienen que no debería ejercer el control preventivo de la ley, tanto de carácter obligatorio como facultativo.

Refiriéndonos, en primer lugar, al control preventivo obligatorio, anotemos que éste se explica en la Carta de 1980 por la incorporación en su texto tanto de las leyes interpretativas de la Constitución como, especialmente, de las leyes orgánicas constitucionales. Tal forma de control ha generado gran discusión doctrinaria, fundada en que al efectuarse el control antes de que la ley entre en vigencia y luego de su despacho por las Cámaras, formaría parte del procedimiento legislativo, pese a que el Tribunal no cuenta con un título democrático. Visto de este modo, el órgano jurisdiccional actúa más con criterios

[19] Así lo propone el documento elaborado por una comisión de constitucionalistas del Partido Demócrata Cristiano -de la cual formé parte- denominado “Lo que nos une”, de agosto de 2015, y que constituye una proposición al país sobre los contenidos que debería tener una nueva Constitución

[20] Bordalí propone esta forma de inhabilidad, pero extendiéndola a los 8 años anteriores a la designación, ob. cit., p. 408.

políticos que jurídicos. Se dice además que el control obligatorio no es meramente jurídico, porque es el propio Tribunal el que debe identificar un eventual vicio de constitucionalidad para luego resolverlo, lo que impide que actúe con la debida imparcialidad que exige la función jurisdiccional. Por último se sostiene que, como la ley aún no se ha aplicado, el juez constitucional tiene pocas herramientas para ejercer un control eficaz, ya que, al no observar la ley en movimiento, no puede analizar los efectos que ella produzca, defecto que también se extendería al control preventivo de carácter facultativo.

Sin embargo, tal sistema tiene algunas ventajas, como la de evitar los "efectos traumáticos" de la anulación de una norma inconstitucional que ya se esté aplicando, fortaleciendo así la certeza jurídica y el principio de igualdad ante la ley porque produce efectos erga omnes: si la norma es declarada inconstitucional no ingresará al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no resultará aplicable a persona alguna y, si se la declara conforme, una vez publicada, la ley entrará en vigencia respecto de todos. Asimismo es una forma de control que, en términos generales, resulta sencilla y rápida, obligando al respeto parlamentario del quórum de las leyes supra mayoritarias, porque el Tribunal deberá incluir en su examen el cumplimiento de las mayorías establecidas. También se ha dicho que el control obligatorio más que poseer una naturaleza política o jurídica, se asemeja a la toma de razón que ejerce la Contraloría General de la República. Esta idea nace a partir de las similitudes que comparten ambas instituciones: son controles obligatorios, preventivos y acotados por materias.

Pese a lo anterior, a mi juicio, las desventajas del sistema de control preventivo obligatorio superan a sus ventajas por cuanto la sola atribución lleva al riesgo de producir un Gobierno de los Jueces, convirtiendo al Tribunal Constitucional en una especie de Tercera Cámara legislativa no elegida por el pueblo, porque puede frenar proyectos ya aprobados por el Parlamento, además de generar retrasos en el procedimiento legislativo, porque dilata la tramitación de los preceptos legales.

El problema quedará zanjado si se acoge lo que señala el actual Programa de Gobierno, que propone establecer como quórum máximo de aprobación de las leyes el de la mayoría absoluta, eliminando las que tengan un quórum más alto y sin que tales leyes deban ser controladas previamente en forma obligatoria.

Si parece adecuado reservar que ciertas leyes requieran de la mayoría absoluta de los diputados y senadores, sobre todo si recaen en ciertas materias orgánicas –como ocurre en Francia-, teniendo en cuenta algunas de las ventajas que presenta el sistema del control preventivo forzoso, me parece que éste podría mantenerse para velar por la constitucionalidad de otras normas jurídicas, como, por ejemplo,

de los Reglamentos de las Cámaras o de tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Conservar la facultad en relación a esa especie de normas no convierte al Tribunal en un agente activo en el proceso legislativo, sino en un ente que vela por la supremacía constitucional respecto de reglas que –como las citadas- son difíciles de controlar.

6.- Ahora bien, si durante la discusión de cualquier proyecto de ley, reforma o tratado se presenta una cuestión de constitucionalidad que lleve a alguno de los órganos habilitados a acudir al Tribunal para que zanje la controversia, su sentencia impondrá una interpretación que se avenga con la Carta Fundamental, terminando con la discrepancia e impidiendo que la norma cuestionada contenga un vicio de inconstitucionalidad.

El control preventivo eventual se distingue del obligatorio en aspectos procesales fundamentales, puesto que se ejerce mientras se está tramitando la ley, en él existe requerimiento, partes, un conflicto visible acerca de la constitucionalidad del acto y lleva a la enmienda del proyecto antes de su despacho por el Congreso. También hay diferencias en cuanto a su utilidad, porque el control facultativo permite a las minorías parlamentarias controlar a las mayorías durante los distintos trámites de la ley, siendo un instrumento eficaz para evitar tanto la inconstitucionalidad de la sustancia del proyecto como de su ritualidad procedimental, constituyendo una especie de accountability que promueve la minoría y que obliga a la mayoría a argumentar su posición[21]. Además, al surgir durante el debate de los proyectos en el Parlamento, tal forma de control puede enriquecer la reflexión y la discusión entre los distintos sectores políticos, sirviendo de ese modo a la democracia deliberativa.

Por lo dicho, y como consecuencia de las características del Tribunal Constitucional como ente encargado de resolver las discrepancias surgidas entre los órganos políticos en relación a la debida interpretación de la Carta, me parece que debería mantenerse el control preventivo facultativo porque corresponde a una competencia propiamente jurisdiccional y ha servido a propósitos importantes.

Lo que decimos es sin perjuicio de racionalizar dicho control para que no se abuse de él con el sólo fin de obstaculizar la legislación. Así, por ejemplo, podrían establecerse requisitos de procesabilidad que garanticen una discusión seria, limitando la oportunidad para deducir el requerimiento para impedir que se

[21] VERDUGO, Sergio en SIERRA, Lucas (editor) *Diálogos Constitucionales*, Centro de Estudios Públicos, 2015, p. 389 y CORREA, Jorge en la misma obra, p. 393

requiera al final de la tramitación legislativa[22], dejando esta forma de control sólo para aspectos ligados a la infracción de reglas y no de principios, dándole a la sentencia respectiva un efecto distinto al actual o modificando la titularidad activa para interponer el requerimiento respectivo[23].

8.- Eliminar toda forma de control preventivo, por otra parte, podría generar consecuencias nefastas si mantenemos como único resorte el control a posteriori o represivo de la ley del modo en que ahora se consagra en la Carta.

Sabemos que no basta con que la ley esté formalmente creada, sino que también debe estar revestida de todos los elementos sustantivos o materiales para ser jurídicamente válida. Se pueden así distinguir dos dimensiones en la regularidad de las normas legales: la de la "vigencia" o "existencia", que hace referencia a la forma de los actos normativos y depende de la conformidad o correspondencia con las normas "formales" sobre su establecimiento; y la de la "validez" propiamente dicha, que se relaciona con su "significado o contenido", y que depende de su coherencia con las normas "sustanciales" sobre su producción[24].

Recordemos que Hans Kelsen combatió la concepción de que correspondía sólo al propio Parlamento invalidar una ley decidida por él mismo, para lo cual propuso encargar esa tarea a un "órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal", confiándosela en definitiva a un Tribunal Constitucional, debiendo tanto el Parlamento como el Gobierno, en tanto órganos participantes del procedimiento legislativo, ser controlados por dicha jurisdicción[25].

Ahora bien, en su tarea de velar por la constitucionalidad de la ley el Tribunal juzga no sólo la constitucionalidad de fondo – que consiste en la conformidad material de las normas legales con los valores, principios y reglas conformantes del contenido preceptivo de la ordenación constitucional[26]- sino también la constitucionalidad de forma, es decir, la de la conformidad de la ley con las reglas de la Carta que regulan el proceso de su generación.

---

[22] Una idea similar fue propuesta por SOTO, Sebastián en SIERRA, Lucas (editor) *Diálogos Constitucionales*, p. 402.

[23] Algunas de estas ideas también se contienen en el documento elaborado por una comisión de constitucionalistas del Partido Demócrata Cristiano, denominado "Lo que nos une", de agosto de 2015.

[24] FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías,* 7º edición, 2010, Ed. Trotta, Madrid, pp.20-21.

[25]KELSEN, Hans: "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, 2008, pp. 24 Y 25.

[26] Según definición que da el propio Tribunal Constitucional en sus sentencias roles 1410, de 20 de julio de 2009 (cons. 25) y 2025, 20 de julio de 2011 (cons. 13).

Pues bien, si se confiara al Tribunal Constitucional sólo el control represivo del modo que actualmente está establecido en la Carta podrían surgir diversas dificultades al menos en relación a las infracciones a las normas sobre formación de la ley. Si, por su naturaleza, no parece lógico esperar la aplicación posterior de la ley cuando ella adolezca de vicios por vulnerarse las normas del proceso de su generación, tampoco cabe el control represivo de constitucionalidad en tal caso.

Aunque la Carta no formula una distinción entre los vicios de inconstitucionalidad que pudieran llegar a fundar la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal vigente, pudiendo aparentemente ser tanto sustanciales como formales, por el modo en que el constituyente comprende la institución de la inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional no puede declarar inaplicable una ley cuando ella surgió con un vicio por la forma en que fue aprobada[27].

Ocurre que al conocer un requerimiento de inaplicabilidad basado en tal vulneración, de acuerdo a la naturaleza de ese defecto, el Tribunal Constitucional debe practicar un análisis en abstracto de la norma legal para confrontarla con las reglas pertinentes de la Carta, sin que deba tomar en cuenta los antecedentes de hecho que rodean la gestión pendiente que se siga ante el tribunal de justicia de que se trate y que llevaron a la interposición del requerimiento. Sin embargo, ese control en abstracto pugna con la institución de la inaplicabilidad tal como la concibió el constituyente que, en 2005, reformó la Carta de 1980, porque sabemos que el precepto legal impugnado debe declararse inaplicable sólo si su aplicación produce una inconstitucionalidad, con lo cual el Tribunal se halla obligado a efectuar un examen concreto de constitucionalidad, con referencia a una situación singular.

Por otra parte, los efectos de la anulación de una ley por razones de forma deberían ser erga omnes y no sólo respecto de las partes de la gestión pendiente que se siga ante un tribunal.

