



Debate Constitucional:

Preguntas y Respuestas
para la Discusión

Sebastián Soto Velasco
Andrés Sotomayor Morales



Sebastián Soto V.

es abogado UC y Máster en Derecho por la Universidad de Columbia, NYC. Actualmente es Director del Área Constitucional de Libertad y Desarrollo y Profesor de Derecho UC.

Andrés Sotomayor M.

es abogado UC y Máster en Derecho por la Universidad de Georgetown. Actualmente es abogado de Porzio, Ríos, García y Asociados.

Nota Explicativa

En este documento se pueden encontrar diversas materias que son relevantes para un debate constitucional informado en un formato sencillo y accesible. El objetivo es que, por la vía de preguntas y respuestas, sea posible aproximarse a los principales temas de la discusión constitucional actual. Con un enfoque dinámico y desde la perspectiva de la sociedad libre, el trabajo pretende aportar contenidos sustanciales respecto a lo que se puede esperar de una Constitución, el mejor mecanismo para modificarla y los contenidos mínimos que deben tenerse en consideración.

El trabajo está dirigido a personas interesadas en la cuestión constitucional sin que sea necesario tener formación jurídica para su comprensión. De hecho, muchos temas no se abordan en toda su extensión a fin de permitir un diálogo con un público más amplio.

1.

¿Qué es una Constitución?



La Constitución es nuestra norma superior que organiza el poder del Estado y lo limita para garantizar los derechos de las personas.

En 1215 el Rey de Inglaterra, Juan I, presionado por la nobleza y la Iglesia, aceptó lo que se conoce como Carta Magna, en la cual se limitan los poderes del monarca en beneficio de sus súbditos. En este antecedente hay quienes encuentran un primer vestigio del constitucionalismo moderno. A ello se suman siglos después dos hechos históricos que marcaron intensamente el modo como entendemos las constituciones: la independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa.

Ambos procesos aportan ideas y conceptos que dan respuesta hasta hoy a las preguntas que enfrenta cada país al momento de discutir su Constitución. Así, el principio de separación y equilibrio de poderes, la revisión judicial como mecanismos de control del poder, la soberanía, la elaboración doctrinal de los derechos, el parlamento bicameral y tantos otros son idearios y principios que nos acompañan hasta hoy.

Desde entonces, como plantea Richard Epstein, el dilema clásico de todo diseño constitucional es **“mantener el orden sin destruir la libertad”**¹. Con ese objeto es que las constituciones actuales contienen reglas y principios que entregan poder al Estado y al mismo tiempo lo limitan.

Así, la Constitución organiza los poderes públicos. Es decir, establece la existencia de un Congreso Nacional y sus facultades específicas; un Poder Ejecutivo y su estructura básica; Tribunales de Justicia y sus atribuciones generales; Tribunal Constitucional, etc. Igualmente, determina la forma en que se valida la creación de normas en una determinada sociedad.

Pero al mismo tiempo garantiza derechos fundamentales como un control al poder de dichos órganos y como un espacio de no interferencia, un “coto vedado” le llama Ernesto Garzón Valdés o una “carta de triunfo” los denomina Ronald Dworkin.

¹ EPSTEIN, RICHARD. 2014. The Classical Liberal Constitution. Harvard University Press. Pág. 4.

¿Cómo debe ser una Constitución?



La Constitución debe ser una norma general y contener los mínimos necesarios que nos unan como sociedad, procurando trascender a su época y a las mayorías circunstanciales.

Una Constitución sobria

En la discusión de una nueva Constitución es posible caer en la tentación de incluirlo todo en el nuevo texto, es decir “constitucionalizar” todos los debates. Pero el que la Constitución sea la norma de mayor jerarquía no quiere decir que el resto del ordenamiento, lo que no está en la Constitución, sea irrelevante. Por el contrario, como analizaremos más adelante, la ley constituye un desarrollo de los principios y normas generales de la Constitución y, dentro de los márgenes de ésta, aborda muchas otras materias que el constituyente no puede prever.

Alexander Hamilton, uno de los padres de la Constitución de los Estados Unidos, señalaba que las constituciones deberían contener sólo normas generales, ya que necesariamente deben ser permanentes, y mal podían calcular de antemano el cambio de las cosas².

En igual sentido, el profesor Cass Sunstein sostuvo que *“una Constitución es en gran medida un documento jurídico, con tareas concretas. Si la Constitución intenta especificar todo a lo que quiere comprometerse una sociedad decente, corre el riesgo de pasar a ser un mero pedazo de papel, sin mayor valor en el mundo real”*³.

Y en cualquier debate constitucional este es un aspecto que debe tenerse en consideración. No debe olvidarse que, de acuerdo al profesor constitucionalista de la Universidad de Michigan, George Tsebelis, en la mayoría de los países que pertenecen a la OCDE, las constituciones tienen alrededor de 10 mil palabras. Por su parte, la Constitución chilena tienen 27 mil palabras⁴.

² The Debates in the Several State Conventions of the Adoption of the Federal Constitution, volume 2, p. 364. Citado por STAAB, JAMES B. 2006. The Political Thought of Justice Antonin Scalia: A Hamiltonian on the Supreme Court. Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Pág. 229.

³ SUNSTEIN, CASS. Against positive rights. 1993, East European Constitutional Review, vol. 2. Pág. 36. Citado por GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO. Minimalismo e Incrementalismo Constitucional. Revista Chilena de Derecho 41 N° 1. Pág. 292.

⁴ TSEBELIS, GEORGE. The Clinic. 12 de mayo de 2014. En <http://www.theclinic.cl/2014/05/12/george-tsebelis-constitucionalista-en-chile-quieren-incluir-muchos-derechos-sociales-en-la-constitucion/>

Estas reflexiones entregadas por autores diversos en contextos muy distintos, invitan a la reflexión sobre cómo debe ser la Constitución en cuanto a su amplitud.

Ahora bien, la extensión no necesariamente indica que se trate de una mala Constitución. Sin embargo, un texto muy extenso tiende a establecer mayores restricciones al debate democrático y aumentar el poder de los jueces. También hace más compleja su comprensión y más difícil su aplicación. Una Constitución que pretenda abarcar la mayor cantidad de materias e incorporar la mayor cantidad de soluciones, corre el riesgo de transformarse en una Constitución inaplicable.

Una Constitución que aspire a permanecer

Un segundo elemento relevante a preguntarse es por la duración de la Constitución. ¿Debe aspirar a regir eternamente? Al respecto Thomas Jefferson sostenía, en un debate epistolar con James Madison en 1789, que la tierra pertenece en usufructo a los vivos; los muertos no tienen ni poderes ni derechos sobre ella. Bajo esa premisa, las constituciones debían durar no más de 19 años. Madison sostenía, por el contrario, las constituciones debían buscar la permanencia en el tiempo. Ello entregaría estabilidad y permitiría desenvolverse con reglas del juego conocidas y predecibles.

El planteamiento de Madison tiene sentido. Estar debatiendo periódicamente nuestro acuerdo básico no es sano para una sociedad. Este tipo de debates suele venir acompañado de momentos de intensa polarización donde las certezas se disuelven. En otras palabras, lo importante es que las reglas del juego permanezcan lo más estables posible y que no sean el centro del debate. Lo substancial es que estas reglas permitan jugar el “partido” propio del juego democrático y que la atención se centre en éste último y no en sus reglas.

Por eso la aspiración es siempre que la Constitución permanezca en el tiempo por largos años. Eso no quiere decir que no pueda ser modificada o que las ideas de quienes las redactaron se impongan a todo evento. Por el contrario, las constituciones son cuerpos vivos que van mutando por la vía de las interpretaciones de sus cláusulas generalmente abiertas. En ese contexto, los jueces, los académicos y la opinión pública juegan un rol relevante.

Pero aun así, *toda Constitución debiera proyectarse hacia el futuro superando las demandas y mayorías temporales, para presentarse como un texto que busque la estabilidad; para transformarse en un texto que fije las reglas del juego y deje jugarlo con libertad.*



¿Para qué **NO SIRVE** una Constitución?

¿Qué no puede resolver una Constitución?

La Constitución no es un texto libre en que, desde la emocionalidad, se nos llame a dibujar el país que queremos, sino un conjunto de normas acerca del poder político que sean aptas, eficaces y perdurables para mejorar el país que tenemos, y eso requiere de un certero diagnóstico y de una igualmente aguda reflexión histórica”, Jorge Correa Sutil⁵.

La Constitución no es la solución a todos nuestros problemas ni el espacio para consagrar todos nuestros sueños.

Con motivo del debate constitucional, una ONG ha habilitado una plataforma digital llamada Tu Constitución. Tus Sueños, Nuestro Futuro. Esta iniciativa permite a todas las personas acceder y participar activamente en la discusión, opinando y haciendo propuestas.

Pero al observar las propuestas se vislumbra una sobre expectativa que malamente se ha generado sobre lo que debe ser una Constitución.

A modo de ejemplo se mencionan algunas propuestas constitucionales sugeridas por distintos usuarios de la plataforma⁶:

- Cambiar el lema del escudo por “Por la fuerza de la razón”
- Limitar las ganancias en los negocios
- Que bajen impuestos a la clase media
- Que se pague la deuda histórica a los profesores
- Que en todos los hospitales haya especialistas
- Que los horarios de trabajo sean compatibles con la vida familiar
- Más lugares para amamantar bebés
- Un tren rápido que conecte a todo Chile

Si bien muchas de estas propuestas son valiosas aspiraciones en cualquier sociedad desarrollada, es claro que una Constitución poco y nada puede hacer al respecto. Incluso si se incluyeran frases y sueños como los señalados, el efecto sería contraproducente. En este caso, lo que abunda sí puede dañar pues reduce la eficacia de la Constitución y amenazaría con deslegitimarla.

El ex Presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, sostenía que la Constitución no puede ser un contrato de abogados, sino que más bien debe ser un documento para los hombres comunes y corrientes⁷. Lo anterior quiere decir que la Constitución debe poder ser aplicada y comprendida por todos quienes se sujetan a su contenido. Pero a su vez, debe mantener el carácter de norma general y principal del ordenamiento jurídico. Por eso una Constitución no puede ser un programa de gobierno, no puede ser un manual de vida, no puede ser el receptáculo de todos nuestros sueños y la solución a todos nuestros problemas.

⁵ CORREA SUTIL, JORGE. Presentación del Libro “¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra Propuesta: Evolución Constitucional”. En <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/04/Presentaci%C3%B3n-de-Jorge-Correa-Sutil.pdf>

⁶ Informe Ciudadano. Tu Constitución. Tus sueños. Nuestro Futuro. Abril 2016 <http://www.tuconstitucion.cl/informe-ciudadano/>

⁷ ROOSEVELT FRANKLIN D. Adress on Constitution Day, Washington DC. Citado en VON BOGDANY, ARMIN y BAST, JURGEN. Principles of European Constitutional Law. Hart Publishing, 2009. Pág. 173.

4.

¿Qué constituciones **NO DEBIÉRAMOS** tratar de **imitar?**

Los procesos constitucionales llevados a cabo en Latinoamérica en las últimas décadas son aquellos que no debemos imitar. En todos ellos se observan tendencias a la concentración del poder en una sola autoridad y a una restricción a la libertad con la excusa de favorecer a la población.

También ha dado lugar a lo que se ha venido a llamar por diversos autores como el “constitucionalismo mágico” que establece en sus Cartas Fundamentales meras aspiraciones, disposiciones suicidas y promesas imposibles como derechos que dan lugar a la pretensión de garantías constitucionales sin que en la práctica puedan ser exigibles⁸.

Por otra parte, estas nuevas constituciones apuntan a otorgar amplios poderes a la autoridad Ejecutiva, concentrando potestades. Los ejemplos paradigmáticos son Venezuela, Bolivia y Ecuador que han concentrado el poder en la autoridad presidencial transformándolos en verdaderos “caudillos”. Con ello han debilitado las instancias de contrapeso, como es por ejemplo, el Poder Judicial. Y también han violado diversos derechos y libertades, como la libertad de expresión y la propiedad.

Todo ello, que se conoce hoy como el nuevo constitucionalismo latinoamericano, es un proceso del que debiéramos aprender para no imitar.



⁸ SIERRA, LUCAS. 2014. Diálogos Constitucionales. Centro de Estudios Públicos. Pág. 73.

¿Cuáles son las **críticas** a la Constitución vigente?



Se le imputan a la Constitución de 1980 un conjunto de vicios que harían insostenible su vigencia. Muchos de estos supuestos vicios han sido morigerados con el correr del tiempo, son instituciones frecuentemente utilizadas en el derecho comparado y constituyen mecanismos para asegurar la gobernabilidad y proteger a las minorías.

Legitimidad

La Constitución vigente fue ideada, diseñada, elaborada y aprobada bajo el control de un Gobierno de facto. Para muchos, esta ilegitimidad de origen es un pecado insalvable de la Constitución, por lo que más allá de su contenido, de sus modificaciones y de su aplicación, nuestra Carta Fundamental no tiene solución.

Pero una Constitución ilegítima en su origen puede devenir en legítima en la medida que permita el ejercicio democrático en el tiempo. Así, la Constitución puede ser mirada y entendida al servicio de ideales democráticos que dieron origen y justificación a la República. Por eso el origen, si bien es importante, no es un factor determinante para decidir si una Constitución debe o no ser reemplazada. Tan relevante como el origen, es la eficacia de una Constitución para promover el progreso, el orden y la libertad. Si no lo logra, por más impecable que haya sido su origen, esa Constitución también adolece de un vicio en su ejercicio.