No obstante que debe asegurarse la autonomía a las Cámaras para encauzar el debate parlamentario, que, en general cabe reconocer el efecto útil de los trámites legislativos desarrollados en su seno y que muchas reglas procedimentales tienen rango legal o reglamentario y no constitucional por lo que en esos casos el Tribunal no está facultado para intervenir, si se elimina la atribución del tribunal de ejercer el control preventivo facultativo de la ley el examen de los vicios de forma

[27] Esta opinión en parte coincide con la formulada por Valeria Lubbert, en su trabajo "El proceso legislativo frente a los jueces: el caso de inaplicabilidad por vicios de forma", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 76, 2012, pp. 373-391.

que produzcan una inconstitucionalidad quedaría sólo a merced de lo que dispongan los órganos colegisladores, sin que sea posible para el órgano de justicia constitucional impugnarlos por la vía del control represivo.

Esto resulta especialmente inconveniente respecto de los conflictos derivados del reparto de potestades en el proceso legislativo que surjan entre el Ejecutivo y el Congreso, como ocurre, por ejemplo, con los referidos al ámbito de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, las indicaciones misceláneas, el aumento de gastos por el Congreso, las insistencias o la facultad de veto presidencial.[28]

Ello conduciría a los órganos colegisladores a no asumir la responsabilidad de haber introducido una ley inconstitucional desde un punto de vista procesal. A veces entonces no bastan los resortes internos para controlar la constitucionalidad y se pueden crear situaciones que podrían haberse evitado antes de que la norma naciera a la vida del derecho.

Lo dicho es sin perjuicio de que tal vez convenga modificar el sistema de control represivo que actualmente tenemos en relación a la inconstitucionalidad de fondo de la ley para que éste sea más eficaz. Al afecto me parece que podría mantenerse en el Tribunal el control represivo mediante la declaración de inaplicabilidad de la ley por vicios de fondo, pero tal declaración no debería constituir un requisito para pedir su posterior inconstitucionalidad, ya que corresponde a exámenes diferentes: uno de carácter concreto y otro abstracto. Sí se podría, en cambio, autorizar al Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional una ley, pero sin sustituirse al legislador, siguiendo, por ejemplo, el modelo alemán, el cual, a través de sentencias manipulativas, busca que el propio legislador, dentro de cierto plazo, elabore un nuevo precepto para salvar la inconstitucionalidad que se ha constatado.

[28] PICA FLORES, Rodrigo: "Un modelo de resolución de conflictos constitucionales en una nueva Carta Fundamental para Chile", en CHIA, Eduardo y QUEZADA, Flavio (editores): *Propuestas para una nueva Constitución*, Instituto Igualdad, 2015, p. 431.

Rafael Blanco[29]

La exposición de María Pía fue una brillante intervención que plantea una cantidad de hipótesis posibles y plausibles cuando uno está discutiendo en la escena sobre cómo ir mejorando la institucionalidad constitucional en el marco de lo que conocemos.

No obstante me gustaría ampliar el campo del debate, porque me parece que en Chile tenemos un problema que no se traduce a la justicia constitucional y que tiene que ver con un agotamiento de los modelos institucionales que muchas veces elegimos para constituir y fortalecer nuestra democracia. Entonces, creo que debería plantearse el análisis y las evaluaciones sobre cómo las instituciones logran reflejar las legítimas expectativas ciudadanas en un modelo de democracia y Estado de Derecho que los deje conformes a todos, porque funciona técnicamente bien, pero además porque está rodeado de condiciones de legitimidad que nos hacen irnos tranquilos, sabiendo que los modelos funcionan.

Mi percepción es que hoy, en el específico caso del modelo constitucional, es uno que no nos deja tranquilos, desde ninguno de los dos ámbitos, no creo que hoy día ni entre los iniciados ni la ciudadanía podamos establecer un consenso relativamente estable de que este es el modelo judicial constitucional que queremos, ni que este es el Tribunal que queremos. Yo creo que por múltiples razones o motivos llegamos a esa percepción.

A mí me parece que nuestro problema constitucional es que hemos diseñado un sistema que finalmente no logra dar en el punto de las expectativas de legitimidad, porque hay cuestionamientos en cuanto a origen, a la comprensión del rol de un Tribunal Constitucional y porque además tenemos algunas dudas sobre el nivel técnico de la conformación misma del Tribunal y su origen. En definitiva, son muchas cosas las que hoy en día nos complejizan el análisis, dicho eso, me parece que no hay mejores condiciones, suponiendo además que este momento constituyente aparentemente se va a alargar en el tiempo, me parece un buen momento para que haya una discusión más intensa y más abierta. En el caso de la justicia constitucional y esta discusión más amplia, me parece que debería llevarnos a discutir si existe un mejor modelo que el de justicia constitucional concentrada, o dicho de otra manera, por qué hemos abandonado la idea de

[29] Abogado y Master (c) en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Graduado del curso de Litigación impartido por la Procuraduría Criminal de Estados Unidos. Postítulo en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Decano de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

discutir un sistema de justicia constitucional difuso. Yo creo que esto es lo primero que uno debe plantearse razonablemente. Déjenme explicarme, algunos insistimos hasta la saciedad en los modelos de reforma judicial de que el mejor modelo posible de juez, es el del juez profesional. Sabemos también que existe el sistema de jurado, que me parece que puede ser una buena solución alternativa para dotar a la justicia de altos niveles de legitimidad. Esta misma lógica quiero traerla al tema de la justicia constitucional para ampliar el debate constitucional, me parece que así como en el ámbito de la justicia debiéramos replantearnos modelos alternativos, en el sistema de justicia constitucional deberíamos discutir también modelos alternativos.

Me parece importante que tengamos un mecanismo de control difuso, un sistema de control difuso que pudiera imaginarse con una Corte Suprema más pequeña, un sistema de precedentes que generara la certeza que un control difuso requiere y porque independientemente de la decisión que se adopte en materia de justicia constitucional, creo que hay que repensar la estructura de integración, remoción, de selección de ministros de la Corte Suprema. Ahora, porque el control difuso parece además como interesante alternativa, yo no digo que tenga una concepción arraigada sobre esto, lo que digo es que valdría la pena que planteáramos esta alternativa para, por último, estar convencidos que la decisión de preservar la justicia constitucional concentrada es la mejor. Lo digo, además, porque nuestra situación es quizás una de las situaciones más complejas: hay un Tribunal Constitucional que tiene atribuciones bastante amplias, con leyes de quórum altos, que regulan una parte importante de los temas constitucionales, entonces el control político es una cantidad enorme de supuestos y de materias y eso hace que el Tribunal Constitucional tenga una envergadura en la toma de decisiones, que sea más amplia que la que uno conoce en otras áreas.

Hoy uno podría imaginar un recorte de atribuciones en ciertos aspectos que a mí no me parece sensato que las tenga. En síntesis para cerrar este punto, lo que primero planteo es ¿por qué no un sistema judicial constitucional difuso? Y bueno, ciertos aspectos que caminan de la mano con esta idea, como una Corte Suprema más pequeña.

Por otro lado, de mantenerse el sistema de Tribunal Constitucional que hoy día conocemos, a mí me parece fundamental rodearlo de un nivel de legitimidad más alto, tanto en el ámbito de los cargos, en los procesos de selección de autoridades, en el nivel de control ciudadano sobre quiénes son los que integran el tribunal, mayor efectividad sobre cómo ese grupo de personas va interpretar nuestra Carta Fundamental. A mi parecer este es el peor escenario, y tiene que ver, salvo con hipótesis muy acotadas, con una total falta de credibilidad

constitucional. El problema no es únicamente político, tiene que ver también con sensibilidades, con cuál es la postura. Me parece muy relevante que el ciudadano desde antes sepa cuál es el pensamiento político que el sujeto determinado que integra la Corte tiene, no solo su historial académico o profesional. Yo creo que en el sistema actual no hay ni lo uno ni lo otro. La idea es que tengamos un procedimiento que nos deje tranquilos de saber que quienes lleguen ahí lleguen por méritos, tiene que haber un mecanismo de control que garantice ciertos méritos.

Hay una cuestión cultural que a mí me parece más inexplicable, por alguna razón los sistemas políticos abandonan a la Constitución y a mí me parece que el sistema político chileno abandonó al Tribunal Constitucional al hacerlo un espacio donde algunos ingresan por motivos políticos. Pero a mi juicio no se repone diciendo que todos deben ser elegidos por el Parlamento. El tema está en cómo hacer mecanismos que garanticen condiciones mínimas de regularidad y de mérito.

Hay alternativas de solución, como que haya sistemas de audiencia pública y abierta donde se interpele a los candidatos, respecto de los fallos, de su trayectoria, o de sus principios. Entendiendo que nadie se impone fácilmente ante una audiencia pública, les harán una cantidad de preguntas técnicas y políticas. Hay que tener oficio para estar ahí y a mí me parece que ese podría ser un buen procedimiento. Otra alternativa, como ocurre ya en algunos casos, es que haya un primer filtro, que se utilicen mecanismos de control, que haya algún filtro mínimo. Se trata de que haya un mecanismo que asegure un control de méritos.

Los puntos que quería hacer son básicamente esos, me parece que hay que repensar el modelo de justicia constitucional, para reflexionar sobre si el modelo que tenemos es el mejor en términos de eficiencia, legitimidad, entre otros. Por eso es que pongo sobre la mesa el sistema de control difuso. Finalmente, de mantenerse el sistema que tenemos hay que ver aspectos que hay que arreglar, asuntos que tienen que ver con la legitimidad de origen de quienes lo integran, para asegurar ciertos méritos de quienes van a estar ahí.

CAPÍTULO VII

Ciudadanía y democracia: nuevos paradigmas

Ciudadanía y democracia: reflexiones en el marco del debate sobre una nueva Constitución

Esteban Szmulewicz Ramírez[30]

1. Introducción

Por décadas, los defensores de la teoría elitista competitiva de la democracia, han pretendido convencernos de que lo único que merece preocupación son los procedimientos adecuados para un gobierno democrático en un sentido mínimo, las elecciones competitivas en que se seleccionan líderes encargados de las tareas de gobierno, descuidando la relación entre los derechos formales y la posibilidad efectiva de ejercerlos, la participación política como algo constitutivo de la identidad y autorrealización de las personas, la ciudadanía ilustrada, y la deliberación democrática meditada y racional, en otras palabras, lo que se denomina una concepción deliberativa de la democracia.

Esta concepción reduccionista de la democracia, ha estado acompañada de una concepción maximalista de la economía liberal de mercado, con primacía de la propiedad privada y la libre (y casi ilimitada) iniciativa económica, vastas desigualdades de ingreso y socioeconómicas, limitado acceso y calidad en los derechos económicos, sociales y culturales, y una población despolitizada y preocupada preferentemente por el consumo y la competencia. En otras palabras, siguiendo la noción de "república neoliberal", las formas de dominación de la desigualdad económica y social coexisten con una reducida participación y deliberación de los gobernados en las cuestiones públicas (Cristi y Ruiz Tagle, 2006, pp 130-7). De hecho, tal como observa Solimano (2009), desde el punto de vista económico, las últimas décadas han estado marcadas en Chile por una combinación de aumento sostenido del PIB y reducción considerable de la pobreza, por una parte, y una reducción ínfima de la desigualdad de ingresos (medido por el Coeficiente GINI).

---

[30] Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (UACh). Abogado. Magíster en Pensar y Gobernar las Sociedades Complejas (Universidad Autónoma de Barcelona). Master of Science in Comparative Politics (London School of Economics and Political Science).
Director del Centro de Estudios Constitucionales y Administrativos de la Universidad Mayor, y Profesor de Derecho Constitucional de dicha casa de estudios.

Esta doble estructura –democracia elitista y sociedad civil neoliberal-, no crea las condiciones adecuadas para la igualdad del voto, la participación política efectiva y adecuada, el control de la agenda política, es decir, aquellas condiciones que Robert Dahl fijara para una democracia plena, y que se rastrean al origen de la democracia moderna (Dahl, 1989).

En otras palabras, cabe preguntarse, en este contexto, si los ciudadanos disponen de los medios discursivos y los canales participativos para llevar a cabo eficazmente la toma de decisiones colectivas. Planteado de otra manera, dadas las condiciones enunciadas precedentemente, ¿se puede considerar a las personas como "libres e iguales" en materia política? ¿O se estaría privilegiando más bien la concepción elitista-competitiva de la democracia que desarrollara Joseph Schumpeter? De esta forma, una discusión sobre ciudadanía y democracia debe partir por delimitar los términos del debate en cuanto a las concepciones de democracia, si aspiramos a superar la concepción elitista y a resituar nuestra concepción de la democracia más en sintonía con el ideal plenamente democrático de la autonomía y el autogobierno del pueblo.

Lo anterior, además, surge como una necesidad frente a la crisis de credibilidad y confianza que afecta a todas las instituciones sociales, pero particularmente a las instituciones políticas, la Cámara de Diputados, el Senado y los partidos políticos, que se sitúan en los últimos lugares en todas las encuestas de opinión en términos de confianza en las instituciones, como lo demuestra de manera clara la serie de la encuesta del Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea (CERC), al menos desde 1996.

Este artículo persigue responder a las preguntas anteriores, para lo cual se estructura en cinco partes. Primero, se sitúa el debate acerca del modelo de democracia, enfatizando los aspectos clave del modelo deliberativo de democracia.

A partir de lo anterior se pretende, en segundo lugar, desarrollar los aspectos que comprendería la igualdad política, uno de los aspectos clave que menos se ha trabajado en el debate actual sobre reformas democratizadoras, y que corresponderá a los siguientes apartados. En tercer lugar, se profundiza lo relativo a los derechos políticos y el modelo democrático, uno de los aspectos más deficitarios en la actual regulación constitucional, relacionando su contenido con diversos debates en materia de derechos fundamentales, instituciones y mecanismos concretos que aproximarían a la comunidad política al logro de dicho ideal, particularmente en cuanto al rol de los partidos políticos. Finalmente, se desarrolla una justificación desde el punto de vista de la igualdad política a la regla

de la mayoría, como procedimiento de toma de decisiones que mejor respeta el ideal antedicho.

2. Modelos de democracia: el modelo deliberativo

Dicho lo anterior, se estima 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. Únicamente se persigue 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, 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 Joshua Cohen, en torno a cuatro elementos fundamentales: a) la deliberación supone argumentación, es decir, el intercambio regulado de informaciones y razones entre partes que hacen propuestas sometidas a revisiones; b) las deliberaciones son inclusivas y públicas, sin exclusiones y considerando que todos los potenciales afectados tengan las mismas oportunidades de acceso y participación; c) las deliberaciones están exentas de coerciones externas, ya que la evaluación y consideración de las propuestas no viene constreñida por normas o exigencias anteriores; y d) las deliberaciones están exentas de coerciones internas, esto es, aquellas que puedan mermar la igual posición de los participantes (Habermas 2010, pp. 381-2). Como resulta claro, de esta definición se siguen importantes exigencias desde el punto de vista de la igualdad política.

En cualquier caso, menester es aclarar que esta concepción de la democracia deliberativa no se construye en oposición al modelo republicano/representativo de la democracia, sino como un complemento a la misma, toda vez que se persigue hacer a las instituciones representativas de la democracia (partidos políticos, Congreso Nacional, y ciudadanía), más receptivas a la calidad de la

argumentación y el debate que se produce en el proceso de toma de decisiones políticas.

3. La igualdad política y el modelo deliberativo

En el marco de este modelo deliberativo de democracia, y de manera totalmente coherente con los ideales del humanismo cristiano, la dimensión de la igualdad particularmente concernida con la actividad de toma de decisiones políticas supone:

1) que todos tengan efectivamente la misma oportunidad de participar en la toma de decisiones vinculantes; y

2) que si participan, dada la voluntariedad de la participación, sus preferencias tengan todas igual peso.

Tener "oportunidad efectivamente igual" no es lo mismo que tener «derecho a», ya que lo primero requiere de ciertas condiciones materiales e intelectuales mínimas (iguales oportunidades de salida). Por otra parte, también se requiere que la desigualdad de condiciones individuales no pueda transformarse en desigualdad de influencia, lo que conduce a la eliminación de las restricciones y exclusiones de acceso, y por esa vía al igual acceso mencionado en el apartado anterior.

¿Por qué es importante? Se puede sostener que esta particular manifestación del principio de igualdad contribuye a lo siguiente: (i) crea un sentido de pertenencia a la comunidad, toda vez que la actividad cooperativa en aras de ciertas finalidades compartidas contribuye a la formación de agrupaciones, lo que involucra conexiones horizontales entre personas, y con ello la vinculación entre personas iguales; (ii) contribuye a la legitimidad y la aceptación generalizada del sistema político y las normas resultantes, independientemente de los resultados electorales; (iii) fomenta la educación cívica y la ciudadanía; y (iv) fortalece la igual consideración de los intereses de diversos grupos y sectores, particularmente aquellos más desaventajados, ya que en la medida en que las personas puedan articular y presentar sus puntos de vista de manera igualitaria, existen mejores posibilidades que las políticas resultantes tengan presentes las necesidades y preferencias de todos los ciudadanos, y no solamente de algunos (Verba 2001, pp. 3 y 4).

Joshua Cohen señala que esto implica tres componentes: (i) iguales derechos de participación, incluyendo el derecho de sufragio, libertad de asociación, libertad de expresión y acceso a los cargos públicos; (ii) iguales oportunidades para ejercer

influencia política efectiva; y (iii) una fuerte presunción a favor del igual peso de los votos. (Cohen 2001, p. 49).

3.1. Iguales derechos de participación

A pesar de que no se puede tener una certeza empírica, parece claro que los ciudadanos cuyos intereses no son directamente articulados o representados en el sistema político, se encuentran en una situación más desfavorable y serán perjudicados, o al menos desconsiderados o desatendidos por las políticas públicas. De esta forma, una de las principales transformaciones democratizadoras es la extensión de los derechos de participación de manera igualitaria, como ocurrió con la ampliación del sufragio hacia las mujeres y la eliminación de las restricciones basadas en la riqueza o la propiedad; la eliminación de las barreras a la participación política de la población afroamericana en Estados Unidos en la década de los 60's, y como podría ser el caso con la extensión efectiva del derecho a sufragio a los chilenos en el extranjero, permitiendo de esta manera la articulación de sus propias motivaciones para la participación política activa, tanto mediante el voto como por otras formas, con el impulso a los candidatos o partidos que busquen representar las preferencias y demandas de esos electores.

Desde el punto de vista de la participación electoral, es importante hacer presente que un sistema dominado por la participación política de los miembros más aventajados de la sociedad vulneraría el ideal de la igualdad política. En particular, la evidencia empírica nacional y comparada parece demostrar que la participación electoral, en contextos de voto voluntario, se encuentra estratificada, tendiendo a privilegiar a los miembros más aventajados, particularmente los más educados, de la sociedad, los que son más informados, pueden hacer argumentos políticos más robustos, y son más capaces de distinguir entre las distintas alternativas políticas en competencia.

Un situación problemática está ocurriendo en Europa con la situación de los inmigrantes, como lo ha denunciado Michelangelo Bovero, ya que se los considera excluidos de los derechos de la ciudadanía (Bovero 2012, p. 112).

Otra razón sobre la importancia de terminar con las exclusiones a la participación radica en la necesidad de otorgar voz y consideración a las opiniones y preferencias de todos los ciudadanos. Como señala Dahl, "si usted está excluido de participar en las decisiones políticas, puede estar bastante seguro que sus intereses se verán dañados, ya sea por falta de atención o por vulneración directa". Y por otro lado, lo anterior implicará una mayor atención a los intereses

de aquellos que si tienen voz y voto en el proceso de deliberación política, lo que a la larga termina afectando la necesaria confianza mutua que sirve para constituir la comunidad política de la que se forma parte.

3.2. Sobre el concepto de "iguales oportunidades de influencia política"

En corto, se traduce en que los ciudadanos activos que se encuentran igualmente motivados y tienen iguales habilidades para desarrollar un determinado rol en el sistema político, en el sentido de los requisitos objetivos de acceso a determinados cargos de elección popular (edad, determinada profesión, etc.), deben tener iguales oportunidades de ejercer una legítima influencia en la toma de decisiones colectivas. (Cohen 2001, p. 50). En otras palabras, se trata de establecer "una norma que implica que una persona no debería tener mayores oportunidades que otra de obtener una posición política deseada basada en una característica o cualidad que es considerada irrelevante para la ejecución de esa posición".

Al respecto, cabe formular tres precisiones a este concepto y sus respectivas implicancias institucionales.

Se trata, en primer lugar, de una igualdad de **oportunidades** para la influencia política, toda vez que en ciertos casos, ciertas diferencias en la influencia política efectiva de los ciudadanos son aceptables, como por ejemplo si esta desigualdad se basa en una mayor preocupación o un mayor interés por la política, o por una mayor capacidad de persuasión, o porque la población comparte en mayor medida los valores o ideas de la persona ejerciendo influencia política (Cohen 2001, p.52). En otras palabras, la idea es que las personas tengan igual oportunidad de influir en la fijación de la agenda política, al tiempo que tienen también oportunidades iguales de influir en el resultado de la deliberación.

Sin embargo, este razonamiento pierde de vista que en algunos casos, como podría ser la realidad en nuestro país, el interés en la política o la capacidad de persuasión, se encuentran desigualmente distribuidos en base a consideraciones socioeconómicas o socioculturales, que podríamos considerar espúreas o ilegítimas. Por otra parte, la mayor persuasión o incluso la mayor popularidad de ciertas posturas, podrían estar condicionadas por las debilidades e inequidades de la educación en general, y de la formación cívica o ciudadana en particular, lo que contradice el criterio de la "comprensión bien informada", esto es, el disfrute, por parte de los ciudadanos, de oportunidades suficientes e iguales para descubrir y afirmar lo que se prefiere en relación con un asunto de interés (Dahl, 1989).