¿Es posible adoptar esa perspectiva respecto de la Constitución de 1980?

La Constitución vigente pertenece a aquel particular grupo de constituciones que el profesor Tom Ginsburg denomina “autoritarias transformadoras”, esto es, que se orientan a permitir el regreso a la democracia, se encuentran diseñadas para regir de manera permanente y establecen mecanismos para asegurar los dos objetivos referidos⁹. Es decir, a pesar de su origen, la Constitución tiene un afán de legitimidad y de promover estándares democráticos. Es por eso que, concluye el mismo autor, de una parra envenenada (una Constitución de origen ilegítimo) puede germinar un producto legitimado.

⁹ GINSBURG, TOM. 2014. ¿Fruto de la parra envenenada? Algunas Observaciones Comparadas sobre la Constitución Chilena. Revista Estudios Públicos 133. Centro de Estudios Públicos.

Sin perjuicio de los afectos y la opinión pública, luego de más de 30 años de vigencia de la Constitución e importantes modificaciones, Chile es considerado un modelo a nivel internacional. A modo de ejemplo, el Índice de Desarrollo Democrático de América Latina elaborado por la Fundación Konrad Adenauer desde el año 2002, ha considerado a Chile siempre en lugares destacados, al punto que lo ha liderado en 8 de las 13 ediciones publicadas por la institución¹⁰. Lo mismo puede apreciarse en el Ranking que realiza la revista The Economist. Si bien no se encuentra en los primeros lugares del mundo, la democracia chilena sí está entre las primeras de la región¹¹.

Esto no constituye necesariamente una defensa a la Constitución en sí misma, pero sí es una muestra de lo que Chile ha alcanzado bajo la Constitución actual.

Contenidos

Para muchos la Constitución tiene un problema en su contenido. Son las que se han denominado como las trampas que atentan contra el juego democrático. Analizaremos dos de estas supuestas trampas:

a. Supermayorías

En nuestro sistema, existen un conjunto de materias que, por su contenido, requieren de un quórum especial para su aprobación distinto del de la simple mayoría.

Estas son las Leyes Orgánicas Constitucionales (LOC), que requieren 4/7 de cada cámara, y las leyes de quórum calificado, que requieren la mayoría de los miembros en ejercicio de cada cámara.

A su vez, la Constitución ha establecido un quórum especial para su modificación. La mayoría de los capítulos requieren del voto favorable de 3/5 de los parlamentarios en ejercicio. Otros capítulos como aquellos referidos a las Bases de la Institucionalidad, las Garantías Constitucionales y los mecanismos de reforma de la Constitución, elevan el quórum a 2/3.

La crítica a este respecto, radica en que la existencia de estos quórum ha llevado a una “trampa del consenso” o a un “falso consenso” que impide que la mayoría imponga su visión ideológica a través de programas y requiere que se transe para superar los mecanismos contra mayoritarios¹².

La existencia de mecanismos contra mayoritarios, utilizados ampliamente en el derecho comparado para reformas a la Constitución, precisamente tiene por objetivo establecer límites a las mayorías temporales en la modificación de los mínimos comunes que pretende o debiera pretender establecer una Constitución moderna en democracia.

Si la Constitución es la norma sobre la cual se estructura el resto del ordenamiento jurídico, sus disposiciones deben ser generales y amplias, y deben ser estables en el tiempo.

Sistemas tan diversos como los de Estados Unidos, Brasil, México, Alemania y España, tienen complejos quórum para la aprobación de enmiendas constitucionales. Tal como lo señalan y demuestra empíricamente los autores Ginsburg, Elkins y Melton, el derecho comparado muestra un aprendizaje en esta materia, y se han ido incorporando reglas especiales de modificación a la Constitución, lo que genera efectos positivos y moderados¹³.

Ahora bien, respecto de las LOC el debate es más complejo y la crítica más extendida ya que se reclama que es un mecanismo extraño en el derecho comparado y permite imponer el veto de las minorías en temas tan diversos como la administración municipal, la educación y las potestades de órganos autónomos, entre otros.

¹⁰ www.idd-lat.org

¹¹ Democracy Index. The Economist.

¹² SIERRA, LUCAS. 2014. Diálogos Constitucionales. Centro de Estudios Públicos. Pág. 29.

¹³ ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG Y JAMES MELTON. 2010. The Endurance of National Constitutions. Cambridge. Cambridge University Press.

En primer lugar es pertinente señalar que no se trata de un tema extraño en el derecho comparado ya que países como Australia, Portugal, Bélgica, India y Estados Unidos, tienen sistemas que contemplan quórum supramayoritarios a nivel legal¹⁴. Además, se ha sostenido que el mismo principio que aplica a la reforma a la Constitución aplica a temas tan relevantes como el sistema electoral que, puede argumentarse, forman parte de la llamada Constitución material, es decir, aquellas materias que sin estar contenidas en el texto formal de la Carta Fundamental se entienden como fundantes del pacto constitucional y deben, por lo mismo, mantener cierta estabilidad evitando cambios radicales propiciados por mayorías momentáneas.

En otras palabras, si se considera que ciertas materias tienen relevancia suficiente para estar contenidas en la Constitución y, por lo mismo, estar protegidas por una garantía formal de quórum elevado, también puede considerarse lo mismo para otros temas relevantes, de similares características que requieren un consenso supra mayoritario. Ello puesto que, ***“las reglas de supramayorías ayudan a asegurar el consenso multipartidista que facilita una amplia adhesión ciudadana y garantiza el derecho de las minorías”***¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda que es posible evaluar aquellas materias que requieren este quórum y mantener sólo aquellas más relevantes. Este análisis implica un debate más profundo y específico, por lo que debe descartarse el argumento de que todas las leyes orgánicas constitucionales deben eliminarse sin distinción alguna. Si estimamos como adecuado que ciertas materias requieren de estabilidad y protección de las minorías, debemos admitir que es necesario mantener ciertas materias legales sujetas a elevados quórum de aprobación.

b. Tribunal Constitucional

Hasta antes de la Constitución de 1925, en que se le otorgaron nuevas atribuciones a la Corte Suprema, era el Congreso el único órgano con facultades para resolver dudas sobre los artículos de la Constitución. Con la Constitución de 1925 nace el recurso de inaplicabilidad que tenía por objeto declarar la inconstitucionalidad de una ley para un caso específico generando que ésta no se aplicara en una gestión concreta.

Más tarde, en 1970 se creó el Tribunal Constitucional gracias a un proyecto de ley del Presidente Eduardo Frei Montalva. Y fue en 1971, durante la Presidencia de Salvador Allende, que el Tribunal comenzó a funcionar.

La existencia de un órgano que vele porque las constituciones sean la norma suprema es una característica común en el constitucionalismo contemporáneo. Si estimamos realmente que una Constitución es la norma suprema debe contar con mecanismos institucionales, especialmente pensados para la minoría, para su defensa. Esa es precisamente la función de estos tribunales. En algunos países ese rol lo juega la Corte Suprema, como en Estados Unidos o Argentina. En otros, un Tribunal Constitucional, como en España o Alemania.

El Tribunal Constitucional chileno, entre otras atribuciones, debe resolver cuestiones de constitucionalidad que se susciten respecto de un decreto con fuerza de ley y de auto acordados de la Corte Suprema. Además, puede declarar la inaplicabilidad de un precepto que atente contra la Constitución en su aplicación en un procedimiento judicial. Finalmente, con una mayoría calificada, puede declarar no sólo inaplicable ese precepto respecto de ese caso específico, sino que además puede declararlo definitivamente inconstitucional y derogarlo.

A estos controles constitucionales realizados ex post, es decir, una vez que la norma se encuentra vigente y en aplicación, se suma la facultad para ejercer un control

¹⁴ VERDUGO, SERGIO. 2012. Las Justificaciones De La Regla De Quórum Supra Mayoritaria De Las Leyes Orgánicas Constitucionales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹⁵ MC GINNIS, JOHN Y RAPPAPORT, MICHAEL. 2010. Originalism and the Good Constitution, 98. Geo. L.J. 1693, 1696 (2010).

preventivo sobre proyectos de ley. Este control tiene dos aspectos.

El control preventivo eventual que se hace de los proyectos de ley a requerimiento de un número de parlamentarios en cualquier etapa previa a su aprobación definitiva, quienes reclaman que alguna norma del proyecto atenta contra la Constitución.

También la Constitución regula el control preventivo obligatorio en el caso de las leyes orgánicas constitucionales y leyes interpretativas de la Constitución. En esta segunda clase de control constitucional, el Tribunal revisa y se pronuncia sobre estas normas una vez que el Congreso ya lo ha aprobado y antes de su promulgación por parte del Presidente de la República.

Los críticos señalan que se trata de una institución diseñada para defender el legado de la dictadura. También se alega que esta atribución incorpora al proceso político a un tercero ajeno que interviene y coarta debates del Congreso arrogándose facultades propias del Poder Legislativo sin haber sido electos para ello. Pero estas críticas son parciales.

El Tribunal Constitucional es una institución independiente creada en 1970 para resguardar el debido respeto a la Constitución y solucionar controversias que se susciten sobre sus normas; mecanismo por lo demás similar al que se observa en el derecho comparado. Por lo tanto, no es impropio ni extraño que se instituya un órgano que resguarde que la ley se ajuste a la Constitución, más allá de quien hace la ley.

Tal como lo señala el profesor Arturo Fermandois ***“cuando la discusión es meramente política, el sistema político, sin pronunciarse sobre el acierto o desacierto intrínseco de las opiniones,***

tiene el mecanismo democrático de solución: la mayoría de votos. En cambio, cuando estamos discutiendo sobre la constitucionalidad, debido a que es un pacto entre mayorías y minorías, y dado que exhibe supremacía, la discrepancia es en realidad una controversia”¹⁶.

Respecto al control preventivo, no es tan relevante el momento en que se efectúa el control. El argumento que justifica un control una vez aprobada la ley, sirve también para justificar un control preventivo. En ambos casos, como afirma el profesor Lautaro Ríos, ***“se trata, simplemente, de evitar que un proyecto de ley que contiene vicios de inconstitucionalidad siga un curso que va a desembocar en una ley contraria a la Constitución. Siendo así que lo racional es corregir oportunamente ese curso desviado, a instancias del propio legislador”***¹⁷.

Es cierto que el control preventivo inserta de lleno al Tribunal Constitucional en el debate legislativo y lo lleva a tomar parte por la posición de una u otra coalición. Pero algo similar ocurre cuando el control es a posteriori. Basta con mirar lo que ocurre en la Corte Suprema de Estados Unidos cuando analiza la constitucionalidad de leyes recientes.

Por otra parte, hay ciertas materias que necesariamente deben zanjarse antes de la aplicación de la norma, como es el caso de las normas procedimentales. Es decir, que se haya respetado el proceso legislativo o reglas que lo regulan (como la iniciativa exclusiva, los quórums, etc.) es una cuestión que sólo puede ser resueltas por un órgano ajeno al proceso de formación de la ley y antes de que esta nazca como ley de la República.

Lo que pareciera se cuestiona en todo esto es la revisión judicial de constitucionalidad. Es decir, que haya un órgano judicial que pueda limitar la mayoría invocando la constitución. Es cierto que eso requiere atención pero ello no puede llevar a desconocer la importancia que juegan los tribunales constitucionales en las democracias modernas.

¹⁶ SIERRA, LUCAS. 2014. Diálogos Constitucionales. Centro de Estudios Públicos. Pág. 382

¹⁷ RÍOS, LAUTARO. 2014. El Tribunal Constitucional. Disparen sin escrúpulos: la víctima no puede defenderse. www.diariocostitucional.cl

En nuestro sistema, hay diversos espacios de perfeccionamiento que, con todo, deben resguardar el rol del Tribunal Constitucional tanto en su control preventivo como en el control a posteriori. Por ejemplo, en lo que respecta al control preventivo, puede eliminarse el control obligatorio y mantener exclusivamente el control a requerimiento. También pueden generarse reglas procesales para exigir que se anuncie oportunamente un requerimiento y así evitar que se utilice como mecanismo dilatorio al final de la tramitación. Y en lo que respecta a la labor general del Tribunal Constitucional, es posible dar mayor importancia a los precedentes de forma de que sus decisiones sean predecibles.

c. La Constitución consagra un modelo. ¿Es realmente una Constitución neoliberal?

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

Teodoro Ribera¹⁸.

La Constitución, si bien está dotada de principios, no contiene una ideología cerrada. Por el contrario, ha permitido desarrollo y la realización de políticas de gobiernos de derecha y de izquierda.

Para sostener que la inspiración de nuestra Constitución no responde a lo que requiere y demanda la sociedad, y que por lo tanto corresponde refundar el orden constitucional, se requiere demostrar con antecedentes cómo y de qué manera ha fallado la Carta Fundamental. En otras palabras, preguntarse si se ha constituido en un límite insalvable para el legislador y la autoridad en general, más allá de enarbolar consignas efectistas.

Ello por cuanto algunos dicen que nuestra Constitución consagra un modelo económico y que para reemplazar ese modelo necesariamente debe cambiarse la Constitución.

Es cierto que en los inicios, muchos sostuvieron que la Constitución chilena no era neutral y que adhería a un modelo de desarrollo. Eran los años de la Guerra Fría cuando la democracia representativa y la economía de mercado eran objeto de ataques intensos desde la Unión Soviética y Cuba.

Pero ese mundo quedó atrás y la Constitución evolucionó como lo hacen estos cuerpos jurídicos. Porque las Constituciones no son objetos pétreos a los que el paso del tiempo no les afecta. Por el contrario, como dicen los norteamericanos, son un “cuerpo vivo” o “un árbol que crece”.

Por eso la que fue concebida como una Constitución para consagrar un particular modelo de desarrollo en plena Guerra Fría, hoy admite un amplio espectro de políticas bajo su amparo. Pueden ser ellas buenas o malas; pero definitivamente muchas de ellas no son especialmente “neoliberales”.

¹⁸ SIERRA, LUCAS. 2014. Diálogos Constitucionales. Centro de Estudios Públicos. Pág. 54

Por eso cuesta argumentar que durante la vigencia en democracia, haya sido la Constitución la que “obligó” a los Gobiernos de la centro-izquierda a llevar adelante las políticas que promovieron. Por el contrario, ello fue una decisión política puesto que sus líderes así lo creían: la apertura del comercio al mundo, la participación de privados en diversas áreas de la economía, la competencia, el manejo responsable de la política fiscal y tantas otras fueron decisiones que no nacieron de la Constitución sino que de la política pública de entonces.

Cabe señalar por último, que junto a la crítica de ser esta una Constitución ideológica algunos proponen modificaciones para reemplazarla por una Constitución que constitucionalice “otro” modelo. Ese, que es un debate distinto, debe transparentarse para analizar qué modelo es el que se quiere constitucionalizar. Y en cualquier caso, cabe preguntarse si esa nueva Constitución también admitirá programas de diferentes colores políticos y concepciones ideológicas. Si no lo hace, la nueva Constitución sería, utilizando el diagnóstico de sus críticos, incluso más ideologizada que la que tenemos hoy.

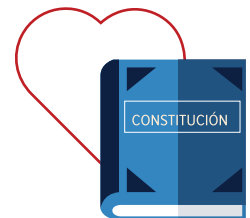
d. Falta de afectos ¿Qué hacer ante esto?

También se critica que la Constitución no es un texto querido; no despierta afectos. Las encuestas ratifican lo anterior. Una gran mayoría de los chilenos quiere cambiar la Constitución.

Pero hay que tener cuidado con este argumento. Los afectos constitucionales son volátiles. El 2005, si le creemos al ex Presidente Ricardo Lagos, el grado de afecto por esa Constitución hubiera sido muy alto. Además, como lo muestran otras reformas que ha llevado adelante este Gobierno, propuestas que partieron con alto aprecio ciudadano hoy son sumamente rechazadas. Lo mismo puede ocurrir con la Constitución.

La falta de afecto constitucional puede deberse a otra causa. **Las encuestas también muestran que las personas creen que la Constitución dará solución a muchos de los desafíos que tiene hoy Chile cuando es evidente que éstos pasan por adecuadas políticas públicas y no por declaraciones constitucionales.** En otras palabras, la repetida crítica a la Constitución ha hecho de esta la causa de todos nuestros problemas y una nueva Constitución será la solución a todos nuestros males. Pero sabemos que ninguna Constitución puede cumplir esas expectativas.

Por eso, para cambiar una Constitución hay que mirar algo más que los afectos dado que éstos mutan con facilidad.



6.

¿Reforma constitucional o nueva Constitución?



“Comparto con varios que me han antecedido la idea de que las constituciones son generalmente hijas de procesos de crisis, nacen y cambian en ellos. Me parece que aún no están dadas las condiciones del proceso de crisis institucional chileno para que nos veamos inevitablemente forzados a una nueva Constitución. Creo que la señal más clara de eso es la postergación que hace el Gobierno del tema constitucional, Jorge Correa Sutil¹⁹.”

En el debate político actual, muchos abogan por una nueva Constitución. Promueven modificar nuestro texto para garantizar un nuevo pacto constitucional que encante a la ciudadanía y elimine los fantasmas del pasado. De lo contrario, muchos alertan, el escenario alternativo es una crisis mayor, liderada por los grupos más radicales e inmanejable por la institucionalidad.

Una cuota de racionalidad indica que debe evaluarse adecuadamente cómo ha funcionado la actual Constitución y cómo ésta responde a las necesidades del Chile actual. Luego, preguntarse qué cambios deberían hacerse. Es decir, *admitiendo que la Constitución es perfectible, como lo es toda obra humana, debemos concordar previamente qué se pretende hacer para evaluar si ello pasa por cambiar la Constitución o por otras reformas específicas que pueden o no ser constitucionales.* Incluso, en la medida de que exista un acuerdo extendido sobre los contenidos de nuestra Carta Fundamental, importa menos si se trata de una diferente o de la misma.

¹⁹ SIERRA, LUCAS. 2014. Diálogos Constitucionales. Centro de Estudios Públicos. Pág. 485.

¿Qué se entiende por Bases de la Institucionalidad?

Las Bases de la Institucionalidad son los principios esenciales en torno a los cuales se organiza el resto de la Constitución y las leyes. Considera la dignidad, la libertad, la igualdad, el bien común y las bases del Estado de Derecho, entre otras.

Las Bases de la Institucionalidad se encuentran contempladas en el Capítulo I de nuestra Constitución y buscan contemplar los principios básicos o fundamentales que orienten el ordenamiento constitucional. Junto a ello, estos principios iluminan la interpretación que se hace del resto de las disposiciones constitucionales y, en su calidad de norma de rango superior, del resto del ordenamiento jurídico.

Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias. En efecto, este Tribunal ha señalado que la interpretación de la Constitución “debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental, a fin de asegurar la vigencia efectiva de la supremacía constitucional, que es la que garantiza, en definitiva, la eficacia del Estado constitucional de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas”²⁰.

Las Bases de la Institucionalidad consideran, por lo tanto, los principios esenciales del ordenamiento constitucional que configuran la organización del Estado y sus límites. Este conjunto de normas agrupadas debe llevar al papel aquellos valores perdurables sobre los que se construye la sociedad.



²⁰ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 591-07. Considerando 3°.

¿Cuáles deben ser aquellas contempladas en nuestra Constitución?



Si bien hay amplios debates sobre los principios que deben contemplarse en nuestra Constitución, hay algunos que han marcado intensamente nuestra vida en sociedad que no debemos debilitar.

Entre ellos se encuentran:

- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos
- El Estado está al servicio de la persona
- La finalidad del Estado es promover el bien común
- El respeto que la acción del Estado debe a la persona y a la sociedad civil
- Los límites al poder del Estado y el carácter democrático del Gobierno
- La probidad y la transparencia como principios del buen gobierno
- El respeto al estado de derecho
- La descentralización como forma de acercar la decisión gubernamental a las personas

Pero hay otros principios más discutidos que, aunque no están expresamente en nuestra Constitución, son objeto de intensa discusión.

El Principio de Subsidiariedad

Como señala el profesor Alejandro Silva Bascuñán, la subsidiariedad implica *“que el Estado no tome a su cargo lo que pueden en buenas condiciones realizar las personas y los entes colectivos y, a la inversa, la obligación del Estado de proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas, en cuanto los particulares no estén en posibilidades de lograrla”*²¹.

En el contexto de este principio, entonces, el Estado no debe suplantar la iniciativa y la responsabilidad que los individuos y los grupos intermedios (empresas, instituciones, etc.) son capaces de asumir en sus respectivos campos; al contrario, debe favorecer activamente estos ámbitos de libertad. Lo anterior en vista

²¹ SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV. Editorial Jurídica. Pág. 51.

que la Constitución reconoce La primacía de la persona por sobre el Estado. Conforme a este principio, el Estado debe ponerse en una actitud de ayuda supletoria, dando apoyo, promoviendo y permitiendo que se desarrollen libremente las sociedades y grupos intermedios y menores.

En consecuencia, el rol subsidiario del Estado significa desarrollar todas aquellas funciones que la sociedad civil y/o los grupos intermedios no pueden realizar y que redundan en su bien y dejar que éstas desarrollen todas aquellas actividades que sí pueden desarrollar por sus propios medios.

Es posible encontrar en el pensamiento de Aristóteles los primeros elementos de la subsidiariedad, cuando en La Política sostiene que el hombre sólo puede alcanzar el pleno despliegue de sus capacidades en las estructuras que le son más próximas como la familia y la casa, las que a su vez despliegan su potencial en la polis²².

Ahora bien, existen amplias visiones y desarrollos sobre este principio. Desde la encíclica papal de León XIII, *Rerum Novarum*, en que se sostiene que el Estado debe proteger y no reemplazar a las asociaciones de individuos más básicas como la familia; hasta el Tratado de la Unión Europea, que sostiene que la Comunidad Europea sólo podrá entrar en acción cuando los Estados miembros no puedan por sí mismos alcanzar los objetivos de mejor manera, aplicando expresamente el principio de subsidiariedad.

En relación a esto último, en materia de gobernanza, el principio está siendo ampliamente utilizado para definir la asignación de atribuciones en los diferentes niveles y estructuras de poder, atribuyendo mayores decisiones a quienes se encuentran más cercanos a esta, es decir, estructuras más locales y/o de menor jerarquía en el organigrama.

El principio no garantiza ni la presencia estatal ni la privada: sólo opta por un título preferente para los particulares en las actividades de la sociedad que no sean indelegables e intrínsecamente estatales, pertenecientes a él en cuanto tal (Relaciones Exteriores, Defensa, etc.).

El Principio de servicialidad: El Estado está al servicio de la persona humana

El Estado se debe a la persona y su fin debe ser el bien común. El Estado, por lo tanto, no puede coartar a la persona.

Las personas son anteriores al Estado y éstas se han organizado y han definido que existirá un conjunto de instituciones con ciertas potestades sobre la vida en sociedad. Esta creación tiene, por lo tanto, el objetivo de servir a las personas que lo han creado, satisfacer sus necesidades y aspiraciones colectivas. Por lo tanto, el Estado es un medio para alcanzar la finalidad que es el bien común. Para estos efectos se encuentra al servicio de las personas que buscan ese bien. Nunca, como algunos lo plantearon durante el siglo XX, la persona la que debe estar al servicio del Estado.

El Estado cuenta con un poder pero este poder no es otra cosa que un ***“instrumento de administración de la comunidad, en quien reside la plenitud de ese poder, pero que necesita de una autoridad o cabeza a fin de obtener de modo más adecuado y dinámico su propio fin, que es la perfección del hombre en tanto ser individual-social”***²³.

Este principio ha sido recogido por la legislación y la jurisprudencia de manera muy concreta, obligando al Estado de manera insoslayable.

²² ORTÚZAR, PABLO. 2015. El Principio de Subsidiariedad: 4 Claves para el Debate. www.ieschile.cl

²³ SOTO KLOSS, EDUARDO. 1996. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Editorial Jurídica. Pág. 83.

¿Cuál es el procedimiento a través del cual se debe reformar la Constitución?

Hoy en día la Constitución establece que las reformas constitucionales se llevan a cabo en el Congreso debiendo alcanzar un quórum especial para su aprobación (2/3 y 3/5 según la materia de que se trate). *Desde hace tiempo, muchos han intentado articular diversas alternativas que les permita obviar el elevado quórum. Pero eso es saltarse las reglas y hacer trampa.*

El Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, a su vez, ha propuesto en su cronograma que este Congreso, aprobando una reforma al mecanismo de reforma por 2/3 de los miembros del Congreso, habilite al próximo Congreso y éste defina una fórmula para elaborar la nueva Constitución, la cual podrá concretarse a través del mismo Congreso, una Asamblea Constituyente o una Convención Constituyente Mixta (integrado por parlamentarios y ciudadanos). El Congreso también podrá optar por llamar a un plebiscito para que sean los electores quienes elijan el mecanismo.

Una crítica a este procedimiento, se hace en El Largo e Incierto Camino Constitucional. Temas Públicos de Libertad y Desarrollo N° 1229, 23 de octubre de 2015.



¿Qué nos enseñan los procesos comparados de cambio constitucional?

Los procesos de cambio constitucional que se han llevado a cabo en otras partes del mundo permiten sacar diversas conclusiones útiles para el Chile de hoy.

La primera es que, en general, durante el siglo XX los cambios constitucionales profundos han estado ligados a crisis, guerras civiles, cambios drásticos del régimen político o hechos similares. Ello no implica que no haya experiencia de países que recientemente han optado por cambios constitucionales en un clima de mayor estabilidad. Pero éstas son pocas.

Una segunda conclusión es que no hay un procedimiento único exitoso que pueda ser replicado una y otra vez. Cada proceso de cambio constitucional tiene características propias que hacen imposible encontrar una fórmula única de éxito.

Así lo muestra, por lo demás, un reciente informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) el que analizó 95 casos de un total de 239 nuevas constituciones redactadas entre 1947 y 2015.

En la mayoría de los casos (36) se realizó a través de Comisiones Constituyentes o de Expertos, las que según el informe, responden a designaciones efectuadas por regímenes autoritarios. En 21 casos, la función constituyente la asumió el Poder Legislativo, y en 10 ocasiones correspondió a un Congreso Constituyente. Respecto a la Asamblea Constituyente, en 26 casos se hizo a través de una Asamblea, muchos de los cuales corresponden a países latinoamericanos²⁴.



²⁴ Bolivia, Colombia, Ecuador en dos oportunidades, El Salvador en dos oportunidades, Honduras en dos oportunidades, Nicaragua, Perú, Venezuela en dos oportunidades, Somalia, Túnez en dos oportunidades, Uganda, Camboya, Irán, Nepal, Tailandia, Timor Oriental, Italia, Portugal e Islandia.

¿Por qué no se justifica una Asamblea Constituyente?



Detrás del slogan por una Asamblea Constituyente (AC) hay muchas ideas que se entrecruzan y que pretenden transformarla en el único mecanismo válido para llevar a cabo cambios constitucionales. Se ha dicho que es esa la forma que asegura que todos podamos participar del proceso constituyente y que el aporte de cada uno se verá reflejado en una Constitución que será la casa de todos. Pero eso tiene mucho de mito.