Un aspecto interesante dice relación con aquellas regulaciones que persiguen disminuir las desigualdades en la capacidad de persuasión o en el atractivo físico de quienes ejercen influencia política. Un tipo de medidas comúnmente aceptadas dice relación con el fortalecimiento de la educación cívica y la formación para la ciudadanía, lo que resulta urgente en nuestro país. Pero otro lado, se debe ser cuidadoso con aquellas regulaciones que puedan implicar una limitación excesiva a la libertad de expresión. Ahora bien, ¿serían aceptables las regulaciones que prohíban o limiten los anuncios políticos en televisión, basadas en que ellas reflejan más el atractivo físico que la real capacidad de persuasión de los argumentos ofrecidos? ¿Se podrían limitar exclusivamente a los anuncios en la radio, o en la prensa escrita?

Al respecto, se cae en el peligro no sólo de "ciudadanos no educados", como señala Bovero, sino incluso de ciudadanos "mal educados" o "des-educados", esto es, víctimas de los "arquitectos y empleados de la mala fe que actúan en varios medios de comunicación", manipulando la información política y la deliberación racional (Bovero 2012, p. 116).

En la misma línea, se debe profundizar el debate sobre el pluralismo informativo y la capacidad de acceso a diversas fuentes y visiones sobre la realidad, con la finalidad de formar las propias convicciones. Lo que Dahl denomina como el acceso a *fuentes alternativas* de información política (Dahl, 1989). En el mismo sentido, Bernand Manin sostiene que esta dimensión de la igualdad política demandaría dos conjuntos de instituciones: 1) acceso a información política, incluyendo el derecho a acceder públicamente a los actos y resoluciones de los órganos del Estado; y 2) la libertad de expresar las propias opiniones políticas en cualquier momento, y no sólo durante las elecciones (Manin 1997, pp. 167-8).

En segundo término, el principio requiere la **igualdad** de oportunidades para la influencia política, y no simplemente el aseguramiento de un cierto nivel mínimo de oportunidades. Lo anterior implica ir más allá del reconocimiento de los individuos como ciudadanos formalmente iguales en el sistema político, porque las medidas institucionales para lograr igualdad de oportunidades, y no solamente un nivel mínimo, pueden traducirse por ejemplo al plano de la distribución de los recursos socioeconómicos. Efectivamente, cabe preguntarse si la inequitativa distribución de las capacidades para ejercer efectivamente los derechos políticos y civiles está alternando también la igualdad de oportunidades en el plano de la influencia en la toma de decisiones políticas. (Cohen 2001, p. 52). Como dice la expresión conocida: "la libertad de prensa es un derecho magnífico, siempre cuando usted sea dueño de una imprenta".

En este sentido, los estudios de Verba y otros (Verba 2001, p. 8) demuestran que la igualdad política se ve minada por las desigualdades en el plano económico, toda vez que esta última crea un conjunto de recursos inequitativamente distribuidos, que luego se pueden utilizar en la esfera política. En este sentido, la teoría de las capacidades de Amartya Sen (Sen, 1999) postula la necesidad de ciertos recursos socioeconómicos básicos (educación, salud e ingreso suficiente) de forma tal que el derecho a la igualdad participación política se traduzca, en realidad, en la capacidad de participar efectivamente en la toma de decisiones que impactan las vidas de las personas.

Lo anterior implica, entre otros, el debate respecto de un conjunto de derechos en materia de trabajo y maternidad que permitan a las mujeres desarrollar una vida política en igualdad de oportunidades respecto de los hombres, al tiempo que se garantizan también ciertas condiciones de distribución de la riqueza y de la renta de forma más equitativa, ya que sin estos recursos mínimos muchas personas seguirán siendo vulnerables y dependientes respecto de otras, y no serían plenamente capaces de exponer sus preferencias de manera independiente o de aprovechar las oportunidades que se les planteen (Held 2006, pp. 390-1).

Finalmente, en tercer término el principio se relaciona con la igualdad de oportunidades en el plano **político**, lo que implica ir más allá del ejercicio del derecho a voto (Cohen 2001, p. 53). De esta forma, se condenan, por un lado, tanto las desigualdades en las oportunidades de acceder a cargos de elección popular como en las oportunidades de influir en los resultados electorales. Pero también, por otro lado, las desigualdades en las oportunidades de influir cualquier decisión adoptada por las instituciones políticas, lo que se extiende también al plano de la formación o participación en organizaciones y agrupaciones que influyen en el resultado de las decisiones legislativas.

Resultan de particular importancia las regulaciones relativas al lobby. En este sentido, la igualdad política es incompatible, en línea de principio, con “poderosos sistemas de relaciones y organizaciones sociales que pueden distorsionar los debates y las decisiones democráticas” (Held 2006, p. 393). Se trataría, en consecuencia, de reducir el poder de las grandes corporaciones para influir en la agenda política, de restringir y regular las actividades de los grupos de presión (ya sea representen a los grandes empresarios o a los sindicatos más fuertes), y revisar los privilegios en el debate con los que cuentan determinados grupos de influencia, a expensas de otros.

Igualmente, lo anterior implicará revisar las normas sobre financiamiento electoral y de partidos políticos, pudiendo justificarse las limitaciones al gasto electoral y a

los aportes de las empresas a las campañas, en aras de producir igualdad de influencia en la toma de decisiones políticas, particularmente considerando que las empresas no votan ni son titulares de derechos políticos, al tiempo que los montos de financiamiento que éstas pueden aportar son, por regla general, muy superiores a los aportes de las personas naturales[31].

Lo anterior no implicaría una supresión de la posibilidad de aportes de personas naturales a las campañas políticas, aunque estableciendo límites al aporte máximo que las personas naturales pueden donar a las campañas y los partidos políticos, particularmente en un país caracterizado por la enorme concentración del dinero y la riqueza en un grupo reducido de familias y personas naturales. De esta manera, dada la extrema concentración económica en nuestro país, el actual sistema de financiamiento de las campañas políticas, que permite aportes privados, que pueden ser transparentes o bien reservados, y que pueden provenir tanto de personas naturales como de personas jurídicas, establece canales de influencia que están, en la práctica, abiertos a algunas personas y no a otras (Cohen 2001, p. 59).

En otras palabras, la eliminación del aporte de las personas jurídicas así como el establecimiento de límites importantes a las donaciones de las personas naturales se justifica por una concepción deliberativa de la democracia, que entiende a los ciudadanos no simplemente como consumidores pasivos de los mensajes e informaciones enviados por los actores políticos (como en la versión elitista-competitiva), sino que también como actores que tienen el derecho a participar, entendido como el derecho a tener oportunidades iguales y efectivas para influir en el proceso político (Cohen 2001, pp. 72-3). Así las cosas, cabe preguntarse lo siguiente: si la posición socioeconómica no es considerada una calificación formal relevante al momento del ejercicio del derecho a voto y de otras formas de influencia política, ¿es aceptable organizar el sistema para el ejercicio de la influencia política en una forma tal que permite que esta influencia dependa de la condición o posición económica? ¿Es aceptable organizar el diseño institucional de forma tal que las mayores oportunidades están directamente relacionadas con mayores recursos financieros?

En definitiva, como señala David Held, la igual influencia política "implica un compromiso con la reducción de los privilegios de los privilegiados si éstos

[31] De acuerdo a un estudio de Claudio Agostini, en base a información de las campañas parlamentarias y presidenciales de los años 2009 y 2010, al considerar "las donaciones reservadas para campañas parlamentarias, donde la mayoría de los donantes son personas jurídicas, la UDI recibe más del doble de recursos que RN y cuatro veces más que la DC, que son los partidos que le siguen en magnitud de aportes recibidos" (Agostini 2012, p. 38).

restringen las posibilidades de participación de otros y niegan su capacidad para el compromiso democrático. Pero esto no implicaría, y sería bastante incompatible con ello, un ataque a las 'diferencias' personales, sociales, culturales y (en ciertos aspectos) económicas" (Held 2006, p. 403).

4. Derechos políticos y el principio democrático

En esta dimensión, se aborda lo relativo a la manera en que la configuración de los derechos fundamentales se relaciona con la ciudadanía y la democracia, más allá del derecho a sufragio (activo y pasivo) que fuera observado en los puntos anteriores. De esta forma, existen otros derechos fundamentales que tienen una incidencia significativa en la capacidad de participar deliberativamente en el proceso de toma de decisiones políticas. Nos referimos particularmente al derecho de reunión, que permite articular opiniones y expresiones de manera colectiva en el espacio público, y a la libertad de expresión, uno de los pilares del régimen democrático. Estos derechos son clave para el desarrollo de una sociedad democrática, toda vez que reflejan una forma no tradicional de participación ciudadana en la formación de la voluntad política, más allá del mero ejercicio del derecho al sufragio.

En nuestra Constitución, el derecho de reunión se encuentra reconocido en el artículo 19 Nº 13, que asegura a todas las personas: "El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía". A su vez, la libertad de expresión se asegura en el artículo 19 Nº 12, en cuanto señala: "La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma". A su vez, en los siguientes incisos del numeral 12 del artículo 19, se disponen varias reglas concernientes a los medios de comunicación, particularmente el derecho a retracto, la televisión, a la industria cinematográfica, entre otros aspectos.

El ejercicio correcto de ambos derechos es central para el proceso de formación de la voluntad de la comunidad democrática, lo cual se torna evidente cuando se considera la radical perfectibilidad del ordenamiento democrático liberal, como ha señalado el Tribunal Constitucional federal alemán en la sentencia sobre las protestas en contra de la planta nuclear de Brockdorf (Schwabe 2009, p. 279), "el derecho del ciudadano a participar en la formación de la voluntad política se expresa no sólo en las elecciones, sino también en la posibilidad de influir en el proceso permanente de la formación de la opinión política", en el cual los ciudadanos participan de diferentes maneras: las grandes asociaciones, los donantes financieramente fuertes, o los medios de comunicación pueden ejercer

una considerable influencia, mientras que los ciudadanos se hacen presentes sin ningún poder. De ahí que la aludida decisión jurisdiccional afirma que existe “un trabajo aún no concluido, que debe ser cumplido a través de una siempre renovada expresión de la voluntad”, la cual debe partir del pueblo hacia el Estado, y no al contrario.

De un análisis de las actuales disposiciones constitucionales, aparece claro que la configuración, delimitación y regulación del derecho de reunión deberán ser objeto de un análisis profundo en el debate constitucional. En particular, parece necesario apuntar a la necesidad de que la regulación de este derecho fundamental quede entregada a la ley, y no a un Decreto Supremo, como ocurre en la actualidad. Por otro lado, aparece clara la necesidad de establecer requisitos y condiciones claras, precisas y proporcionales para justificar, desde una perspectiva constitucional, los diversos tipos de intervenciones estatales (administrativas, judiciales y de policía) a este derecho, las cuales deberían incorporar los estándares comparados e internacionales (Szmulewicz 2013, pp. 255-6).