El cientista político, Patricio Navia, dijo al respecto que *“de poco sirve advertir que es imposible que un proceso constituyente nos involucre a todos. Incluso si optamos por la AC, la Constitución será redactada por un grupo de representantes electos”*²⁵. En efecto, una Asamblea Constituyente también es un órgano electo cuya única diferencia con el Congreso Nacional, al menos al inicio, es que tiene una única tarea asignada: redactar una nueva Constitución.

Pero el problema de la Asamblea Constituyente es que hay muchas preguntas sin respuesta y que de cuya definición muy posiblemente llegaremos a la conclusión que la Asamblea Constituyente es un slogan vacío de contenido.

La primera pregunta es bajo qué sistema electoral se eligen los integrantes de la Asamblea Constituyente: mayoritario o proporcional; número de distritos y de escaños; etc. Considerando la dificultad que siempre existe para determinarlo, la respuesta más fácil que podrían dar los promotores de este cambio sería ocupar el recién aprobado. Pero dado que la AC es unicameral, ¿cuál de los dos debiera utilizarse? ¿El que elige a 155 diputados o el que escoge a 50 senadores? Y más importante que ello, si el sistema electoral es idéntico: ¿por qué no dejar que sea el mismo congreso entonces el que haga las reformas? No tiene sentido deslegitimar de plano al congreso si, finalmente, quienes serán elegidos para una asamblea constituyente son los mismos que lo serían en una elección parlamentaria o, al menos, son elegidos con el mismo sistema.

²⁵ NAVIA, PATRICIO. El Líbero. 27 de octubre de 2015. En www.ellibero.cl

La pregunta siguiente es qué sucede con el país durante el funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Una alternativa es que no exista Congreso y la AC tenga un plazo para proponer un texto. Esta es la fórmula de la Constitución de 1925. También la fórmula colombiana de 1991. Pero ello no es sostenible si el país no atraviesa por una crisis institucional. **¿Qué Gobierno estaría dispuesto a postergar la aprobación de las leyes que propone en su programa a la espera de que la AC decida la nueva Constitución?** Además tal mecanismo, al dejar al Ejecutivo sin contrapeso político alguno, es caldo de populismos.

Otra opción es que el Congreso siga funcionando en paralelo a la AC. Es decir, en un órgano reside la potestad legislativa y en otro distinto, la constituyente. ¿Qué sentido tiene esta duplicidad entre dos cuerpos deliberativos igualmente representativos? Si ambos tienen igual representación popular y ambos tienen iguales atribuciones para modificar la Constitución ¿por qué duplicarlos? ¿No es más sensato que sea el propio Congreso quien haga entonces la reforma, si así lo estima?

Las respuestas a estas interrogantes muy posiblemente terminarán desnudando el argumento a favor de una Asamblea Constituyente. Ella dejará de ser, como la presentan sus partidarios, un ejercicio deliberativo sin contratiempos en el que todos concurriríamos desinteresadamente a expresarnos en libertad. Esa, como tantas otras en la historia, es una utopía pues la AC no solo es incapaz de alcanzar ese estándar, sino que también no es un mecanismo tan diferente al vigente²⁶.



²⁶ SOTO, SEBASTIÁN. El Mercurio. La Trampa de la Asamblea Constituyente. 06 de mayo de 2015.

¿Por qué debe ser el Congreso la instancia adecuada para conducir un eventual cambio constitucional?

“En lo personal, sin que esto comprometa al gobierno, debe priorizarse la reforma total de la Constitución a través del Congreso. Porque creo que las instituciones tienen una razón de ser. La Constitución le asigna al Congreso el poder constituyente derivado y no hay ninguna justificación para que el Congreso no lo ejerza”,
Francisco Zúñiga²⁷.

El Congreso es, por sus características y tradición, el lugar en donde se debe realizar este debate. Ello sin perjuicio de incorporar mecanismos que faciliten la participación ciudadana.

En las democracias modernas las decisiones relevantes se toman con las herramientas de la política y en el campo en que ésta se desarrolla: los congresos. Por esa razón, es que la decisión constitucional debe ser tomada por el Congreso Nacional. Ello por diversas razones.

Ante todo, porque el principio que está detrás de promover un mecanismo institucional –como el Congreso– es evitar un divorcio más profundo entre la ciudadanía y sus representantes. Es cierto que hoy esa relación pasa por momentos difíciles. Pero también es cierto que cuando una relación está deteriorada lo menos que hay que hacer es traicionarla. Lo correcto es intentar recomponer las confianzas y eso, en política, se logra con reformas profundas como algunas de las que se han llevado a cabo. Pero no es aconsejable quitarle al Congreso la posibilidad de tomar una decisión tan fundamental como es la decisión constitucional. Si eso ocurre, también estamos dañando la capacidad de futuros congresos para tomar decisiones relevantes, en momentos de desconfianza similares al actual. ¿Cómo confiar en las legislaturas de mañana si a la que hoy tenemos le “quitamos el piso”? ¿Por qué no volveríamos a hacer lo mismo una y otra vez? La política es demasiado esencial para el progreso de los países para que, enfrentados a un desafío como éste, dejemos de lado la acción de los políticos. La solución debe buscar recomponer el matrimonio entre ciudadanía y política, y no negarla.

Otra razón para preferir al Congreso por sobre cualquier otra alternativa la ha desarrollado con agudeza la historiadora Sofía Correa²⁸. En una completa investigación que estudia los procesos constituyentes en nuestra historia, sostuvo que las reformas más exitosas a nuestros textos constitucionales han sido fruto del acuerdo político que se logra en los congresos. El ejemplo más patente, nos dice, son las sucesivas reformas constitucionales llevadas a cabo a partir de 1870 a la Carta del 33. A ello, continúa, se sumaron diversas reformas

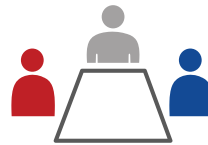
²⁷ ZÚÑIGA, FRANCISCO. Entrevista Diario La Tercera. 13 de febrero de 2015.

²⁸ CORREA SUTIL, SOFÍA. 2015. Los procesos constituyentes en la historia de Chile: Lecciones para el presente. Revista Estudios Públicos 137. Centro de Estudios Públicos.

electorales que dieron más legitimidad al sistema. Todo esto logró reformar el carácter fuertemente presidencialista de la Constitución e iniciar una mutación constitucional que transformaría intensamente la forma de ejercer el poder.

Lo mismo ocurrió en la Reforma Constitucional del año 2005. Fruto de dos mociones presentadas durante el año 2000, una de senadores de la Alianza y otra de senadores de la Concertación, la reforma fue objeto de largas discusiones que se extendieron durante todo el mandato del Presidente Ricardo Lagos. Tan sólo en la sala del Senado, la reforma se discutió por más de un año en sucesivas sesiones, informes complementarios de las comisiones, audiencias a expertos, etc. Y el Congreso que discutió estas reformas logró alcanzar acuerdos sustanciales que incorporaron, incluso en ocasiones, a los entonces senadores designados. En definitiva, enfrentados a este dilema, tanto por argumentos históricos como conceptuales la mejor alternativa es respetar las instituciones vigentes. Y en una democracia que vive, como la nuestra, esa institución es el Congreso que decide a través de los representantes elegidos²⁹.

El Congreso es, por sus características y tradición, el lugar en donde se debe realizar este debate. Ello sin perjuicio de incorporar mecanismos que faciliten la participación ciudadana.



²⁹ SOTO, SEBASTIÁN. La Ambigüedad ante el Congreso. El Libero. 11.05.2015 y Comisión Bicameral: La menos mala. Que Pasa. 20.10.2015.

¿Qué otras alternativas para modificar la Constitución? planteará el Gobierno?

A fines del año 2016, según anunció la Presidenta Michelle Bachelet en octubre del 2015, el Gobierno enviará un proyecto de reforma constitucional en el que propondrá cuatro posibles caminos para modificar la Constitución. De aprobarse, uno de éstos será elegido por el siguiente Congreso el año 2018. Las cuatro alternativas son: una comisión bicameral de igual número de diputados y senadores; una convención constituyente de igual número de parlamentarios y ciudadanos elegidos por éstos; una asamblea constituyente, de la que no tenemos ningún detalle y un plebiscito para que sea la ciudadanía la que elija el mecanismo.

La propuesta es criticada en detalle en uno de los anexos. La primera crítica es que la propuesta del Gobierno no toma decisiones; simplemente hace gestos para mantener el tema en discusión. No descarta ningún mecanismo e intenta hacer creer que con ella se obliga al futuro Congreso a tomar una decisión. Pero sabemos que eso no es así pues éste podrá actuar o dejar de hacerlo sin restricción alguna. En otras palabras, la Presidenta aparece tomando una decisión pero, en realidad, la posterga.

Pero más complejo que ello es que la propuesta pone sobre la mesa diversas alternativas que, con más o menos fuerza, debilitan aún más al Congreso. Y lo hacen sin beneficios muy claros. El caso más evidente es la Asamblea Constituyente. Se dice que es ella la forma más genuina de participación del pueblo. Pero, como hemos visto, eso tiene mucho de slogan. Muy posiblemente el sistema electoral que se use para elegir a los integrantes de una AC no sea muy diverso al que empezará a regir el 2017 y, por lo mismo, la legitimidad de los electos no variaría sustancialmente. La Convención es una fórmula mixta: incorpora igual número de parlamentarios y de ciudadanos elegidos por el Congreso con el mandato de redactar una nueva Constitución. Estos últimos dejan la sensación que la política no se la puede... y que por eso un grupo de ciudadanos elegidos por políticos serían una forma de control. En otras palabras, ambas fórmulas desconfían de la política y de la representación.

Por último está el plebiscito: la más incierta de todas. No sólo porque nos recuerda la fórmula chavista sino porque carece de contenido. ¿Qué elegirá realmente la ciudadanía? ¿Un titular o el detalle del funcionamiento de cada una de las alternativas? Al parecer, lo que quiso hacer la Presidenta al incluirla fue darle en el gusto a un grupo que ha promovido la convocatoria a un plebiscito en que el eslogan (¿quiere una AC?) es más importante que el contenido.

La Comisión Bicameral, por su parte, no requiere reforma constitucional alguna.

En definitiva, tanto la reforma constitucional que ha anunciado el Gobierno con la propuesta de mecanismo para modificar la Constitución como la futura discusión de su contenido, debe llevarse a cabo esencialmente en el Congreso Nacional. No quiere decir esto que no deban haber mecanismos de participación de la ciudadanía. Es eso lo que veremos a continuación.

¿Cómo debe operar el Congreso en la reforma a la Constitución?

El Congreso debe respetar los quórum y procedimientos, salvo que se acuerde algo distinto que contribuya a un mejor resultado, con el acuerdo de amplias mayorías.

La vía institucional no sólo implica que el Congreso sea la instancia. También debe hacerse por las vías que contemplan la Constitución y las leyes, tal como se han hecho todas las reformas constitucionales en nuestra historia durante gobiernos democráticos.

Esto supone que el Congreso respete los procedimientos establecidos para la tramitación de los proyectos de reforma constitucional y los quórum establecidos. También que utilice las herramientas que el ordenamiento le concede y que son atinentes a una discusión de estas proporciones. Esa es realmente la vía institucional que es la recomendable en todo Estado de Derecho.

Ahora bien, el Congreso cuenta con facultades para establecer mecanismos especiales o nuevas herramientas, en la medida que se acuerde y se cumpla con los quórum requeridos. Por ejemplo, el Congreso puede dar mayor publicidad a sus sesiones, puede trabajar con invitados permanentes, puede hacer trabajo pre legislativo en conjunto con el Ejecutivo y organizaciones de la sociedad civil, puede realizar sesiones fuera del edificio y en regiones, etc.

Incluso, como se ha planteado, puede acordarse someter el texto aprobado por el Congreso Nacional a un plebiscito ratificatorio a fin de contar con la aprobación final directa de los ciudadanos.

Todos estos son mecanismos que pueden evaluarse a fin de fortalecer la labor del Congreso y su vinculación con la ciudadanía.



¿Cómo debieran articularse las nuevas normas de reforma?

Si se produce una nueva Constitución o bien se reforma sustancialmente la actual, es previsible que se modifique el Capítulo referido a la reforma a la Constitución.

Al respecto, ya hemos señalado algunos principios que debieran informar esta decisión.

En primer lugar, se debe preferir las vías representativas, sin perjuicio de introducir mecanismos de participación ciudadana. Es decir, las personas deben estar involucradas pero las instituciones políticas no pueden renunciar a su deber y deben generar un debate profundo y consistente para tomar decisiones en beneficio del país.

Otro principio consiste en que la Constitución, en cuanto límite al poder y protección de las minorías, debe evitar que mayorías momentáneas decidan el destino de todos en los temas fundamentales. Para eso sirven los quórumos supramayoritarios que se requieren para modificar un amplísimo número de las constituciones del mundo.

Finalmente, y en relación con lo anterior, una Constitución debe aspirar a trascender en el tiempo. Al respecto, un estudio sobre la duración de las Constituciones concluye que demasiada rigidez lleva a la Constitución a ser ignorada o, derechamente, derrocada, por lo que se sugiere la idea de que la Constitución deba aparentar rigidez, pero ser en los hechos flexible, facilitando la distinción entre política ordinaria y política constitucional³⁰. Por ello las Constituciones no pueden aspirar a resolver todas las controversias.



³⁰ ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG Y JAMES MELTON. 2010. The Endurance of National Constitutions. Cambridge. Cambridge University Press. Pág. 210.

¿Cómo se estructura, en lo fundamental, nuestra orgánica del poder?³¹

La trilogía clásica. Ejecutivo, Legislativo y Judicial

En Chile, desde la Constitución de 1828 existen tres poderes públicos fundamentales, los cuales han tenido diferentes evoluciones con el correr de los años, pero en lo esencial forman parte de nuestra historia constitucional.

Al Poder Ejecutivo le compete gobernar, decidir sobre diversos aspectos de la administración de los órganos del Estado y ejecutar y hacer cumplir las leyes. Además, le corresponde la labor de resguardar el orden público y la seguridad externa del país.

El Poder Legislativo se encuentra radicado en el Congreso Nacional. Le corresponde la dictación de las leyes, labor que comparte con el Presidente de la República quien también es un colegislador. También debe fiscalizar y controlar los actos de la administración y ejercer diversas otras atribuciones en materias de nombramiento de ciertas autoridades.

Pero más allá de su rol formal, el Congreso ha sido desde siempre en la historia de nuestro país el lugar en

que se ha debatido y deliberado sobre los asuntos de interés nacional. Por eso, parte importante de la labor de los parlamentarios es debatir y deliberar sobre temas relevantes para Chile o, en otras palabras, hacer política.

Al Poder Judicial, radicado en los Tribunales de Justicia, le corresponde la administración de justicia, aplicando la ley para la resolución de las controversias y demás asuntos que le son sometidos a su decisión.

Otros órganos constitucionalmente autónomos

A la clásica trilogía de poderes, se han ido sumando otros que también constituyen poderes con reconocimiento constitucional. En lo general, sirven también de contrapeso al poder a fin de evitar que éste se acumule o concentre en un solo órgano.

Los más relevantes que hoy se encuentran incorporados en la Constitución son: Municipalidades, Gobiernos Regionales, Banco Central, Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional y Ministerio Público.

Hay otros que son objeto de menor debate como la Justicia Electoral, el Servicio Electoral o el Consejo Nacional de Televisión. Por último, la Constitución contempla el Consejo de Seguridad Nacional que reúne a las más altas autoridades políticas y militares. Su creación y funciones fueron objeto de intenso debate en los noventa. En la actualidad su consagración en la Constitución no es relevante.

Cada uno de estos órganos constitucionalmente autónomo ejerce un conjunto de funciones que son de vital importancia para el funcionamiento del Estado y para la buena marcha del país. Un sano equilibrio entre todos ellos permitirá seguir por una buena senda.

Junto con ellas, hay otras instituciones podrían también ser incorporadas a la Constitución para permitir que sirvan de balance más eficaz al ejercicio del poder.

³¹ GARCÍA, GONZALO Y CONTRERAS, PABLO. 2014. Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55. Pág. 723 y sigs.

¿Por qué y qué clase de controles deben establecerse entre **los diferentes poderes del Estado?**

La separación y equilibrio de poderes



La separación de poderes no es sólo un mecanismo de eficiencia sino que también, junto con adecuados controles entre los diferentes órganos, constituye un elemento esencial para el Estado de Derecho y la principal garantía para la libertad de las personas.

Platón afirmaba que el sistema político perduraría si se establecían restricciones recíprocas entre los diversos órganos del sistema. Mucho tiempo después, tras siglos de evolución de la teoría política, fue Montesquieu quien articuló los tres poderes clásicos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que serían al mismo tiempo independiente uno del otro y contrapeso recíproco.

Luego el concepto fue acogido por el constitucionalismo de Estados Unidos y por el que surge tras la Revolución Francesa. Es así como, por ejemplo, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano se estipula que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución³².

Separación y balance de poderes hoy

Neal Katyal, profesor de la Universidad de Georgetown y activo defensor de los derechos humanos en EE.UU., ha señalado que el éxito de los Padres Fundadores, es decir de quienes redactaron la Constitución norteamericana, fue suponer de antemano que las autoridades iban a cometer errores. Y precisamente por eso es que un buen sistema de Gobierno se mide por los mecanismos que se consagran para corregir esos errores. En lo que él llama “institucionalizar el disenso” se funda el concepto de la división y equilibrio de poderes, ya que si una o dos de las ramas del Gobierno se equivocan, para eso existe una tercera que disientirá y mandará corregir el error³³.

Es decir, en la medida que los poderes tengan atribuciones para controlarse mutuamente, sin arrogarse las funciones del otro, existirá un ejercicio del poder más beneficioso para la Nación y respetuoso del Estado de Derecho.

³² GARCÍA, GONZALO Y CONTRERAS, PABLO. 2014. Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55. Pág. 402.

³³ Neal Katyal. TEDx Hague Academy. <http://tedxhagueacademy.org/>

En la actualidad, hablar de separación de poderes no implica exclusivamente referirse a los tres poderes clásicos sino que también a la necesidad de contrapesos eficaces que impidan concentrar el poder en una sola autoridad o institución.

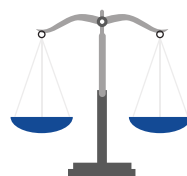
Desde esta perspectiva, no sólo se asegura una mejor gestión de la administración, en cuanto los diversos poderes se abocan a lo que les es propio. Además se permite una mayor libertad a la persona, en la medida que se asegura un Estado con poderes limitados que tiene instancias de control para evitar abusos³⁴.

Ello es especialmente relevante en el contexto del constitucionalismo latinoamericano. Los ejemplos de procesos constitucionales como los de Venezuela, Ecuador o Bolivia han generado Presidentes más fuertes que han terminado por debilitar las instituciones que hacían de contrapeso. El caso más paradigmático es la erosión de la independencia judicial en Venezuela.

Toda reforma constitucional debe generar contrapesos eficaces para evitar la concentración del poder en una sola institución.

Para quienes propugnan Estados democráticos, y no absolutismos o utopías, este aspecto es de suma relevancia.

A pesar de todo lo dicho, la estructura institucional que pueda contemplar una Constitución no garantiza en sí mismo un sistema exitoso si está acompañada de políticas públicas adecuadas en materias de selección de personas, incentivos a la permanencia de los mejores funcionarios, reglas claras en el ejercicio de las funciones, instancias eficaces de fiscalización, etc.



³⁴ VILE, M.J.C. 1998. Constitutionalism and The Separation of Powers. Liberty Found. Second Edition. 1998. Pág. 3.

Es la democracia representativa el ideal democrático?

La democracia representativa es la mejor expresión de la soberanía ya que permite fortalecer la institucionalidad democrática y protege a las minorías del abuso de la mayoría circunstancial. Ello no obsta a que puedan establecerse mecanismos de participación directa, como los plebiscitos para ciertos casos específicos.

La democracia representativa como ideal democrático

La soberanía reside en la nación y se ejerce a través de plebiscitos y elecciones en las que se delega en las autoridades electas tal soberanía. Las elecciones a su vez constituyen la legitimidad democrática del Gobierno y sus autoridades.

Esa es la idea que subyace al concepto de democracia representativa, en la que las decisiones se adoptan a través de representantes elegidos en elecciones populares.

La democracia representativa ha sido parte de nuestra tradición republicana y se encuentra ampliamente expandida en el derecho comparado, siendo la principal expresión de la democracia en el mundo. Ella ha permitido a lo largo de la historia de la humanidad *“trasladar el espacio de deliberación desde las marchas y los tumultos, ahí donde priman las pasiones, la fuerza, la violencia y la ley del más fuerte, a uno en que se pueda deliberar en forma pacífica, sobre la base de argumentos racionales, siguiendo ciertos procedimientos y entregándose la oportunidad de plantear posiciones a las más diversas miradas”*³⁵.

Otra expresión del ejercicio de la soberanía es aquel ejercido por la ciudadanía directamente. El modelo de democracia directa más recurrente es el de la democracia ateniense en que los ciudadanos conformaban una asamblea en donde se adoptaban las decisiones. Durante esa época, además de tratarse de una población más reducida, el concepto de ciudadanía era más limitado (se excluía a mujeres y esclavos). El concepto de democracia representativa surge como un mecanismo eficaz para hacer participar a la ciudadanía sin la dificultad de tener que adoptar complejas decisiones entre millones de personas.

³⁵ Temas Públicos N° 1.026 - Democracia Plebiscitaria: Una Propuesta Engañosa. Libertad y Desarrollo. 12 de agosto de 2011.

¿Cuáles son los riesgos de la democracia directa?



En la actualidad, en muchos sistemas de democracia representativa como el nuestro, conviven mecanismos de ejercicio directo tales como los plebiscitos, la iniciativa popular de ley y los referéndums revocatorios.

En nuestra historia reciente, movimientos de diversa índole han promovido la institucionalización de plebiscitos para decidir ciertas materias, como la Asamblea Constituyente, la demanda marítima de Bolivia, la crisis educacional, etc. Esta idea ha sido apoyada por parlamentarios a través de proyectos de ley, con la idea de fortalecer espacios de democracia directa.

Este mecanismo plebiscitario ha sido utilizado por gobiernos autoritarios y en los últimos años por gobiernos latinoamericanos como el de Venezuela y Ecuador.

Por una parte se critica este concepto ya que debilita la autoridad de instituciones democráticas como el Congreso. Además, constituye una herramienta recurrente para socavar a las minorías. Otra crítica que tradicionalmente se hace a las democracias plebiscitarias consiste en que por esa vía se pretende reducir el debate a una pregunta de respuesta binaria (sí ó no, A ó B), lo que no permite solucionar asuntos complejos y genera una lógica del todo o nada, donde no existen los acuerdos y las posiciones intermedias.

Finalmente, la lógica de los plebiscitos puede llegar a permitir que la autoridad que controla el plebiscito anticipe una respuesta favorable a sus intereses al definir la formulación de la pregunta.

Como lo señaló George Tsebellis, *“los referéndums tienen problemas muy serios de representatividad. Lo que llamas plebiscito es algo en que el gobierno decide cuál va a ser la pregunta y cuándo se va a preguntar. Ese es el tipo de referéndum menos democrático. En Dinamarca, el Gobierno puede hacer una ley y la oposición puede decir: quiero que la gente diga si ésta debe ser implementada o no. Ese es un referéndum más democrático. Pero incluso en las formas más democráticas, muchas veces la forma de la pregunta está dictada por*

intereses organizados y la gente responde en forma de sí o no, lo que no asegura una mejor respuesta. En California hubo una pregunta acerca de aumentar o reducir los impuestos a las propiedades. La respuesta fue reducirlos. Luego se preguntó si una persona que ha violado la ley tres veces debe ser encarcelada de por vida. La gente -asustada por el crimen- dijo sí. Mira lo que estos referéndums hicieron, uno redujo el presupuesto del gobierno y el otro aumentó sus gastos. Deben tener estos problemas en mente y tratar de encontrar formas de evitarlos o solucionarlos”³⁶.

El riesgo mencionado aumenta toda vez que se abre la puerta a permitir plebiscitos por cualquier materia. De esta manera las instituciones políticas estarían evadiendo su responsabilidad en cuanto a debatir y tomar decisiones que le ciudadanía le ha encomendado, para traspasar esa responsabilidad a la participación directa de la ciudadanía.

¿Qué espacios se contemplan actualmente para la participación directa?

Nuestra Constitución admite la realización de plebiscitos nacionales cuando existe discrepancia entre el Congreso y el Presidente de la República respecto de una reforma constitucional. Para que ello sea procedente, se requiere que el Congreso apruebe una reforma constitucional, que el Presidente la rechace y que luego el Congreso insista por una mayoría calificada.

Además, se permiten los plebiscitos a nivel comunal, organizados por municipios para asuntos de interés de esa comunidad. Son estos las formas más genuinas de

participación directa pues la consulta versa sobre un asunto de evidente interés local lo que dificulta decisiones capturadas por las ideologías o por intereses más globales. Con todo, nuestro sistema actual no ha podido poner en marcha de forma adecuada un sistema de plebiscitos locales.

Adicionalmente existen variadas iniciativas legislativas en discusión en el Congreso, que de aprobarse permitirían la iniciativa ciudadana de ley. Es decir, que un número determinado de ciudadanos, cumpliendo ciertos requisitos similares a los que debe cumplir un proyecto ingresado por parlamentarios, puedan ingresar un proyecto de ley para su discusión en el Congreso.

Lo relevante para ponderar todas estas iniciativas es evitar que por la vía de la consulta directa a la ciudadanía puedan simplificarse las decisiones propias de una sociedad compleja como la nuestra o manipularse resultados.



³⁶ TSEBELLIS, GEORGE. The Clinic. 12 de mayo de 2014. En <http://www.theclinic.cl/2014/05/12/george-tsebellis-constitucionalista-en-chile-quieren-incluir-muchos-derechos-sociales-en-la-constitucion/>

¿Cuál es nuestro régimen de Gobierno?

Nuestro régimen de gobierno ha sido durante gran parte de nuestra historia un régimen presidencial, es decir, aquel en que el Presidente es elegido directamente por los ciudadanos y permanece en el poder por plazos previamente determinados sin que sea necesario entonces, que cuente con mayoría en el Parlamento. En otros países se encuentran sistemas parlamentarios, donde hay un Primer Ministro elegido por la mayoría del Congreso, y sistemas semi presidenciales donde conviven la figura del Presidente como Jefe de Estado elegido por votación directa, y un Primer Ministro como Jefe de Gobierno, elegido por la mayoría parlamentaria.