Por otro lado, respecto de la libertad de expresión también cabe sostener la necesidad de fortalecer el aspecto relativo a la libertad de información, particularmente el pluralismo informativo, toda vez que la existencia de fuentes alternativas de información es un aspecto central de una democracia de calidad, en donde el Estado debiera tener un rol más claro en cuanto a la distribución de contenidos educativos, culturales e informativos de interés general. Al mismo tiempo, para que la ciudadanía pueda ejercer con plenitud los derechos de participación política, la libertad de expresión y en definitiva tomar parte activa del proceso político, se recomienda elevar a nivel constitucional un derecho ya reconocido a nivel legal, esto es el derecho de acceso a la información pública, que a su vez se relaciona con el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, actualmente establecido en el artículo 8° de la Constitución.

5. Partidos políticos y el principio democrático

En quinto lugar, 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 (Pasquino 2009).

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 prohibicionistas y de 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 artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn establece que los partidos cooperan en la formación de la voluntad política del pueblo; el artículo 4º de la Constitución francesa de 1958 dispone que los partidos y las agrupaciones políticas concurren a la expresión del sufragio; y el artículo 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 caudillismo.
>
> 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 (Saffirio 2011, pp. 7-10).

6. La regla de la mayoría

Finalmente, cabe referirse a la temática sobre el igual peso de los votos, que se había mencionado anteriormente con el tercer elemento constitutivo de la igualdad política, particularmente intentando una defensa de la regla de mayoría como legítima exigencia del juego político democrático, en materia de aprobación de leyes, de cara al debate sobre una nueva Constitución que se avizora.

En esta línea, el célebre jurista y ex ministro del Tribunal Constitucional alemán, profesor Ernst Böckenförde hace referencia a dos principios que justificarían la democracia como legítimo, en cuanto justo, 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 sólo 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" (Böckenförde 2000, p. 93).

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.

En el mismo sentido, el politólogo Adam Przeworski respalda la regla de mayoría simple fundado en que es la única regla de toma de decisiones que es neutra, vale decir, que no "privilegia a ninguna opción de antemano", en la medida en que permite "maximizar la autonomía", en el sentido de "la proporción de la colectividad que está satisfecha con esa decisión colectiva" (Przeworski 2010, p. 218). Al contrario, el mecanismo de quórum supra mayoritario se inclina a ponderar los votos, y no simplemente a contarlos, lo que implica otorgar, de alguna manera, una mayor consideración a la opinión de la minoría. Para graficar esta conclusión, Lucas Sierra realiza un simple ejercicio, consistente 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 supra mayoritario de 4/7 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 (Sierra 2011, p. 15).

De esta forma, como señala Böckenförde, "partiendo de la igualdad democrática, los votos –considerados desde una perspectiva jurídica– sólo pueden ser contados, y no ponderados" (Böckenförde 2000, p. 93). En otras palabras, la regla de supermayoría no satisface el principio democrático de igualdad política, en la medida en que algunos votos valen más que otros (anonimidad), y por cuanto no todas las alternativas son igualmente consideradas (neutralidad), en la medida en que la regla favorece el *status quo* y afecta las alternativas frente a dicha posición.

Por último, McGann construye una interesante defensa del principio de mayoría simple sosteniendo que éste 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 que las desfavorezcan.

Una regla súper mayoritaria, 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 supra mayoritario, 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 del proceso político, en la medida en que existe la posibilidad cierta de vencer a los incumbentes en algún momento futuro. En otras palabras, como señala Gonzalo García, "en la medida en que se incrementan los quórums 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".

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 tienen en sus votos el poder de bloqueo de los cambios favorecidos por la mayoría y con ello mantiene los privilegios o ventajas que le concede el *status quo*.

7. Conclusiones

En conclusión, aparece claro que la definición y contenidos de la igualdad política guardan estrecha relación con una concepción deliberativa de la democracia, que permita superar la versión elitista-competitiva, así como también resituar el debate acerca de la igualdad en materia de toma de decisiones colectivas. Ahora bien, lo anterior no implica prescindir completamente de la preocupación por la libertad, particularmente por la libertad política, por lo que las medidas concretas para lograr la igualdad política deben analizarse en el esquema de igualdades-libertades esbozado en el segundo apartado de este trabajo.

Por otra parte, el logro del ideal de igualdad política implica articular un conjunto de planos, incluyendo tanto los iguales derechos de participación como las oportunidades iguales para ejercer influencia política efectiva, y la igualdad del peso de los votos. Como se desarrolló, particularmente complejo, por sus consideraciones sistémicas y multisectoriales, es la realización de la igualdad de influencia política efectiva, que conduce a la deliberación con respecto a las reglas de financiamiento de la política, conflictos de intereses y lobby, regulación de las campañas políticas, entre otros aspectos. No obstante las dificultades, la utilidad de poner el foco de análisis en la igualdad política radica en relevar un aspecto que había sido descuidado tanto en las reformas democráticas realizadas Chile hasta la fecha, más guiadas por el logro de un nivel mínimo de democracia, como también en las agendas igualitaristas, casi exclusivamente orientadas a las preocupaciones de igualdad material, pero descuidando en cierta medida la manera en que dichas desigualdades socioeconómicas impactan en la distribución de recursos políticos, y, consecuentemente, la importancia de una participación y deliberación políticas igualitarias.

En definitiva, la adecuada atención al descuidado y relegado aspecto de la igualdad política, podría contribuir a aproximarnos a los principios de autonomía y autogobierno, al tiempo que se trata a los ciudadanos como personas libres e iguales, y se fortalece el sentido de pertenencia a la comunidad política, todos

aspectos centrales para una re comprensión de nuestro ideal democrático, de una manera más republicana y deliberativa.

8. Bibliografía

- Agostini, Claudio (2012). "Financiamiento de la Política en Chile: Campañas Electorales 2009-2010", Centro de Estudios Públicos y Corporación de Estudios para Latinoamérica, en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5011_3155/DOC_CAgostini_Financiamiento-de-la-Politica-en-Chile.pdf, consultado el 18/05/2015.

- Böckenförde, Ernst (2000). *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Bovero, Michelangelo (2012). "Las condiciones de la democracia. Una teoría neo-bobbiana", en Ernesto Ottone (editor), *Pensamiento Global II*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

- Cohen, Joshua (2001), "Money, Politics, and Political Equality", Byrne, Stalnaker, y Wedgewood, (eds.), *Fact and Value*. Boston: MIT Press.

- Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo (2006). *La república en Chile*. Santiago: LOM.

- Dahl, Robert (1989). *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press.

- Habermas, Jürgen (2010) (6ª ed.). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid: Trotta.

- Held, David (2006). *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza.

- Manin, Bernard (1997). *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Pasquino, Gianfranco (2009). *Nuevo curso de ciencia política*. Bolonia, Il Mulino.

- Peces-Barba, Gregorio (1999). *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

- Przeworski, Adam (2010). *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- Saffirio, Eduardo (2011). "Los partidos políticos: reformar para institucionalizar", en *Asuntos Públicos*, Informe N° 900.

- Sartori, Giovanni (2003). *¿Qué es la democracia?* Buenos Aires: Taurus.

- Sen, Amartya (1999). *Development as Freedom*. New York: Alfred Knopf.

- Sierra, Lucas (2011). "La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática", en Lucas Sierra y Lucas Mac-Clure, *Frente a la mayoría: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*. Santiago: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Solimano, Andrés (2009), "Three Decades of Neoliberal Economics in Chile. Achievements, Failures and Dilemmas", *United Nations University–World Institute for Development Economic Research Paper* No. 2009/X, June.

- Szmulewicz, Esteban (2012a), "Democracia, gobierno de la mayoría y leyes orgánicas constitucionales. Parte I". En *Asuntos Públicos* (asuntospublicos.ced.cl) Informe N° 954.

- _____ (2012b), "Democracia, gobierno de la mayoría y leyes orgánicas constitucionales. Parte II". En *Asuntos Públicos* (asuntospublicos.ced.cl), Informe N° 979.

- _____ (2013), "Criterios para la ponderación entre el derecho de reunión y el orden público". En Bassa, Jaime (Ed.), *Los desafíos de la interpretación constitucional*. Edeval, Valparaíso. 2014.

- Verba, Sydney (2001), "Political Equality: What Is It? Why Do We Want It?", *Russell Sage Foundation Working Paper Series*, en https://www.russellsage.org/sites/all/files/u4/Verba.pdf, consultado el 11/05/2015.

CAPÍTULO VIII

El camino a una nueva Constitución

María Cristina Escudero[32]

En primer lugar quisiera agradecer al Centro Democracia y Comunidad por la invitación, en especial porque este es un tema muy interesante, que me alegra compartir.

1. Importancia del mecanismo

Voy a hacer una presentación explicando por qué el mecanismo es importante, este es el foco de mi presentación. Creo que pese a que hemos discutido bastantes mecanismos, los chilenos hemos hecho una cierta evolución desde lo más conservador a estar más abiertos a las posibilidades de hacer mecanismos más participativos. Esto se ve en las mismas personas que van emitiendo sus opiniones, en los académicos que estamos más abiertos a estudiarlos. Sin embargo, no sabemos bien porqué, estamos discutiendo el mecanismo y al principio cuando empezamos con la idea constituyente, todos decían: ¿pero cómo vamos a poner la "carreta delante de los bueyes"? Es decir, primero veamos que vamos a discutir y después vemos el mecanismo. Las dos cosas son importantes, porque en una nueva Constitución y en un reemplazo constitucional, vamos a cambiar unas reglas del juego por otras que no solamente tienen un valor normativo jurídico, también tienen un valor simbólico. La mirada tiene que ser más integral porque en este valor simbólico es muy importante el mecanismo.

Por lo tanto, lo primero que les quería explicar es la literatura que trata sobre las razones por las cuales es importante debatir acerca del mecanismo constituyente. La literatura empírica, busca probar en la realidad las hipótesis sobre los efectos del mecanismo en el proceso constituyente. Primero, el mecanismo es importante porque define quién, cuándo (porque puede haber varias etapas) y cómo se lleva el proceso de toma de decisión (ej. quórums necesarios).

En segundo lugar, se dice que el mecanismo es importante porque puede producir varios efectos dependiendo de varios factores, en especial –lo que más se discute- es el efecto de la participación: cuánta gente participa, en qué calidad participa, si son la gente, los partidos políticos, el Ejecutivo, el Legislativo, entre otros.