La figura presidencial en nuestro sistema está dotada de legitimidad democrática por tratarse de una personalidad electa de manera personal y a nivel nacional. Asimismo, está dotado de amplias atribuciones a fin de fortalecer el carácter ejecutivo que requiere la autoridad presidencial las que, con todo, no le conceden el poder total pues no puede alterar de manera unilateral el statu quo³⁷.

El régimen presidencial y la figura del Presidente están fuertemente arraigados en nuestra tradición histórica y, para muchos, el sistema presidencial ha garantizado eficiencia y estabilidad. No obstante ello, desde hace algún tiempo existen críticas a este sistema.

Desde la posición crítica se señala que los sistemas parlamentarios tienen válvulas de escape, como la renuncia del Primer Ministro, que evitan crisis sistémicas como las que ocurren en los sistemas presidenciales ante crisis políticas. Además, se señala que es contradictorio conferirle al Presidente dos funciones incompatibles como son la de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. También se argumenta que el sistema presidencial sólo funciona adecuadamente en aquellos casos en que el Presidente de la República cuenta con mayoría parlamentaria que le permite ejecutar su programa. Por último, y entre otras críticas, se sostiene que el sistema chileno se encuentra agotado y desacreditado por la pérdida de eficacia del Congreso, por lo que se requeriría un cambio radical.

A pesar de los progresos que el sistema ha generado, existe un consenso amplio en introducir mejoras en esta materia que permitan moderar el excesivo presidencialismo. Basta mirar las propuestas de diferentes candidatos en las últimas elecciones presidenciales para deducir que varias modificaciones podrían introducirse con apoyos transversales. Al menos, las propuestas coinciden en hacer más colaborativas las relaciones entre el Congreso y el Ejecutivo, en particular en materia de trámite legislativo. Lo relevante es que las propuestas no impliquen un debilitamiento de la figura presidencial.

Finalmente, en lo que sí debe avanzarse es en introducir más instancias de control entre los poderes y balance entre los mismos al momento de ejercer sus atribuciones.

³⁷ Sobre la convivencia entre Ejecutivo y Legislativo en nuestro país puede verse ANINAT, CRISTÓBAL. 2006. "Balance de poderes legislativos en Chile. ¿Presidencialismo exagerado o base de un sistema político cooperativo?" en Política, Vol. 47.

¿Qué es la iniciativa exclusiva del Presidente de la República?

La iniciativa exclusiva debe conservarse en su esencia ya que permite una mejor y más responsable administración de los dineros de todos los chilenos.

La iniciativa exclusiva consiste en la facultad con que cuenta el Presidente de la República, conforme a la cual sólo quien ejerce tal cargo puede iniciar la tramitación legislativa de ciertos asuntos. Estos asuntos se refieren a la alteración de la división política o administrativa del país y a la administración financiera o presupuestaria del Estado. Se incluye, por ejemplo, la creación o condonación de impuestos, la creación de nuevos servicios públicos, la contratación de préstamos, las normas de seguridad social, entre otras.

La iniciativa exclusiva fue incorporada en la Constitución de 1925 y con el correr de los años fue adquiriendo vigor a través de diferentes modificaciones. Hoy se encuentra regulada principalmente en el artículo 65 de la Constitución.

Aun cuando han transcurrido más de 40 años, conviene recordar lo señalado por el ex Presidente Eduardo Frei Montalva en la exposición de motivos de un proyecto de reforma constitucional enviado al Congreso en 1969: *“La autoridad del Ejecutivo debe ser reafirmada en lo que concierne a la planificación del desarrollo y del control del proceso económico y, para este efecto, es necesario extender los proyectos de iniciativa exclusiva del Presidente de la República a todas las materias que incidan en los gastos fiscales y en el régimen de remuneraciones y de previsión del sector privado (...). Es imperioso porque la eficacia de la gestión económica del Estado, a la que están ligados todos los sectores de la nación, hace inevitable radicar esta responsabilidad en el Poder Ejecutivo, el que, por su estructura y la asistencia técnica de que dispone, está en situación de actuar con la coherencia y la continuidad que el Congreso Nacional no puede dar y que son esenciales en todos los países, pero especialmente en los que están en desarrollo como el nuestro”*³⁸.

Esta institución se justifica por diversas razones, además de las señaladas por el Presidente Eduardo Frei Montalva. Es decir, además de las capacidades técnicas con que cuenta el Ejecutivo para resguardar la administración, existen otros motivos que hacen conveniente no alterar esta facultad.

³⁸ Citado por SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO. Tratado de Derecho Constitucional: La Constitución de 1980. Editorial Jurídica. Pág. 201.

En primer lugar, los incentivos que tiene el Parlamento para hacer concesiones a la población están a la vista. Sus miembros son constantemente requeridos y abordados por peticiones de sus electores, quienes los evalúan periódicamente en las elecciones. A esa demanda se suma que el Parlamento tiene escasa responsabilidad en la administración de los dineros fiscales. Es decir, los efectos de una mala administración no son directamente soportados por ellos.

Lo dicho no quiere decir que el Presidente de la República no tenga también incentivos para administrar de modo irresponsable los dineros fiscales. Hemos visto a lo largo de la historia de Chile períodos presidenciales en donde la “billetera fiscal” ha sido utilizada con fines populistas. Pero ***la regla general, al menos, es que el Presidente tiene una mirada general que involucra a todo el país a diferencia de los parlamentarios que ponen atención preferentemente en los distritos que representan.***

Una segunda razón es el desorden fiscal que podría generarse si cada uno de los parlamentarios pudiese intervenir destinando recursos fiscales. Aún cuando lo hicieran con sentido de responsabilidad, se haría muy difícil asegurar una adecuada disciplina fiscal.



¿Hacia dónde avanzar en materia de régimen de Gobierno?

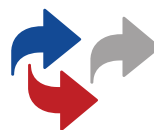
Es posible y aconsejable, girar hacia un sistema que equilibre de mejor manera las atribuciones de nuestros poderes, sin que ello implique desestabilizar nuestro sistema democrático.

Para estos efectos, cualquier fórmula que se intente implementar en la Constitución, debiera atender a los siguientes principios:

- Gestión eficaz y con responsabilidades claramente asignadas en la marcha del Estado, especialmente en materia de gasto fiscal
- Atención a nuestra tradición republicana.
- Fortalecer la separación y equilibrio de poderes, para asegurar derechos y libertades individuales, evitando caudillismos y populismos
- Fortalecer la actividad parlamentaria e incentivar la participación responsable del Congreso en la conducción del Estado³⁹

Teniendo estos principios en consideración, existen algunas modificaciones que podrían discutirse tales como equilibrar de mejor manera la relación entre el Ejecutivo y el Congreso en el trámite legislativo; modificar el sistema de urgencias, hoy de resorte exclusivo del Ejecutivo; permitir una mejor fiscalización y control del Ejecutivo por parte del Congreso, sin que ello implique un exceso de confrontación política; implementar mejoras en las capacidades técnicas del Congreso a través de una mayor eficiencia en el gasto en asesorías; y ampliar el número de nombramientos en los que debe intervenir el Senado autorizando la propuesta del Presidente de la República, entre otras.

Otra alternativa a evaluar consiste en potenciar la autonomía de los organismos autónomos técnicos tales como el Instituto Nacional de Estadísticas o el Consejo para la Transparencia.



³⁹ GARCÍA, GONZALO Y CONTRERAS, PABLO. 2014. Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55. Pág. 369.

Poder Judicial

Se puede fortalecer la autonomía del Poder Judicial, el que a su vez requiere mayor control para que sus decisiones se apeguen a derecho y no a concepciones individuales.

Es un principio y valor general de cualquier sociedad democrática que el Poder Judicial ejerza sus funciones con independencia e imparcialidad.

Es decir, desde el punto de vista orgánico, la judicatura no puede ser intervenida por el Ejecutivo o el Congreso. Debe tener las atribuciones y características suficientes para funcionar con autonomía.

Y desde el punto de vista de los derechos y garantías de la persona, la justicia debe ser imparcial, respetando la igualdad ante la ley y dando garantías de un debido proceso. En otras palabras, que los tribunales no tengan intereses en la controversia ni manifiesten preferencias por una de las partes, más allá de la aplicación de la ley.

Nuestros Tribunales de Justicia, más allá de críticas puntuales, gozan de buena salud. Aun así, existen aspectos en los que se puede avanzar.

Para fortalecer la autonomía del Poder Judicial se requiere avanzar en diferentes dimensiones. Gran parte de ellas no pasan por la Constitución sino que por mejorar las instancias de administración eficiente de los recursos y de la gestión judicial. Es lo que se ha venido a llamar el gobierno judicial que depende, en gran medida, de una correcta administración, de un adecuado régimen disciplinario y del acceso lo más transparente y abierto posible a la carrera judicial.

Para fortalecer la imparcialidad se requiere evitar los casos de lo que se ha denominado el “activismo judicial”. Es decir, aquellos espacios en que representantes del Poder Judicial, aplican su criterio y convicciones, por sobre lo que dicta la ley. Es decir, el juez se arroga facultades del Ejecutivo o del Congreso para la creación de políticas públicas. Esta práctica encuentra su fundamento en el entendimiento de algunos que sostienen que el juez debe transformarse en un actor social relevante, al estilo de lo que hacen los parlamentarios o políticos.

Este activismo genera incertidumbre en el ciudadano que se somete a la justicia ya que obliga a preguntarse si el juez aplicará lo que dictamina la norma o lo que le dicta su conciencia. Además, contraviene el principio de la separación de poderes.

Para evitar esta irregularidad se requiere fortalecer los mecanismos de control del Poder Judicial. Se trata de un control técnico que puede ser ejercido tanto desde el mundo académico y la ciudadanía, como interno a través de la Corte Suprema, sin que ello afecte el principio de independencia.

Contraloría General de la República

La Contraloría ha ejercido un rol fundamental en nuestro sistema a través del control de los actos de la Administración del Estado.

Su autonomía e independencia de los gobiernos de turno ha sido esencial para dar garantías de transparencia y control.

Por lo tanto se requiere fortalecer esa autonomía, especialmente en materia de recursos humanos y materiales, a fin de realizar un control más exhaustivo y eficiente de la Administración.

Además, es posible avanzar en aspectos que se encuentran regulados en su ley orgánica u otros cuerpos normativos distintos de la Constitución. Algunos de estos aspectos son la profundización del control preventivo haciendo efectiva la toma de razón de los actos administrativos, avanzar en la modernización de su estructura y operaciones, y fortalecer su rol en materia de auditoría del gasto público.



25.

Banco Central

El Banco Central es un órgano técnico y autónomo cuyo objetivo es velar por la estabilidad de moneda, es decir, mantener baja y estable inflación. Además, debe procurar la estabilidad y eficacia del sistema financiero para el normal funcionamiento de los pagos internos y externos.

Para cumplir estas funciones, el Banco Central regula el crédito en la economía y la cantidad de dinero circulante.

Si bien fue creado en la década del veinte el siglo pasado, fue con la Constitución vigente que adquirió la autonomía constitucional. Desde entonces se ha transformado en una institución fundamental para la estabilidad económica del país, esencialmente por su carácter técnico e independiente del Gobierno de turno.

Cualquier cambio constitucional, debe proteger la autonomía y capacidad técnica de este órgano que ha sido vital para el progreso de nuestro país en los últimos 30 años.



BANCO
CENTRAL
DE CHILE

Tribunal Constitucional

Debe existir un garante del respeto a la Constitución como norma de mayor jerarquía, con mecanismos para ejercer adecuadamente ese control. Lo anterior es positivo no sólo para las minorías sino que para todos los ciudadanos.

El Tribunal Constitucional se ha erguido como uno de los principales garantes de la Constitución al revisar la constitucionalidad especialmente de las leyes. Y es principalmente a partir del año 2005 que adquiere nuevas atribuciones que lo han transformado en un órgano de gran relevancia en el debate constitucional chileno.

Como ya se mencionó anteriormente, respecto de las iniciativas legales, el Tribunal puede ejercer un doble control preventivo. El preventivo eventual y el forzoso. El primero de ellos se concreta, según lo dispuesto por la Constitución vigente, cuando un grupo de parlamentarios (un cuarto de los parlamentarios en ejercicio de cualquiera de las cámaras) o el Presidente de la República, solicitan su pronunciamiento. En el caso del control forzoso preventivo, éste se verifica respecto de todas las normas calificadas como ley orgánica constitucional o interpretativas de la Constitución, las cuales son revisadas de oficio por el Tribunal Constitucional previo a su promulgación.

Tal como lo señala el profesor Arturo Fernandois, *“si hemos de asumir que el control de constitucionalidad de la ley es esencial a una sociedad democrática respetuosa de su regla básica y consecuentemente de las minorías, y que el control represivo actual de la ley es imperfecto en Chile, constatándose su decreciente impacto concreto, entonces el único camino para evitar transformar a la Constitución en un simple decálogo ético, es preservar algún mecanismo de control preventivo de la legislación, activado por las minorías”*⁴⁰.

El rol del Tribunal Constitucional ha sido fundamental y es que debe existir un órgano que garantice el irrestricto respeto a la Constitución, más allá de mayorías temporales. Pero además, el Tribunal Constitucional ha tenido un rol preponderante en la generación y protección de derechos.

Por último, cabe señalar que el control de constitucionalidad de las leyes es común en derecho comparado pues es la forma de transformar a la Constitución en regla suprema a la que todas las leyes deben ceñirse.

⁴⁰ FERMANDOIS, ARTURO. 2014. El Mito de la Constitución Neoliberal: Derechos Sociales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pág. 217. En GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO (Coordinador). ¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra Propuesta: Evolución Constitucional. Thomson Reuters.

Otros órganos autónomos que limitan el poder

¿Es pertinente la incorporación de órganos autónomos? ¿Cuáles son y cuáles deberían ser sus límites y potestades?

La Constitución establece diversos órganos autónomos, tales como el Tribunal Constitucional, la Contraloría y el Banco Central. A su vez, existen leyes especiales que crean o conceden autonomía a ciertos órganos, tales como la Alta Dirección Pública o el Consejo para la Transparencia.

En el debate es recurrente solicitar la autonomía de nuevos órganos como el Instituto Nacional de Estadística, pero además elevar esta autonomía al nivel Constitucional. Dado que ello puede ser un mecanismo eficaz para evitar la concentración del poder y generar nuevos mecanismos favorables a un Estado con poderes limitados, la incorporación de nuevos órganos constitucionalmente autónomos puede ser una alternativa correcta. Sin embargo, la verdadera autonomía no está dada por su inclusión en la Constitución sino que, más bien, por la existencia de mecanismos adecuados de nombramiento y remoción de sus integrantes y por la existencia de un campo de competencias exclusivo.



¿Cómo fortalecer el control de los ciudadanos?

¿Medios libres y Transparencia?

El control ciudadano es fundamental y para ello se requiere transparencia y medios capaces de informar veraz y oportunamente.

Como hemos visto en los últimos años, una de las herramientas más eficientes para controlar el ejercicio del poder es el control ciudadano. El ciudadano no sólo vota en las elecciones periódicas sino que además exige y logra cada vez más espacios de opinión y participación que implican mayor espacio para las personas y menor espacio para la arbitrariedad del Estado.

Ahora bien, para que el ciudadano ejerza ese control se requiere que pueda acceder a información oportuna y fidedigna. Esto a su vez, supone a lo menos dos elementos centrales: mayor transparencia y medios de comunicación libres.

En materia de transparencia se ha avanzado notablemente en los últimos años, especialmente en materia de acceso a la información pública. Es importante que la discusión constitucional se haga eco de esos avances y que cualquier reforma constitucional no retroceda en esta materia.

Por otra parte, se requieren medios libres y es en este punto donde se vislumbran mayores riesgos.

Por ejemplo, durante la discusión del proyecto de ley de Televisión Digital, se discutieron infinidad de causales en virtud de las cuales la autoridad puede caducar una concesión a canales de televisión, entre las cuales se contaba no ser respetuosos de un ambiguamente definido “pluralismo” o no transmitir ciertos contenidos que exija el Gobierno. Criterios o medidas genéricas como estas son los que han permitido al Gobierno Venezolano poner fin a canales opositores.

Otra alerta se vislumbra en el programa de Gobierno de la Nueva Mayoría. Curiosamente es en el apartado relativo a la libertad de expresión donde se señala que **“una ley determinará los límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social, tanto mono-medial como multimedial, así como la apertura plural del espectro radioeléctrico, y la distribución del aviso público, de modo de garantizar el pluralismo informativo y el libre acceso a la información”**⁴¹. Bajo esta medida, según su alcance, el Estado podría prohibir el funcionamiento de radios, canales de televisión o diarios, abriendo espacios para la arbitrariedad.

En definitiva el control ciudadano y de la prensa es fundamental, por lo que se requiere una Constitución que en vez de limitar, amplíe los espacios para acceder a información y transmitir contenidos.

⁴¹ Programa de Gobierno Nueva Mayoría 2014-2018. Pág. 31.

¿Por qué promover la descentralización?

La descentralización es deseable pues busca acercar las decisiones tomadas por los distintos niveles de Gobierno a las necesidades y demandas de las personas. Es decir, que las decisiones se tomen lo más cerca posible del lugar donde existe el problema. Lo anterior radica en el hecho de que los problemas, las prioridades y carencias de los habitantes difieren a lo largo del país, por lo cual una receta universal aplicada en forma uniforme en la mayoría de los casos no permite dar solución a ellos.

A su vez permite un desarrollo integral que reconozca las diferencias, características particulares y riquezas de cada una de las zonas del país.

Asimismo, la mayor autonomía de los gobiernos sub nacionales como a su vez la mayor descentralización del Gobierno central, busca agilizar la entrega de soluciones a los problemas de cada región o localidad, minimizando así, entre otros, la carga burocrática al interior del Estado en pos de una mayor eficiencia.

La descentralización se suele considerar como parte del proceso de modernización del Estado, en la medida en que éste permite responder de mejor manera a las necesidades locales, lo que supone mejor calidad y oportunidad de las decisiones.

¿Es conveniente avanzar hacia un Estado Federal?

El Estado Federal es aquel en que existe más de un centro de decisión política o de Gobierno. En él la Constitución distribuye el poder en diferentes unidades que cuentan con grados de autonomía política y financiera, pero no son totalmente soberanas ya que ciertas materias quedan radicadas en un Gobierno central.

En el mundo hay variados modelos de Estados federales, algunos de los cuales han sido muy exitosos como Estados Unidos. Otros lo han sido menos pues generan comportamientos oportunistas en el cual las autoridades del gobierno sub nacional toman decisiones irresponsables sabiendo que tarde o temprano el gobierno central vendrá en su ayuda. Tal es el caso, en nuestra región, de Brasil o Argentina.

Ahora bien, la estructura federal responde a una tradición y una cultura que no se observa en Chile. En efecto, en el caso de los Estados Unidos, éste nace a la vida como nación independiente en virtud de la unión pactada de un grupo de Estados, con rasgos y tradiciones diferentes que no solo permitían sino que requerían espacios de independencia y descentralización política.

Tal como lo señala el profesor Francisco Zúñiga *“cuando uno habla de Estado descentralizado políticamente, es porque está dando cuenta de algún hecho diferencial subyacente que justifica, a su vez, la existencia de una organización jurídica del poder político territorial que justifica la formación de comunidades políticas que gozan de un grado importante de autonomía política. Yo estoy abierto a todas las ideas, pero no veo ese hecho diferencial en Chile”*⁴².

Finalmente, cabe señalar que, aun cuando hay debate y existen posiciones contrarias, hay bastante consenso en que la fórmula de Estado unitario es adecuada para Chile.

⁴² SIERRA, LUCAS. 2014. Diálogos Constitucionales. Centro de Estudios Públicos. Pág. 434.

¿Es conveniente la elección directa de Intendentes?

En un Estado unitario, especialmente con la distribución territorial de nuestro país, el Presidente de la República requiere de una autoridad de su confianza para ejercer el poder político en la región, de suerte que su elección directa, sin la venia del Presidente, probablemente generaría conflictos y dificultades en la gestión del Gobierno. Es por eso que, en las condiciones actuales, permitir la elección del Intendente dificultaría aún más la administración regional.

Al respecto, como recuerda Bettina Horst, *“hoy estamos en una situación en la cual podríamos tener Intendentes electos y mecanismos de transferencia de recursos desde el gobierno central a los gobiernos regionales con una importante cuota de discrecionalidad por parte de la autoridad central (...). Hoy, con Intendentes designados ya existe cierta tensión al respecto, con Intendentes electos ello sólo puede aumentar. Por otro lado, el destino de los recursos que son ejecutados por los gobiernos regionales es en su mayoría el financiamiento de proyectos municipales postulados por los alcaldes. Con Intendentes y alcaldes electos, no resulta difícil imaginar las tensiones que ello generaría”*⁴³.

Hay una gran nebulosa respecto a lo qué deberán hacer los Intendentes electos. Nada asegura que efectivamente tengan más atribuciones que las actuales en materia de Gobierno regional, es decir, que sean un actor lo suficientemente relevante como para que siendo electos sean capaces de cumplir con las expectativas que se tiene de ellos. El proyecto de ley que se discute en el Congreso que establece un mecanismo para la transferencia de nuevas competencias no implica que ello necesariamente vaya a suceder. Incluso aprobada esa ley todo puede seguir tal como está hoy. A diferencia de lo que se está discutiendo, lo que se requiere es una ley que establezca un cronograma en el tiempo de cuales atribuciones funciones y recursos se transferirán a los gobiernos regionales, de forma tal que estos puedan desarrollar las capacidades para asumirlas responsablemente.

⁴³ La Tercera, 18 de enero de 2016.

¿Cómo avanzar hacia una mayor descentralización?

Existen numerosas alternativas que se han discutido para fortalecer la descentralización.

Lo primero que debe destacarse es que la verdadera descentralización se produce a nivel de los municipios pues éstos están que más cerca de la realidad y de los requerimientos de los ciudadanos. Por eso si hay algo que fortalecer son los municipios antes que las regiones o provincias. Son éstos los que generan mayor identidad y los que son la primera puerta a lo propiamente estatal.

Asimismo, también se requiere que las regiones asuman competencias que hoy tiene el Gobierno central y que diversas razones de eficiencia desaconsejan transferirla a los municipios. Por ejemplo, cuestiones vinculadas con la planificación urbana de áreas metropolitanas o de transporte público.

Todo ello va acompañado, como sugiere B. Horst, de una reforma al sistema de financiamiento: **“es imprescindible que se avance en una reforma de financiamiento regional y municipal que termine con la discrecionalidad que existe hoy en la asignación de recursos desde el nivel central y que elimine la dependencia municipal respecto de los fondos regionales para ejecutar sus proyectos de inversión”**⁴⁴.

Una alternativa que ha surgido en los últimos años dice relación con la creación de nuevas regiones en base a consideraciones de identidad y geográficas. A nuestro juicio, este mecanismo no constituye una verdadera descentralización. Por el contrario, debilita a las regiones como unidad territorial administrativa ya que le resta población, territorio, recursos y capacidades técnicas como lo ha sostenido el Centro de Gestión de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile en su propuesta de descentralización. **“Continuar separando las regiones del país, pretendiendo que por crear un Gobierno Regional propio (pobre, sin recursos ni capacidad de gestión) se solucionarán los problemas, empeorará las cosas”**⁴⁵.

Lo realmente descentralizador sería dotar de mayores competencias a los gobiernos regionales para que cuenten con las atribuciones suficientes para generar polos de desarrollo humano, económico y social, sin dependencia de la capital. Y, al mismo tiempo fortalecer los gobiernos municipales para que asuman plenamente y con capacidades los desafíos de su territorio.

⁴⁴ La Tercera. 18 de enero 2016.

⁴⁵ La Reforma del Estado de Chile 1990-2005. Diagnóstico y Propuestas de Futuro. CEGES Universidad de Chile. 2005. Pág. 104 en <http://www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges76.pdf>

¿Por qué debe haber un catálogo de derechos?

¿Exige el constitucionalismo un catálogo de derechos?

Hoy nadie duda que los derechos de las personas deben ser reconocidos y protegidos. Lo complejo es aterrizar este consenso en una Constitución sin caer en meras declaraciones o en una inflación de derechos que solo termina por desvalorizarlos.

En la actualidad, es claro que la técnica más exitosa para proteger los derechos ha sido la de reconocerlos expresamente en la Constitución como fundamento de la dignidad de las personas y como límites y exigencias al poder del Estado, que los posicionan más allá del regateo de la política diría.

En razón de lo anterior, surgen diferentes interrogantes de manera inmediata: qué derechos se van a consagrar y qué acciones se van a establecer para hacerlos exigibles, entre otras.

En la discusión sobre la incorporación de un extenso catálogo de derechos en nuestra Constitución se corre el riesgo de incurrir en un discurso político vacío e ineficaz que plantea una situación a la que en abstracto es imposible oponerse. ¿Quién podría negarse al otorgamiento de un derecho en abstracto? Pero una enumeración excesiva terminaría por dañar cualquier sociedad pues trivializaría el lenguaje de los derechos.

Sobre eso advierte la profesora de la Universidad de Harvard, Mary Ann Glendon cuando critica que en nuestro debate habitual se utilice regularmente el lenguaje de los derechos en virtud del cual cada uno reclama la protección de su derecho. Glendon reclama que *“los rasgos más distintivos de nuestro dialecto de derechos son los mismos que están en tensión con lo que requerimos para dar cuenta de forma razonable y coherente del tipo de sociedad en que vivimos y del tipo de política que estamos tratando de crear: su inclinación por lo absoluto, formulaciones extravagantes, su cuasi-afasia respecto a la responsabilidad, su homenaje excesivo a la independencia individual y autosuficiencia, su habitual concentración en el individuo y en el Estado a expensas de los grupos intermedios o de la sociedad civil, y su insipidez sin complejos. Estos rasgos no solo hacen difícil escuchar el sentido común y a las intuiciones morales, también impiden el desarrollo de una suerte de discurso político racional apropiado a las necesidades de una república madura, compleja, liberal y pluralista”*⁴⁶.

En otras palabras, no es posible pretender que la sola incorporación de un derecho en la Constitución y su posterior promoción por parte de los Tribunales de Justicia, pueda implicar un cambio social fundamental.

⁴⁶ GLENDON, MARY ANN. 1991. Right Talks. The Impoverishment of Political Discourse. The Free Press. Pág. 14.

Todos los derechos deben estar en la Constitución?

¿Cuál es el riesgo de un catálogo muy amplio?

Un catálogo de derechos debe ser sobrio y contener un número acotado de derechos. Un catálogo extenso puede ser inexigible o generar restricciones innecesarias, además de coartar el debate político.

El derecho comparado nos muestra diversas fórmulas. La Constitución venezolana, que consta de 350 artículos, dedica 129 artículos a la consagración de derechos. La Constitución de Estados Unidos, por su parte, incorporó hace más de 200 años una decena de derechos que han ido evolucionando pero siempre desde una enumeración muy acotada. No es necesario detenerse en cuál es el mejor modelo. En Venezuela hoy hay una severa restricción a diversos derechos a pesar de lo denso de su Constitución. En Estados Unidos, por su parte, la protección de los derechos es evidentemente mucho más adecuada.