[32] Profesora del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile. Doctora © en Ciencia Política y Magister en Ciencia Política de la Universidad Católica y Máster en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Georgetown. Abogado de la Universidad de Chile.

Entonces, lo primero que hay que decir es que el mecanismo puede influir en el contenido. Hay quienes señalan que puede afectar la forma en que se distribuye el poder o las normas como se distribuye el poder. Si el mecanismo está controlado por el Ejecutivo, hay quienes señalan que se va a atender a generar un sistema político en el cual él tenga mayor injerencia en la toma de decisiones. Si por el contrario, está controlado por los parlamentarios o por los partidos políticos que no están en el Ejecutivo, lo más probable es que los intereses que se defiendan sean mecanismos de toma de decisiones más centrados en el Congreso. Y si es una Asamblea Constituyente con participación ciudadana ¿qué pasaría?

Cierta evidencia muestra que efectivamente si el Ejecutivo controla los procesos constituyentes suele fortalecerse al mismo, y cuando lo controla el Legislativo no se favorece tanto a sí mismo, pero sí se favorece más el Legislativo cuando el mecanismo es una Asamblea Constituyente (Ginsburg et al, 2009). Para esto hay muchas explicaciones posibles, entre ellas, que la AC (Asamblea Constituyente) ve con más escepticismo la concentración del poder (siempre que la AC no esté controlada por el poder Ejecutivo).

Otro efecto posible que puede ser afectado por el tipo de mecanismo, es el establecimiento de derechos, tanto en la cantidad como en el tipo de derecho. En este sentido, se señala que si hay más participación ciudadana en el proceso constituyente, o de distintos grupos de la sociedad que no han participado anteriormente en política, podría haber una ampliación de los derechos especialmente los derechos económicos y sociales (Samuels, 2006). En suma no es menor si el mecanismo es participativo o no es participativo.

También se habla de una cierta hipótesis de participación y una hipótesis de deliberación que afectaría al sistema político y a la legitimidad al sistema político. De esta manera si tenemos un mecanismo donde participan personas fuera de los actores políticos comunes, podríamos tener más democracia al final del camino, es decir, el mecanismo influiría en más democratización y también podría influir en más legitimación del sistema político (Eisenstadt, 2015; Wheatley y Mendez, 2014). Esto se explica, porque las personas harían más suya la Constitución, pero también porque estarían más preparadas para defender los principios de delimitación del poder frente a tendencias autoritarias de un Poder Ejecutivo, por ejemplo. En el fondo, la hipótesis y la evidencia tienden a afirmar que habría más democracia después de un proceso participativo que en uno que no lo es.

Hay otros estudios que analizan escenarios de conflicto y violencia, sobre todo en sociedades divididas que vienen de una guerra civil, de una revolución o experiencias similares. En estos contextos, la pregunta es si las constituciones

hechas en forma más participativa o las que no lo fueron, influyen en bajar los niveles de violencia posterior. La mayoría de la evidencia muestra que sí y es más evidente si es que el mecanismo ha sido integrador de distintas visiones y que esa integración se manifiesta en instituciones más inclusivas, lo que afecta el contenido pero también en bajar los niveles de violencia.

Otra consecuencia que pueden tener los mecanismos es la sobrevivencia futura en las nuevas constituciones. Se habla mucho de cuánto tiempo tiene que durar una Constitución. No puede ser efímera y poco relevante, más bien, una Constitución para que tenga ciertos grados de éxito tiene que durar en el tiempo. No sabemos cuánto y no hay acuerdo en la literatura de cuánto tiene que durar una Constitución. Jefferson decía que no debía durar más de una generación y la historia latinoamericana le da la razón, puesto que las constituciones duran alrededor de dieciocho años. Para otros, la Constitución debiera durar lo más posible, como en EEUU, sin embargo, no hay acuerdo, pero sí sabemos que tiene que durar algo, por lo menos un par de gobiernos para saber que todos los actores bajo esa Constitución la cumplen y la respetan. Algunos autores han encontrado evidencia para señalar que los procesos más inclusivos tenderían a generar constituciones más duraderas (Elkins et al 2009).

Todo parece indicar que constituciones que han sido construidas de una manera más participativa y más abierta tenderían a limitar mejor el poder que otras, por eso es importante el mecanismo, porque tiene efectos sobre los resultados futuros, sobre lo que nosotros determinaríamos que la Constitución fuera exitosa: si mejorará la democracia, si va a producir más legitimización, si va a afectar derechos, si va a afectar la distribución del poder, si va a tener más sobrevivencia, etc. Entonces el mecanismo es importante, porque hay expectativas sobre sus efectos en el contenido y la legitimidad de la nueva Constitución.

Las constituciones tienen dos partes, una que es institucional, la “sala de máquinas” como la llama la Gargarella (2013). Esta se refiere a cómo se distribuye el poder y cómo se limita. La otra parte es la de los derechos, los principios, los valores. Por lo general, se dice que el mecanismo influye sobre la segunda, más relacionada con la legitimidad. El punto que quiero hacer con esta presentación, es que no solo influye ahí, la literatura en Ciencia Política también ha encontrado evidencia que podría influir en el contenido institucional.

2. Tipos de Mecanismos

Existen varios tipos de mecanismos. Los que siempre se mencionan son tres: la Asamblea Constituyente, el Congreso Constituyente y las Comisiones. Cada una

de ellas puede tomar muchas formas, ya que, por ejemplo, no hay un solo tipo de Asamblea Constituyente. Cuando hablamos de Congreso Constituyente, tampoco hay un solo tipo de Congreso Constituyente. En este sentido, no hay ninguna razón por la cual pensar que un Congreso Constituyente es menos representativo o menos participativo que una Asamblea Constituyente, pero sí hay razones para pensar que tienen cualidades distintas que las diferencian.

¿Cuáles son las dimensiones que dan vida a distintos tipos de mecanismos? Vamos a hablar de las dimensiones que pueden ser pilares de nuestro proceso constituyente. Primero, debemos fijarnos cuál va a ser el pilar institucional del mecanismo constituyente. Este puede estar centrado en el ejecutivo, es decir, que el ejecutivo presta todos los recursos, profesionales y metodologías para llevar adelante la discusión. El pilar institucional puede estar centrado en el legislativo o puede estar centrado en la ciudadanía. No debemos perder de vista que el pilar institucional no tiene que ver con el nombre del mecanismo (AC o Congreso Constituyente) sino con el peso de él o los actores que lo dominan.

Otra dimensión está dada por el mayor predominio de la participación y/o de la representación en las distintas etapas del proceso. La literatura habla de varias etapas, la más simple son tres etapas: a) escrituración del borrador, b) deliberación sobre el texto y c) ratificación del texto. En la elaboración habrá participación por medio de diálogos ciudadanos, por lo tanto, la primera etapa estará marcada por una dimensión más participativa. La etapa de deliberación será decidida por el siguiente congreso que sabemos que tendrá una dimensión representativa importante, pero aún no sabemos si habrá participación ciudadana en él.

Por último, la ratificación puede ser por referéndum o directamente por la AC, el Congreso o el Ejecutivo. Esto aún no está definido. La ratificación en referéndum por la ciudadanía, es lo más habitual en los últimos procesos constituyentes latinoamericanos (y en nuestra historia constitucional) pero hay muchos casos en que después de una AC o un proceso participativo, no se realiza referéndum. Luego tenemos estilos de toma de decisiones que constituyen otro pilar del mecanismo. Hay estilos de toma de decisiones de puertas más cerradas y que no son abiertas al público y otras donde la ciudadanía se entera de la forma en que los representantes votan y argumentan. En el primer caso, los que toman la decisión final es un grupo más reducido, pero también hay más espacio para los acuerdos entre posiciones muy distantes sin la presión pública de no ceder. En el segundo caso, los representantes estarían más limitados a cambiar de opinión (Elster, 1995).

Sería ocultar cierto realismo político pensar que el mecanismo constituyente es solo participación ciudadana, también hay acuerdos entre las élites. Todos los procesos constituyentes incluso los más participativos, en algunos momentos las élites se ponen de acuerdo, ya sea presionadas por esa sociedad o no. Este es un elemento importante para la estabilidad futura de las nuevas reglas del juego.

Tenemos una tensión entre representación y participación. Solemos decir que queremos un mecanismo participativo, se habla de la participación en los procesos constituyentes, pero no necesariamente le damos importancia a mecanismos representativos o que la participación sea realmente incidente.

Hay casos muy diversos, por ejemplo, la Asamblea Constituyente de los venezolanos en 1999 es efectivamente participativa de un sector que antes no había influido en política. Efectivamente, en Venezuela, participa del proceso una ciudadanía que había sido excluida del sistema político durante mucho tiempo, pero no es representativa ya que el noventa y cinco por ciento de la AC era chavista, excluyendo a la oposición.

En cambio la boliviana fue representativa y participativa. Ingresó un mundo ajeno a la política tradicional, pero la política tradicional también estaba en el proceso constituyente, retuvo el quórum de los dos tercios. Es mucho más claro el pacto que hay entre elites en la asamblea boliviana, que incluso hay un pacto con la elite económica, que explica mucho la estabilidad actual, que no existe en la Asamblea Constituyente venezolana, por lo tanto, ahí tenemos una tensión, que no es banal, que hay que resolver. Hay que llegar a un equilibrio entre representación y participación.

Por último, la ratificación posterior está muy valorada, siempre hemos hablado de nuestro proceso constituyente tiene que haber al menos un plebiscito ratificatorio. En las constituciones Latinoamericanas no siempre ha sido así, pero en las últimas, sobre todo en democracias así han sido. Sin embargo, la ratificación puede no arreglar el pecado original de un proceso constituyente, es decir, la ratificación puede reafirmar una Constitución que ha sido debatida con participación y deliberación, pero no necesariamente va a legitimar una Constitución que no tuvo ese debate y esa participación. Hay estudios recientes que presentan evidencia que la participación más importante no se da en el proceso de ratificación sino que se da en el proceso de estructuración del borrador (Eisenstadt, 2015). Esto tiene cierta lógica porque los procesos que se hacen antes van generando legitimidad que se arrastra en las etapas posteriores y el proceso de ratificación tiene sentido para vigilar que los principios y ciertos trazos que se dan al principio del debate constituyente no se pierdan.

3. Contexto Latinoamericano

El gran problema en la era democrática es que en la región la minoría de los procesos constituyentes se ha realizado en democracia. No es que las democracias no hagan constituciones sino que la historia del contexto político en América Latina ha sido muy autoritaria. Los mecanismos constituyentes se prestan para mucha manipulación y eso es algo que nosotros tenemos que tener presente en la historia latinoamericana, sin perjuicio que sí es posible realizar buenos procesos constituyentes en democracia. Las democracias latinoamericanas (definidas para este propósito como gobiernos electos, descontadas las transiciones) han hecho cerca de 30 procesos constituyentes.

Estos procesos han tomado lugar durante la tercera ola democrática (a partir de 1975), y sobre el sesenta por ciento (60%) de ellos han sido asambleas constituyentes y aproximadamente el treinta por ciento (30%) han sido congresos constituyentes (el resto corresponde a otros mecanismos).

La mayoría de las asambleas constituyentes han sido hechas en gobiernos de facto, porque son más manipulables. Las democracias, crecientemente han hecho más asambleas constituyentes. El informe PNUD sobre mecanismos constituyentes, señala que Latinoamérica es un continente de asambleas constituyentes, pero en la época de las dictaduras el mecanismo más popular son las comisiones, menos en Latinoamérica que tiene una tradición en la realización de asambleas constituyentes, basada en el fundamento que la soberanía recae sobre el Pueblo. En este contexto, todos los países han hecho asambleas constituyentes menos Chile y Brasil. El segundo ha hecho congresos constituyentes y Chile que ha hecho comisiones.

4. ¿Por qué cambiamos las constituciones?

Hay varias razones para reemplazar una Constitución. En particular, se ha criticado este proceso constituyente diciendo que no tenemos una crisis, por lo tanto, no podemos hacer un proceso constituyente si no hay una crisis. Gargarella (2013) señala que las constituciones se hacen para solucionar un problema del momento bajo la convicción que la razón por la cual tenemos ese problema recae en las reglas dadas por la Constitución. De acuerdo a este autor, el problema del momento latinoamericano en la actualidad es la desigualdad, por lo tanto, siguiendo esa línea tendríamos que atacar ese problema. Otros autores, como Hardin (2013) dice que la razón para tener una nueva Constitución es para establecer instituciones donde no las hay o remplazar las que funcionan mal.

Negretto (2012), por su parte, señala que la Constitución se reemplaza cuando hay un desequilibrio de poder, por lo tanto, los actores tienen que equilibrar ese poder cambiando las instituciones o resolviendo una crisis de institucionalidad.

Esta búsqueda de la razón por la cual reemplazar la Constitución es importante porque si nosotros decimos que tenemos una crisis de institucionalidad (ej. confianza en la política), mediremos nuestro éxito del proceso constituyente en virtud de la mejora de nuestras instituciones y su legitimidad. Adicionalmente, la razón por la cual vamos a cambiar nuestra Constitución es muy importante porque define el mecanismo, el cual a su vez va a impactar en el contenido y en el resultado más simbólico de la Constitución. Entonces, si nosotros decimos que tenemos un problema de legitimidad, tenemos que crear un mecanismo que resuelva el problema de legitimidad (no solo las normas).

En este contexto, la Presidenta dijo que existían tres problemas: a) legitimidad de origen, b) la Constitución no responde a las necesidades de nuestra época y c) dijo que la actual Constitución no favorece a la Democracia (porque hay mecanismos que obstaculizan la Democracia). El desafío es estar de acuerdo en el objetivo del cambio constitucional. Sabemos que la Constitución de 1980 tiene problemas en la legitimidad de origen, pero no esta tan trabajada la idea de deslegitimidad por ejercicio de la Constitución, tampoco está tan trabajada la idea que la desigualdad política sea un factor de deslegitimación de las instituciones chilenas. Esto determina tanto el contenido que le queremos dar a nuestra Constitución y al mecanismo que vamos a elegir. Por lo tanto, un buen aporte de un grupo de trabajo es determinar bien cuál es el objetivo de una nueva Constitución incluso sin profundizar en el detalle de la norma ni en los mecanismos.

5. ¿Qué mecanismos tenemos para hacer este proceso exitoso?

Un Congreso Constituyente puede ser de dos tipos. El primer tipo es un Congreso que está en ejercicio y toma atribuciones constituyentes y el segundo tipo corresponde a un Congreso que elegimos para que haga la Constitución y para que además sea un Congreso normal (se haga cargo de legislar el resto de las leyes). En este último caso, se parece a una Asamblea Constituyente. Si tenemos un Congreso Constituyente del primer tipo no lo vamos a elegir sabiendo que va a hacer la Constitución (no está especialmente mandatado), pero este mecanismo da una continuidad constitucional, sin el quiebre institucional que parece tan dramático para algunos. En un Congreso Constituyente ya sabemos cuáles son las reglas de funcionamiento, porque ya las conocemos, sus quórum, que pasa

primero en la Cámara de Origen, luego pasa la revisora, sabemos el proceso, no hay incertidumbre en ello. También sabemos el tipo de representatividad que tiene (por el tipo de sistema electoral con el cuál fue electo). Este mecanismo puede ser representativo, pero no necesariamente participativo. La participación no está garantizada en ningún mecanismo, hay que introducirla intencionalmente.

Por otro lado, quienes se inclinan por una comisión constituyente, lo hacen porque se privilegia lo técnico. Es decir, se estima que lo constitucional es un trabajo técnico - jurídico y quizás político. Hay razón en esta visión, en el sentido que la Constitución es en una parte importante técnica, no lo podemos olvidar, pero la técnica no suple la negociación sobre varias alternativas posibles. Como dijimos con anterioridad, si el mecanismo es cerrado puede existir más negociación, pero si el mecanismo es abierto va a existir mucho más deliberación.

¿Por qué tendríamos una Asamblea Constituyente? Primero porque hay una separación de funciones. Los países tienen que seguir funcionando, y nos podemos demorar un año en generar una nueva Constitución y necesitamos un Congreso que legisle sobre políticas comunes y corrientes (no constitucionales). Segundo, una AC que permite esta separación de funciones también produce otra consecuencia positiva: no mezclar la política común con la política constituyente. Lo que nosotros queremos intencionar en un proceso constituyente es la altura de miras, lo que se llama alta política, que los actores sean capaces de legislar no desde su propio interés, sino en el interés común. Cuando se está legislando una política de gobierno, se tiende a hacer transacciones y negociaciones de política común que no necesariamente son las que queremos que se tengan en cuenta cuando se discute una Constitución.

Tercero, teniendo una AC que funcione paralelamente al Congreso, se puede establecer un tipo distinto de representación. Una Asamblea Constituyente va a ser una asamblea representativa, o sea vamos a elegir y a delegar el debate, pero no tiene por qué regirse por las mismas reglas electorales que el Congreso. El Congreso busca gobernabilidad, es decir, generar mayorías en otra dinámica y lógica (entenderse con el Ejecutivo) que la que se busca con una Asamblea Constituyente: crear macro reglas del juego para guiar la política común. En este contexto, la representación quizás tiene que ser más amplia que para un Congreso que quiere generar mayoría.

Podría haber un mecanismo mixto que propone la Presidenta. Se trata de una mezcla de parlamentarios con una Asamblea Constituyente. Esta posibilidad en el fondo mejora las falencias del Congreso, pero empeora los beneficios de las asambleas constituyentes.

Por último, hay muchos temas que no hemos alcanzado a exponer, por ejemplo, las formas de participación que pueden existir. Es valorable que haya debates previos, siempre va a ser mejor que no tener nada de participación ciudadana. Hay que tener en consideración que otra forma de participación es la fiscalización posterior de los principios contenidos en las bases ciudadanas que se han elaborado participativamente, para lo cual hay que decidir si los debates dentro del mecanismo serán públicos o privados. Otro tema que debe resolverse es el tipo de sistema electoral. Si se opta por una AC se tendrán que abordar, los quórum de toma de decisiones (ej. quórums especiales o por mayoría), etapas de participación intermedias, la conveniencia de un referéndum ratificatorio, entre otros temas que dan cuenta de la complejidad de los procesos constituyentes.

Bibliografía

- Eisenstadt et al (2015). "When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974–2011". *American Political Science* Review. Vol. 109, No. 3. 592 – 612.

- Elkins, Zachary, Tom Ginsburg y James Melton (2009). The Endurance of National Constitutions. Cambridge: Cambridge University Press.

- Elster, Jon (1995). "Forces and Mechanisms of the Constitution-Making Process". *Duke* Law Journal, 45, pp. 364-396.

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

- Ginsburg, Tom, Zachary Elkins y Justin Blount (2009). "Does the Process of Constitutional Making Matters?". *The Annual Review of Law and Social Science*, 5, pp. 201–238.

- Hardin, Russell (2013). "Why a Constitution?". En Denis Galligan y Mila Versteeg (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 51-72.

- Méndez, Fernando y Jonathan Wheatley (2013). "The constition Making Process: An Analytical Framework". En Fernando Méndez y Jonathan

Wheatley (eds.), *Patterns of Constitutional Designs. The Role of Citizens and Elites in Constitution-Makbibling*. London: Ashgate, pp. 7-20.

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

- Samuels, Kirsti (2006). *Constitution Building Processes and Democratization: A Discussion of Twelve Case Studies*. Geneva: IDEA.

José Burmeister Lobato[33]

Quería mencionar que hace poco fui electo presidente comunal de la Democracia Cristiana en la comuna de Renca, y lo cuento porque son bastante importantes las comunales, las bases del partido son claves del proceso para el que uno sea presidente, a mí eso me toca en particular, me siento particularmente interpelado en el buen sentido por la presidenta.

Quería hacer una pregunta a los que no son abogados, ¿han leído alguna vez la Constitución? Si uno hiciera esa pregunta en un barrio, en una comunal del partido, en una junta de vecinos, en un grupo de adultos mayores, en un grupo de jóvenes, yo creo que esa pregunta tendría una respuesta más bien negativa, muy poca gente ha tenido en sus manos una Constitución y tenemos mucha gente que hace una crítica sobre nuestra Constitución Política actual, y son pocos los capaces de traducir esa crítica en comentarios concretos.

Entonces replicamos un poco de lo que ha sido un esquema tradicional de nuestra democracia en los últimos años, en que están los técnicos y los temas que están vetados al sentido común, lo cual en el caso de la Constitución es un caso grave y sintomático. En Chile no conocemos realmente en profundidad nuestra Constitución y eso en parte se explica por la distancia entre la Constitución con la discusión cotidiana y también por el origen que tuvo.

Cuando la Constitución se elabora entre cuatro paredes, que puede que estén integradas por gente muy notable y con la mejor de las intenciones, hace que sea un producto que no sea conocido, socializado, que no se sienta como propio por el resto de la población, y eso creo que redunda en lo que tenemos hoy en día. Esto no solo se explica por la ilegitimidad política al ser originada por la dictadura- que es un tema importante- sino que por la distancia que tiene con los ciudadanos comunes y corrientes. Y en esto es importante señalar la importancia que tiene la Constitución. No está demás rescatar las palabras que entregó la Presidenta, cuando ella dice que la Constitución se refiere a nuestros valores compartidos, lo que nos une como nación, las reglas básicas entre la convivencia y la base para el progreso.