Chile tiene un catálogo de derechos que se ha ido configurando desde nuestras primeras constituciones. Sin embargo, hay una intención creciente de aumentar el número de derechos consagrados. Así en nuestro Congreso se pueden encontrar una serie de proyectos de ley suscritos por parlamentarios de ambas cámaras que buscan incorporar nuevos derechos al Capítulo III. Por ejemplo, se han presentado mociones para reconocer,

entre otros, el derecho a la vivienda, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los derechos de la vejez, el derecho al agua, el derecho a la protección de los datos personales, el derecho al acceso a la información pública, los derechos de los consumidores y el derecho a la conectividad digital.

¿Qué hacer en estos casos? Para incorporar un derecho a la Constitución se requiere superar un alto estándar de convicción. Es decir, se necesitan muy buenos argumentos. Ello porque todos los derechos tienen, en algún grado, un aspecto contramayoritario y generan algún efecto en su relación con otros derechos. El aspecto contramayoritario viene dado porque, al consagrarse un derecho, se impide que el debate democrático posterior afecte el núcleo de aquello que pasa a ser considerado un derecho. En otras palabras, si entendemos los derechos como “cartas de triunfo” como los llamaba Ronald Dworkin, incorporar nuevos derechos a la Constitución implica que, en las relaciones propias de la vida en sociedad hay otra “carta de triunfo” que puede ser reclamada y, por lo mismo, vencer a otras posiciones. Si se llena la “mesa” de “cartas de triunfo” finalmente todas dejan de serlo pues no logran vencer posiciones contrarias.

Pero, adicionalmente, la consagración de derechos también tiene costos. Es evidente que al establecerlos el Estado debe destinar recursos para satisfacer el ejercicio de esos derechos sin que exista una evaluación política sobre la procedencia o no de tal financiamiento (en desmedro de otras decisiones de financiamiento). La mejor prueba de ello, es lo que sucede en Brasil. Según informa la revista Economist, la Constitución Federal de 1988 **“incluye tantos derechos sociales, políticos y económicos como sus redactores pudieron soñar, algunos de ellos muy específicos”. Y luego continúa: “desde la aprobación de la Constitución, los egresos fiscales casi se han duplicado al 18% del PIB; el gasto público total está sobre el 40%. Cerca del 90% del presupuesto está ‘amarrado’ (...) Para el año 2014, el déficit es de cerca de 13,9 MM”⁴⁷.**

Por eso la consagración de nuevos derechos en la Constitución debe tener en consideración todos estos elementos para tener un catálogo realista y sobrio.

47 The Economist. 02.01.2016.

¿Por qué proteger con especial atención el derecho de propiedad?

Desde los orígenes del constitucionalismo, el derecho de propiedad ha sido objeto de protección. Ya la Carta Magna prohibía que se privara a una persona de su libertad y de su propiedad, salvo en razón de una sanción o castigo tras un juicio. Igualmente en el contexto de la Revolución Francesa, se dictó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y en ella, junto a la libertad y la igualdad, se consagró el derecho de propiedad como esencial. En particular, la Declaración establecía el derecho de propiedad como inviolable y sagrado, y sólo podría privarse a alguien de su goce cuando una necesidad pública legalmente comprobada lo exigiese, y previo pago de una compensación al afectado.

El derecho de propiedad se encuentra estrechamente vinculado a la libertad personal. El Premio Nobel, Milton Friedman fue aún más allá al señalar que los derechos de propiedad no son únicamente una fuente de libertad económica; también son una fuente de libertad política.

De esa manera, el derecho de propiedad se configura como una garantía fundamental para el desarrollo del ser humano y de la sociedad toda, de suerte que su respeto y debido resguardo son esenciales en un Estado democrático. Tal como lo señalara el Presidente de los Estados Unidos, Theodore Roosevelt, en toda sociedad civilizada el derecho de propiedad debe ser cuidadosamente protegido.

En el mismo sentido, el actual Ministro de Hacienda, Rodrigo Valdés, ha sostenido que *“los derechos de propiedad son fundamentales”*. Incluso, a propósito del proceso de discusión constitucional señaló que *“tenemos que tener seguridad que los chilenos no van a arriesgar cuestiones básicas, que son justamente el que para que funcione la economía requerimos derecho de propiedad claros”*⁴⁸.

En Chile fue en la Constitución de 1818 que se consagra el derecho de los ciudadanos a su hacienda. Luego las constituciones posteriores han ido replicando tal derecho con bastante semejanza. La Constitución de 1925, a su turno, hizo referencia a las limitaciones del derecho por razones de orden social y de intereses generales.

La Constitución vigente regula de manera similar el derecho de propiedad. Reconoce el derecho del titular para usar y gozar de su propiedad. Y también reconoce la función social de la misma, en virtud de la cual pueden introducirse limitaciones a la propiedad en razón de la función social.

Es en gran medida, la protección de los derechos de propiedad lo que ha permitido el progreso que Chile ha tenido en las últimas tres décadas. Ello ha permitido crear un ambiente favorable a la inversión y al emprendimiento. No puede desconocerse la vinculación entre protección del derecho de propiedad y progreso.

⁴⁸ <http://www.hacienda.cl/sala-de-prensa/noticias/historico/ministro-de-hacienda-llama-a-trabajar.html> 11.06.2015.

¿Qué hacer con los derechos sociales?

Los derechos sociales pueden ser una falsa ilusión ya que no ha sido su inclusión en la Constitución la que ha logrado los objetivos deseados por quienes promueven estos derechos.

Los llamados derechos sociales son aquellos que requieren para su satisfacción acciones positivas por parte del Estado o de otras personas. No son como los derechos tradicionalmente conocidos como individuales o negativos que requieren para su satisfacción que nadie interfiera en un espacio de autonomía personal. Al contrario, requieren de una acción. Los ejemplos tradicionales son el derecho a la educación, la salud, la seguridad social y otros.

Varios son los debates en torno a los derechos sociales.

El primero dice relación con su incorporación en la Constitución. Hoy la Carta vigente reconoce diversos derechos sociales. Algunos consideran que deben incorporarse muchos más. Como se dijo, incorporarlos a la Constitución tiene una serie de efectos y consecuencias que no hacen recomendable su incorporación masiva.

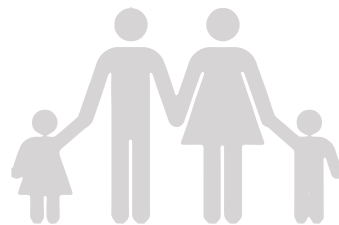
También se ha criticado que el sector privado participe en la provisión de derechos sociales, como es lo que ocurre en Chile con la educación o la salud. Se dice que le corresponde al Estado proveer uniformemente ciertos servicios que garanticen un ejercicio igualitario y universal de los derechos. Por lo mismo, quienes promueven este concepto, sostienen que no es aceptable que la provisión de un derecho social quede entregado al mercado⁴⁹. El planteamiento es incorrecto. Lo relevante es la satisfacción del derecho sin que sea relevante quien contribuye a satisfacerlo. Por eso, Chile debe procurar que todos puedan acceder, por ejemplo, a una educación de calidad dejando que sea la propia persona y sus familias las que elijan si quieren ingresar a un establecimiento privado o estatal.

Otro aspecto que se discute respecto a los derechos sociales es qué rol le cabe a los jueces o, en otras palabras, si éstos derechos deben estar garantizados por vías como el recurso de protección. Los jueces deben tener un rol limitado en las contiendas en que están en discusión derechos sociales pues su satisfacción depende de una serie de asuntos presupuestarios y regulatorios que, muchas veces, no pueden ser decididos de modo acertado en el contexto de un juicio determinado.

⁴⁹ ATRIA, FERNANDO; LARRAÍN, GUILLERMO; BENAVENTE, JOSÉ MIGUEL; COUSO, JAVIER; JOIGNANT, ALFREDO. 2013. El Otro Modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público. Random House.

En toda la discusión sobre los derechos sociales no debe olvidarse que la historia demuestra que han sido políticas públicas, y no declaraciones constitucionales, las que han permitido avances sustantivos en materia de, por ejemplo, salud y educación. Así, las estadísticas muestran que a pesar de haber consagrado la educación primaria obligatoria en la Constitución de 1925, no fue sino hasta el establecimiento de la doble jornada y un aumento del gasto fiscal durante el Gobierno de Frei Montalva, que se alcanzan los niveles deseados. En la misma línea, la Constitución de 1925 incorporaba el deber del Estado de velar por la salud pública, pero no es sino hasta en 1950 que se observa un aumento sostenido de la esperanza de vida. En definitiva, no se observa que una decisión constitucional o jurisdiccional permita explicar las mejoras en los índices en estos dos campos⁵⁰.

Por eso la discusión en torno a los derechos sociales parece pretender que a través de declaraciones constitucionales y su posterior desarrollo judicial, mejoren las condiciones sociales, sin tomar en debida consideración las decisiones de política pública de la autoridad electa.



⁵⁰ SOTO, SEBASTIÁN. 2015. Derechos Sociales y la Eficacia de su Constitucionalización: Un Análisis Aplicado. Pág. 260. En GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO (Coordinador). ¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra Propuesta: Evolución Constitucional. Thomson Reuters.

¿Qué es la Constitución Económica? ¿Cómo protegerla?



Se denomina Constitución Económica al conjunto de normas y principios de carácter económico que se despliegan en la Carta Fundamental. Considera principios orientadores de la economía, la institucionalidad de la administración financiera del Estado, derechos constitucionales de orden económico, etc.⁵¹ Muchos de estos ya han sido analizados como el derecho de propiedad y el principio de subsidiariedad.

Hay detractores en el mundo político y académico quienes señalan que se trata de un estatuto regulado con excesiva densidad, siendo una anomalía en el derecho comparado.

Por su parte, el programa de Gobierno de la Nueva Mayoría esboza algunas propuestas en la materia que atenderían contra normas y principios de la denominada Constitución Económica. Se propone, por ejemplo, fortalecer intensamente el rol del Estado, priorizar el establecimiento de derechos sociales avanzando hacia un Estado Social, matizar el derecho de propiedad e incluso repensar el rol y regulación del Banco Central.

Como ya se ha mencionado, la Constitución ha permitido los años más prósperos de nuestra vida republicana, especialmente en materia económica donde los niveles de crecimiento y mejoramiento de las condiciones de vida de los chilenos son un resultado palpable, aunque no definitivo, de políticas en la dirección correcta.

Las normas y principios, si bien forman un conjunto armónico, no se encuentran escritas en piedra y, por lo tanto, admiten ajustes o reformulaciones, sin que ello implique dismantelar un sistema que ha funcionado correctamente y ha contribuido al bienestar general. Para estos efectos, es conveniente preguntarse cuáles son los objetivos que se pretenden y buscar los mecanismos para satisfacerlos en la medida que sea realmente beneficiosos. Es decir, promover una discusión en concreto y no meramente ideológica.

En esta discusión futura no debe desatenderse las bases económicas del progreso que se expresan en reglas claras para emprender e invertir, un Estado con poderes limitados y responsable fiscalmente e instituciones que hagan contrapeso a ciertas políticas estatales, como es el caso del Banco Central autónomo e independiente.

⁵¹ GARCÍA, GONZALO Y CONTRERAS, PABLO. 2014. Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55. Pág. 180.

¿Deben los derechos ser protegidos por acciones jurisdiccionales?

El recurso de protección, incorporado a nuestro sistema desde 1976 y luego consagrado en la Constitución, permite que cualquier persona reclame ante las Cortes de Apelaciones de privaciones o amenazas al legítimo ejercicio de ciertos derechos.

Esta acción tiene relevantes características que la hacen esencial para la protección de derechos constitucionales. No obstante lo anterior, tal protección debe ajustarse y limitarse adecuadamente.

El profesor Eduardo Soto-Kloss destaca tres elementos fundamentales para el análisis del recurso de protección. En primer lugar, señala que se trata de una extensión del recurso de amparo para la protección de la libertad personal, extendido a la mayoría de los derechos constitucionales. Luego, sostiene que un gran mérito consiste en radicar su conocimiento en las Cortes de Apelaciones respectivas, y no en Juzgados de Letra u otros de menor jerarquía que podrían no abordar estos temas relevantes con la preocupación y conocimiento técnico que se requiere. Finalmente, agrega que fue determinante que la regulación del procedimiento quedara a la determinación de la Corte Suprema⁵².

Por supuesto, hay detractores de estas afirmaciones. Hay quienes estiman que la extensión y la práctica han atentado contra un correcto desarrollo de los derechos en la Constitución y las leyes; que la radicación en las Cortes de Apelaciones las distrae de su deber de fallar con celeridad los recursos de apelación y atenta con el acceso a la justicia ya que muchos ciudadanos viven alejados de las Cortes de Apelaciones; y, que la desformalización constituye una anomalía en el sistema violando el principio de legalidad del proceso.

En cualquier caso, es indesmentible que el recurso de protección ha sido un gran avance y una herramienta muy relevante para fortalecer el Estado de Derecho en Chile.

El haber puesto a disposición de las personas una acción sencilla y rápida para solucionar violaciones o amenazas flagrantes a derechos fundamentales, ha constituido un avance sumamente relevante para protección real y efectiva de los derechos de las personas.

⁵² SOTO KLOSS, EDUARDO. 1984. El Recurso de Protección: Aspectos Fundamentales. Revista Chilena de Derecho. Vol. 11. N° 2/3. Mayo - Diciembre.