Es importante porque la Presidenta no solo habla de nuestra identidad que, es algo más pasivo-dinámico, en definitiva es como una foto, sino que también de las

[33] Abogado, Universidad de Chile. Master of Laws (LL.M.), Columbia University.

bases para el progreso que es algo que de hecho creo que es importante y fundamental, y en concreto también es importante decir.

¿Por qué es importante? Cuando hablamos de la solución para el conflicto indígena, específicamente con el conflicto mapuche, Francisco Huenchumilla hablaba de esta propuesta política, y ese reconocimiento pasa por la Constitución. Lo que pasa con la diversidad sexual, lo que pasa con la doctrina de nuestro partido, y la razón que tengamos derecho de propiedad. La vida concreta de nosotros, los ciudadanos, se ve impactada, y eso es importante que lo tengamos claro y lo socialicemos.

En segundo lugar, es importante recordar que la Constitución es vinculante para los jueces y los legisladores y, por tanto, las reglas que crean no solo son simbólicas -siendo importante lo simbólico- sino que además son vinculantes, y ahí hay ciertas alternativas antes de entrar al método. Hay gente que es partícipe de una Constitución mínima, como la de Estados Unidos, y que establece ciertas reglas básicas, principios que son realmente inmutables y que a nadie se le ocurriría estar cambiando. Pero en Estados Unidos realmente no se postula cambiar la libertad de expresión o las reglas de la Constitución, sino que ésta va recogiendo y se va *aggiornando* en el dinamismo, en la historia, a través de la Corte Suprema, que es una corte constitucional. Por otro lado, textos como la Constitución nuestra que, independiente de su origen, es un texto de lo más comprensible y amplio que uno pudiera imaginar, regula aspectos absolutamente detallados de nuestra convivencia, de nuestros procedimientos de nuestras instituciones, que también es una alternativa compleja porque regula todo con altos quórum y al final nos rigidiza, y por otro lado esconde la importancia fundamental de las cosas que sí son importantes, porque las mezcla con cosas que quizás no lo son.

Por último, es importante destacar que la Constitución no es un programa de gobierno y no puede ser tenido como tal. Hay gente que en este proceso constitucional que estamos iniciando se siente muy frustrada pensando en que la Constitución no refleje todo lo que ellos o nosotros quisiéramos que contenga y hay otros que se sentirán frustrados porque incluye algo de lo que el otro quiere. Entonces la Constitución no es un programa de gobierno y si se parece a un programa de gobierno, creo yo, que es una mala Constitución porque los programas de gobiernos ganan elecciones y las constituciones deben ser inmutables o al menos trasuntar en el fondo de un gobierno particular. Pero además nos vamos a enfrentar a una tensión en este proceso constituyente o a las mismas discusiones que tengamos los que no somos legisladores, las bases, los centros de pensamiento.

¿Qué debe reflejar una Constitución? La diversidad identitaria de nuestra sociedad, debe ser algo en lo cual todos estemos bastante de acuerdo. Pero la Constitución debe también reflejar algunos elementos en los cuales no lo estemos. Si todos nos sentimos totalmente satisfechos con la Constitución, va a existir un problema, va a ser una Constitución deslavada, una que no reconozca el momento actual, sino que va a sacar una foto antigua, o va a dejar elementos identitarios importantes. Es necesario tener una Constitución que sea no la imposición de la mayoría sobre la minoría, pero que también sea una Constitución que no sea deslavada, que sea capaz de reconocer realmente las distintas identidades que hay en el país y no solo de las mayorías, pero eso va a ser una tensión que va a ser difícil de abordar, pero que hay que enfrentar de alguna manera.

Quisiera decir que hay bastante consenso hoy en día de que estamos en un momento histórico. El anuncio de la Presidenta ha sido histórico, primero porque varios decían hay que cambiar la Constitución con mayor o menor intensidad, y ella instaló la reforma como un hecho cierto y asumió un riesgo de bloqueo del Congreso con los quórum de los dos tercios o los tres quintos. Se declara un propósito, se establecen plazos, procedimientos, alternativas y eso es un hecho histórico. Las mismas personas de nuestra coalición gobernante y de nuestro mismo partido, por razones legítimas, planteaban la postergación de ese debate por la discusión con la clase económica, entre otras cosas, y por tanto se iba postergando lo que era anhelado, además en un momento en el que, a pesar de las reglas como el binominal, tenemos ciertas mayorías para avanzar que no teníamos antes. Entonces, la Presidenta instala que va a haber un cambio constitucional, yo creo que eso será algo muy positivo e histórico.

También creo que es importante este anuncio de la Presidenta por el tema de la Asamblea Constituyente. Es muy importante que se reconozca como una posibilidad y un posible camino, dentro de lo reconocible dentro del marco institucional en el cual nos regimos, lo que es un tremendo reconocimiento para quienes somos partidarios de ese mecanismo. El anuncio de la Asamblea Constituyente es producto, en alguna medida, de los partidos políticos, sobre todo de la Democracia Cristiana, que posee una historia potente y una perseverancia notable, pero sobre todo de un movimiento social que tiene su base en el mundo de la ciudadanía y no de los partidos. Los quiero destacar en este aspecto, ya que me ha tocado verlos trabajar, los conocí a ellos siendo candidato a diputado, y ellos instauraron una apertura mental con la que trataron de convencer a la gente sobre la idea de una nueva Asamblea Constituyente que fue capaz de enfrentarse a este tema no desde el dogmatismo de un grupo político, de un grupo social, sino que fue capaz de entender que tenía que sumar a muchos. Hay gente de

Amplitud, grupos de derecha, grupo de liberales, grupos más conservadores, grupos más de izquierda. Hay una apertura, una flexibilidad que es importante para abordar este proceso, sin prejuicios, juntando a los sindicatos pero también yendo a otros mundos y eso es encomiable en el momento que se viene por delante.

No quisiera ahondar tanto en el porqué de la Asamblea Constituyente, sino que hoy día existe cierto consenso amplio en que el proceso es tan importante como el resultado. Aquí no nos sirve que venga una Constitución impuesta desde arriba, lo importante es participar de este proceso. Hay algo de la Asamblea Constituyente, que es distinto al Poder Legislativo: el poder constituyente nos tiene que integrar a todos, y desgraciadamente en esta cultura nos hemos mal acostumbrado a no mirar la importancia de las políticas y creo que en eso el poder de la Asamblea Constituyente es una oportunidad para que nuestro texto fundamental nos refleje adecuadamente y también como una oportunidad para repolitizarnos como sociedad en el buen sentido.

Yo creo que la Asamblea Constituyente no es viable legislativamente, no va a obtener los quórum que requiere en el Congreso. Es interesante cuando uno plantea al académico, al técnico, al ciudadano ¿Por qué no a una Asamblea Constituyente? y pasa una segunda cosa, empiezan a aparecer los mitos, los temores que todos legítimamente tenemos. Yo trabajo en una universidad y tenemos en los estudiantes una forma de representación asambleísta, de las mesas planas, de quitarle legitimidad a los órganos de representación democrática. Puede terminar siendo algo antidemocrático el asambleísmo, pero no tiene por qué serlo necesariamente. Se da algo interesante al plantear el asunto, que es levantar cuales son los temores y tratar de ver si realmente son abordables, para que podamos tener efectivamente un mecanismo participativo y que de verdad nos pertenezca a todos, que nos sintamos nosotros dueños de esa Constitución.

Respecto a la respuesta del Gobierno, ya destacaba que aquí es importante instaurar el campo institucional, reconocer el canal institucional de la Asamblea Constituyente. Que un país diga que va a cambiar su Constitución y que no se fije plazos ni los procesos ni etapas, ni contenidos, ni nada, generaría una gran incertidumbre. Es muy delicado para un país tener un proceso constitucional abierto indefinidamente en el tiempo sin parámetros de los cuales aferrarse. Pensemos por un lado en un inversionista, ¿quién va a querer invertir en un país donde hay incertidumbres? Es delicado tener esa puerta abierta, ya que la usan para preservar la herencia económica de la dictadura. El recurso del amparo económico ha sido utilizado por los inversionistas extranjeros, hay jurisprudencia

amplia en eso. La Constitución debe ser ese paraguas que nos de amparo a todos y yo creo que una incertidumbre constante en eso nos hace un daño enorme como país.

A mí no me gusta que la Presidenta no se haya matriculado con una alternativa. Me gustaría que la Presidenta propusiera una estrategia propia. Eso es tener liderazgo político en un punto, no solamente hacer una forma de participación ciudadana, que es importante, no solamente conducir y catalizar la deliberación, sino que también es ser capaz de hacer claras sus preferencias y demostrar que para esto fue elegido el Gobierno.

No me gusta tampoco lo del riesgo del bloqueo ¿Qué sucedería si el Congreso no aprueba? ¿Cuál es el costo para los parlamentarios de bloquear la definición que la Presidenta pretende hacer? También a un riesgo en la "letra chica" que particularmente se refiere al Consejo Ciudadano de Observadores y su integración ¿Cuál es el rol que esperamos de ese Consejo? Después, en los procedimientos asociados a las etapas siguientes, también surgen dudas de cómo se va a elaborar el proyecto de nueva Constitución.

Con respecto al rol del partido Demócrata Cristiano, a mí me preocupa hace muchos años, que sea el partido de la moderación. Yo no aspiro a que sea un partido revolucionario, entiendo la gradualidad, pero tenemos que ser capaces de decidir en aquello que es importante, y un cambio constitucional de la naturaleza del que nos estamos enfrentando hoy día requiere que haya apertura de discutirlo entero a través de un proceso participativo, abierto y democrático, como una eventual Asamblea Constituyente. Como partido tenemos que estar realmente entusiasmados con esa posibilidad, que es la de definir la Constitución, el libro fundamental de Chile, que puede reflejar nuestra identidad doctrinaria, dentro de la pugna, disputa, diálogo con otros. Tenemos la posibilidad de tener una Constitución en democracia.

Yo creo que ahí hay un tema importante de nuestra identidad: no solamente el proceso es importante, sino que también que trabajemos en conjunto como partido. Debemos volcarnos al contenido, los centros de estudios tienen que trabajar en eso. Y lo segundo, lo propio de una Asamblea Constituyente es la promoción popular, para lo que es fundamental la educación democrática. Deberíamos sentirnos muy identificados con el procedimiento institucional que recoge esa doctrina y también veo una oportunidad enorme para recuperar o reconstruir nuestro partido, ya que hemos perdido vínculos con los grupos sociales, pero creo que hay una realidad en la cual la Constitución nos interpela. Estos son excelentes tiempos, son tiempos de oportunidad, tiempos para los

valientes y el Partido Demócrata Cristiano debe ser ese partido de los valientes en el cual nosotros tenemos que trabajar, con lo mucho que tenemos para aportar al país. No nos podemos quedar en el hogar, contemplando, sino que ir a construir este desafío, en el cual la Presidenta nos ha invitado.